

3

O jusnaturalismo segundo Hans Kelsen

Como pretendemos confrontar o positivismo de Kelsen com o Direito natural finissiano, torna-se imprescindível delimitarmos que, apesar de ambos os autores não serem contemporâneos e de não encontrarmos diretamente uma crítica do primeiro autor quanto ao segundo, contudo, principalmente no livro “*A Lei natural e os Direitos naturais*”, há várias referências de Finnis a Kelsen, em sua maioria em um contexto crítico e negativo. Na presente abordagem, será dada ênfase à reflexão de Kelsen quanto ao debate que se refere à justiça em seus principais aspectos, para que, após, possamos considerar que apesar de não haver uma crítica expressa a Finnis, tal fato não afasta o contexto de debate então sugerido. Isso porque o positivismo kelseniano ataca a concepção jusnaturalista formulada por Santo Tomás de Aquino, explícito e reconhecido marco teórico de Finnis, e que formulou sua teoria de um Direito natural à sombra da razão humana, mesmo que numa abordagem particular. O limite do que aprestaremos no corrente trabalho, como filosofia do Direito natural, é de suma importância para o êxito de nosso objetivo, pois, além de trazer pertinência temática quanto ao objeto da presente dissertação, mais uma vez evidenciamos que, na doutrina jusnaturalista, encontramos largas discrepâncias quanto aos seus elementos, como por exemplo, quando se indaga precisamente quanto às suas origens, o que para nós seria irrelevantemente abrangente. Apontamos, desde já, que tal falta de concordância, na visão de Kelsen, demonstra por si só a fragilidade do jusnaturalismo frente ao positivismo jurídico, ou seja, uma completa falta de coesão daquele, o que o torna inegavelmente obscuro. Nesses termos, relativamente ao Direito natural, não há acordo quanto a um conceito do que seria à própria “natureza”, da qual emanam os princípios do Direito natural. Ciente desse problema, adverte Norberto Bobbio que é questionável o êxito de um estudo

do Direito natural que se baseie numa rígida distribuição de concepções, pois o mesmo se apresentava em traços distintos na Antiguidade, na Idade Média etc¹.

Prosseguindo, a natureza vista sob a óptica do jusnaturalismo e que aqui merece ser ressaltada, refere-se à sua autoridade em funcionar como atividade legiferante, observando-se, contudo, as ressalvas que acima citamos.

Como aduz Kelsen:

A natureza – a natureza em geral ou a natureza do homem em particular – funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem observa os seus preceitos, actua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas de conduta justa, são imanentes a natureza. Por isso, elas podem ser deduzidas da natureza através de uma análise, ou seja, podem ser encontradas ou por assim dizer, descobertas na natureza – o que significa que podem ser reconhecidas (KELSEN, fl. 94).

Em linhas gerais, essa natureza, conforme as lições de Kelsen, extraídas da citação acima colada, era aquela empírica do acontecer ou a natureza particular do homem, ou seja, observável por um critério de causa e efeito. Assim, via em tal assertiva um erro lógico fundamental, pois esse empirismo do Direito natural demonstra nada mais do que um “ser”, e desta observação jamais levaria a um “deve ser”, ou seja, uma norma. Assim, para o Direito natural, para se saber se uma determinada lei deve ser acatada, a mesma deve ser avaliada por uma relação de Direito e sua aptidão em garantir justiça. Aqui reside o grande traço distintivo da doutrina kelseniana daquela desenvolvida pelo jusnaturalismo, pois, naquela, o que se defende é a tese de uma teoria monista do Direito e que, segundo ela, só existe um Direito: o Direito positivo, independente de qualquer avaliação moral, com a desvinculação da norma quanto à sua aptidão de garantir ou não a justiça².

Ao se determinar que a teoria do Direito natural seja uma teoria dualista, onde o Direito válido somente assim será considerado caso corresponda às exigências de justiça, sendo que daqui se extrai a premissa de que “Direito válido é Direito justo”; para Kelsen é uma antinomia, isso porque o escrutínio moral, imposto pelo Direito natural, via uma autoridade transcendente ao Direito positivo, é apontado por nosso autor como falacioso, pela constatação de que a grande crítica que se possa fazer ao Direito natural foi sua inabilidade de sustentar um valor de justiça universal. Ao contrário, o que se apresenta em relação ao jusnaturalismo é justamente o desenvolvimento de normas de justiça diferentes e

¹ BOBBIO, 2006, p. 1990.

² KELSEN, p. 172.

contraditórias. Então, o Direito positivo não pode ser submetido a uma incerteza em dependência a critérios de justiça, pois esta, para Kelsen, carece de uma metodologia uníssona, o que ao máximo foi capaz de produzir um juízo de valor relativo, inapto a criar qualquer vedação ou condicionamento a validade das leis³.

Enfim, desse modo, o Direito natural, para Kelsen, é uma teoria do Direito que jamais apresentou um juízo de valor absoluto; sendo assim, é uma doutrina idealista, e sua função legiferante apresenta-se como uma caricatura, pois, ao máximo, é capaz de criar uma justiça de cunho estrito subjetivo.

3.1. O positivismo jurídico de Hans Kelsen

Kelsen, como expoente do positivismo, que se tem chamado de conceitual, defendia justamente uma clarificação da ciência jurídica, pois via com problemas os argumentos de validação da doutrina jusnaturalista, como, por exemplo, sua inata inaptidão e flagrante omissão em formular regras rígidas de conduta com caráter geral, válidas em todas as circunstâncias, sempre e em toda a parte.

Não queremos aqui contradizer o que ficou dito nas linhas acima sobre a dualidade, quando se afirmou a existência do Direito natural imutável como versão basilar do jusnaturalismo, mas sim demonstrar que sua doutrina não era uníssona e coesa, o que de acordo com a visão de Kelsen, não era bem visto em sua busca por uma ciência do Direito, dotada de objetividade e principalmente exatidão metodológica.

Segundo Kelsen, seu objetivo consistia em:

(...) desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão (KELSEN, 2006, p. XI).

³ KELSEN, p. 69/70.

3.2. Direito e Natureza

Para Kelsen, há indelével dicotomia entre as ciências sociais e as ciências da natureza. Exara que o critério de identificação destas diferentes ciências reside no critério da “significação jurídica”.

Assim, o critério empírico de observação será sempre insuficiente para se determinar se um ato possui conexão com o Direito ou não, pois há que se observar se esse mesmo ato possui relevância do ponto de vista jurídico.

De acordo com a doutrina kelseniana, somente quando há a confrontação do “ser” com o “dever ser”, ou seja, os fatos com as normas jurídicas, é que se poderá julgá-los, frise-se, de acordo com a norma⁴. Como exemplo, Kelsen traz a seguinte situação hipotética: “Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Isso significa, do ponto de vista jurídico, que eles fecharam um contrato”.

Segundo os ensinamentos de Kelsen, podemos depreender importante lição: a de que o Direito não é um fenômeno natural, mas sim com pertencimento a ciência social, cujo objeto de enfoque é a sociedade e não a natureza.

Para o Direito, tal explicação, como destacado, não vem de uma observação física, mas sim por um critério de significação jurídica do fato externo, que ocorre por intermédio de uma norma. Uma norma criada por um ato da conduta humana é uma norma positiva, que traz em seu bojo a prescrição ou permissão de determinada conduta ou se algo deve ou não deve ser feito.

3.3. Princípio da Imputação

Merece ressalva que Kelsen, de acordo com a metodologia acima apresentada, adota como importante lastro de sua tese jurídica o princípio da imputação, para confrontá-lo com o princípio da causalidade, utilizado pela doutrina jusnaturalista mais conservadora.

Assim, parte-se da ideia de que um legislador, dotado de competência, entendeu que determinado assunto carecia de proteção jurídica, cominado,

⁴ KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo : Studium, fl. 95.

inclusive, de sanção no caso de descumprimento. E ainda, que imputação é justamente atribuição, ou seja, a descrição de uma norma como tuteladora da conduta humana. Afastou-se dessa forma, segundo Kelsen, a teoria da causalidade, como já dito, comumente utilizada pela doutrina jusnaturalista. A relação causa e efeito desta não é o bastante, segundo a doutrina kelseniana, para que haja essa relação entre o mundo dos fatos e sua significação à ordem jurídica. Essa metodologia particular de Kelsen foi abordada por Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, em “Função Social da Dogmática Jurídica”, do seguinte modo:

Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá um especial tratamento é o da vontade. Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do Direito, a chamada imputação. Imputação é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa. A pena é imputada a um comportamento de onde temos a noção de delito. O comportamento que evita a pena e não é imputado conduz a noção de dever jurídico. Assim, sujeitos de Direito nada mais são do que centros de imputação normativa e vontade, em outras palavras, em termos jurídicos, seria uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação (FERRAZ JÚNIOR, p.79).

Disso resulta que a proposição normativa tem um significado diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, o da causalidade, pois a primeira se exprime por um ato de vontade de uma autoridade jurídica e através de uma norma, sendo a segunda, numa relação empírica de causa e efeito, como, por exemplo, a ligação entre o calor e expansão⁵.

Podemos depreender que ponto distinto marcante entre o princípio da imputação e o princípio da causalidade reside no fato de que, para este, a natureza se apresenta como causa e sua consequência, que é o efeito. Isso, é importante ressaltar, ocorre independentemente de um ato humano, ao contrário do primeiro princípio, em que a relação de condição e consequência é estabelecida por um ato humano. Aponta ainda Kelsen, que, aqui, é justamente o significado específico da ligação da condição e consequência que é expresso pelo termo “dever ser”⁶.

Merece destacarmos também aqui, que não só as normas jurídicas estabelecem uma conduta, mas também os costumes, a religião, a moral etc. Isso se dá pelo fato de que o princípio da imputação interliga dois atos da conduta humana: a conduta de um indivíduo com a conduta de outro, por exemplo, na lei

⁵ KELSEN, 2006, p. 86.

⁶ KELSEN, 2001, p. 331.

religiosa que estipula a penitência para o pecado. Pode-se aqui, então, estabelecer que os elos de uma série imputativa seja limitada, de maneira que existe um ponto terminal na imputação, o que não acontece na causalidade⁷.

Assim, superada a distinção acima apresentadas, chega-se a um momento em que é preciso diferenciar o que as normas jurídicas possuem de diferente das normas religiosas, por exemplo.

Para respondermos à presente indagação, merece ser frisado que Kelsen exara que o Direito é uma técnica de motivação indireta das condutas humanas, pois o comportamento humano é regrado por meio de sanções punitivas. Frise-se, sanção como pena, ou seja, restrição a determinados bens, como a vida, a honra, a liberdade etc.

Nesses termos, é importante lembrar o papel das sanções em uma determinada ordem social como reguladora da conduta, pois esta é indissociável da motivação de cumprimento de uma conduta prescrita, evitando-se, nesses termos, a própria sanção. Nisso é que podemos determinar como ponto crucial de distinção entre as normas jurídicas e as normas morais. É certo que ambas, como ordens sociais, determinam uma coação psíquica, no sentido de que a conduta humana deverá se aproximar das normas morais e jurídicas, por exemplo. Porém, as normas jurídicas vão além daquelas morais, religiosas, dentre outras, pois somente estas imprimem uma ordem coativa.

3.4. A Fundamentação do Direito Positivo

É certo que, se a norma jurídica encontra posição de destaque na doutrina kelseniana, seu conceito de validade é de grande importância para a cientificidade que se propõe.

Merece ser destacado que duas concepções se apresentam para respondermos à indagação do por que o Direito deve ou não ser acatado por uma determinada sociedade? Uma concepção forte do Direito natural, por exemplo, apresenta argumentos de que o Direito positivo somente pode ser considerado válido na medida em sua prescrição exare preceitos de justiça. Para essa corrente, a justiça é indissociável do Direito, ou melhor, Direito válido é Direito justo. Já a

⁷ KELSEN, 2001, p. 346.

segunda concepção sobre a validade do Direito determina que o mesmo é válido independentemente da norma de justiça, ou seja, avalia-se sua fonte e não sua moral. O Direito positivo vale não porque é justo, mais porque determinada conduta é tutelada por uma norma jurídica, mesmo que essa possa ser vista como injusta. Essa é sem sombra de dúvida a concepção utilizada pelo positivismo jurídico conceitual que reconhece a validade do Direito como independente de qualquer relação com a justiça.

Não nos afastando do seu propósito maior, ou seja, de tornar o Direito uma ciência, Kelsen não se preocupa com juízos de valor acerca de determinada proposição normativa, mas, sim, se esta é apta a exercer sua função em uma determinada sociedade.

Dessa lição, podemos depreender que para Kelsen, o conceito de validade de uma norma, se dirige no sentido de que esta possa valer, ser vigente; tendo aptidão e cogência para regular a conduta dos homens (“dever ser”). Assim, a validade de determinada ordem jurídica, consiste na existência de uma norma jurídica, com forma, procedimento, momento, modo etc.

Ressalva merece ser destacada no sentido de que a doutrina kelseniana entende o Direito como uma ordem normativa coesa. Nesse sentido, as normas jurídicas, vistas sob o positivismo aqui estudado, não encontram sua validade se vistas isoladamente.

De acordo com Kelsen, o fundamento de validade de uma norma, não é outro senão uma outra norma⁸.

Dessa constatação podemos auferir que, em um sistema jurídico normativo, sempre haverá leis inferiores e que encontraram seu fundamento de validade em seu pertencimento a uma determinada ordem jurídica, em uma norma superior, o que Kelsen denominou como “norma fundamental”.

Nesse sentido, Kelsen também resolveu grande problema em sua busca para explicar a fundamentação do Direito. Dizemos isso, pois, se o mesmo não estabelecesse um marco de orientação finalístico, onde, como já dissemos, todas as outras normas buscariam sua validade, essa busca seria perigosamente interminável, o que colocaria em risco todo o fundamento de validade de uma ordem normativa positivista. Diga-se que essa norma superior há de ser

⁸ KELSEN, 2006, p. 215.

interpretada como a mais elevada e a última de um determinado ordenamento jurídico.

É importante ressaltarmos também que, de acordo com Kelsen, mais precisamente na “Teoria Pura do Direito”, a norma fundamental não pode ser vista como norma positiva, mas, sim, pressuposta e que confere validade a todo o ordenamento jurídico, na medida em que, em decorrência de sua superioridade, outorga validade à norma positiva que ocupa o topo, o ápice do ordenamento, e essa confere validade, sucessivamente, às demais normas do ordenamento⁹.

O que merece ser aqui destacado, é que Kelsen retira a validade das normas de uma “norma fundamental”, e não de qualquer norma de justiça:

Uma teoria jurídica positivista não reconhece o fundamento de validade de uma ordem jurídica positiva em nenhuma das muitas normas de justiça – pois não pode dar nenhuma delas preferência sobre as demais – mas, como já se mostrou, numa norma fundamental hipotética (isto é, pressuposta pelo pensamento jurídico) por força da qual nos devemos conduzir e por força da qual devemos tratar os homens conforme uma primeira constituição histórica, global e regularmente eficaz, sem importar a questão de saber se a ordem jurídica erigida em conformidade com esta constituição corresponde ou não a qualquer norma de justiça (KELSEN, p. 70).

3.5.

A difícil fundamentação do Direito Natural aos olhos de Kelsen

Se para o positivismo de Kelsen a indagação da fundamentação do Direito pode ser explicada sem maiores dificuldades, tal constatação não é encontrada, segundo o autor, quando do estudo do mesmo ponto, porém, sob a perspectiva jusnaturalista.

Ao se levantarem as indagações como: Qual é o motivo de validade do Direito? Por que os indivíduos de uma sociedade devem obediência ao Direito? As leis injustas são leis? Ainda, não perdendo o enfoque de nosso estudo, ou seja, estabelecer as principais diferenças presentes na doutrina kelseniana e aquela inerente a doutrina jusnaturalista de Finnis, buscaremos agora explicitar, segundo Kelsen, como pode ser entendida a validade do Direito sob o óptica do Direito natural?

Citamos que, de acordo com as premissas do jusnaturalismo, a natureza, seja aquela geral ou aquela do homem em particular, funciona como verdadeira

⁹ Ibid. p. 245.

fonte normativa, ou seja, com forte influência à autoridade legiferante. Para que haja essa normatividade não é necessário, de acordo com a concepção naturalista, o confronto entre o “ser” e o “dever ser” para que se extraia a subsunção de que o Direito está sendo aplicado. Aqui, o “ser” como o mundo dos fatos é que merece destaque.

Kelsen, discorrendo sobre o Direito natural, afirma que:

Não são, portanto, norma que – como as normas do Direito positivo – sejam postos por atos da vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas normas que nos são dadas pela natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e mutáveis¹⁰ (KELSEN, p. 94).

Quanto à ciência do Direito, como já frisado antes, Kelsen procura descrevê-la sem qualquer carga valorativa, limitando-se a dizer se uma proposição jurídica é válida ou inválida, e não se esta é justa ou injusta.

Para o Direito natural, porém, a aferição de carga valorativa é realizada no início, ou seja, antes de ser considerar determinada norma como Direito, se faz a avaliação concomitante sobre se essa norma é moralmente aceita. De acordo com uma visão forte dessa vertente, uma norma que não seja justa não é considerada como Direito, já que as normas devem corresponder a valores morais. Já para uma mais fraca, tal norma pode até ser Direito, porém, não deve ser respeitada, frise-se, tanto pelos aplicadores dessa norma, quanto para aqueles que irão suportá-la.

Um problema grave quanto ao estudo da validade das normas morais é evidente, segundo Kelsen, devido ao fato de que se crê que ele é posto pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana. Assim, o critério de validade do Direito natural não é expresso, mas ele é pressuposto¹¹. Aquele que observa seus preceitos atua de maneira justa, sua fundamentação, assim, reside na natureza.

Como já apontamos, não há na doutrina jusnaturalista um conceito reto do que seja uma moral absoluta, ou um único Direito natural. Ao contrário, existem varias vertentes no que se refere a uma visão conceitual do Direito natural, e, o que é mais criticável, cinge-se que algumas teorias são verdadeiras contradições na teoria jusnaturalista, ou seja, se repelem. Essa constatação de que há vários

¹⁰ KELSEN, p. 94.

¹¹ KELSEN, p. 216.

Direitos naturais, ou melhor, várias fundamentações, é muito criticada por Kelsen, que aponta aqui uma contradição insuperável, se vista sob a luz da doutrina positivista conceitual.

Como exemplo crasso do que acabou de ser citado, Kelsen afirma que:

Segundo uma doutrina do Direito natural, só é natural, isto é, justa, a propriedade individual, segunda outra, só é a propriedade coletiva, segundo uma só natural, isto é, justa, a democracia, segundo outra, só o é a autocracia (Ibid. p. 245).

Que fique destacado que Kelsen analisou a fundo o Direito natural, deixando-nos a impressão de que as diferentes ramificações do próprio jusnaturalismo são realmente inaptas a legitimarem um conceito de justiça absoluto, e que realmente pudessem ser relevantes ao ponto de descredenciar o direito positivo conceitual. Aqui, merece ser destacado que várias correntes do jusnaturalismo se empenharam a trazer argumentos consistentes no que tange a fundamentação do Direito natural, como o fundamento metafísico-religioso da doutrina do Direito natural, a tentativa de fundamentar o Direito natural na natureza humana, o Direito natural como Direito racional, sua fundamentação pela função, dentre outras. De toda essa busca, o que ficou mais evidente para Hans Kelsen era justamente essa discrepância dentro do Direito natural em estabelecer um conceito de justiça universalmente válido e que pudesse ser indistintamente aplicado. Essa é de fato uma constatação problemática atribuída ao Direito natural, de acordo com a doutrina kelseniana, pois, se não há um consenso no jusnaturalismo quanto a este aspecto, ou seja, na previsão de um conceito seguro de seus princípios basilares, no início destacados por nós, não se pode pelo menos nesse aspecto sustentar a defesa do jusnaturalismo como uma ciência. Melhor; como poderíamos justificar o Direito positivo como derivado dessa incerteza, ou ainda, como justificar o limite a atividade do legislador, como base ao Direito natural, se essa mesma baliza não se presta como fonte segura?

Na verdade, a resposta acerca da fundamentação do Direito natural, em uma visão geral, carece realmente de uma verdadeira compressão e acerto sobre uma definição segura de um juízo de valor absoluto, o que não se mostrou claro para Kelsen. O que muito se dá é a própria constatação de que a atribuição de um valor, por si só, é exercício dotado de subjetividade, não podendo este ser extraído da realidade. Aqui sucumbe realmente o jusnaturalismo.

Dando seguimento à nossa abordagem, referenciamos, em um primeiro momento, aspectos de relevo referentes ao modo como o Direito natural é visto aos olhos de Kelsen em um contexto mais amplo, para somente agora fazermos menção quanto às críticas desse autor, às vertentes do jusnaturalismo que, de alguma forma, mais aproximada ou não se contextualizam à teoria apresentada por Finnis.

3.6.

Possível fundamentação da validade do Direito positivo segundo a doutrina jusnaturalista e segundo a Teoria Pura do Direito

Decerto que é citada pela doutrina uma única conexão entre o positivismo de Hans Kelsen e o jusnaturalismo, que é a fundamentação do Direito positivo em uma “norma fundamental”.

Tal corrente defende que realmente há certa semelhança entre a fundamentação do Direito em uma “norma fundamental”, nos moldes da “Teoria Pura do Direito” e o Direito natural. Tal ilação é sustentada, no sentido de que a “norma fundamental”, na doutrina kelseniana, não se apresenta como uma norma do Direito positivo, ou seja, norma posta, mas sim norma extraída do pensamento jurídico que confere o fundamento de validade ao Direito. Essa, inegavelmente, é uma preposição do Direito natural, mais precisamente em seu dualismo.

Porém, foi apresentado o conceito de “norma fundamental” como sendo aquela da qual extraímos as regras de conduta em que os indivíduos devem seguir, tal como prescreve a primeira constituição histórica em conformidade com a qual foi criada a ordem jurídica positiva. Frisamos que a “norma fundamental” não é um ato da vontade de uma autoridade jurídica, assim, aqui não há um conteúdo de validade, mas, sim, o fundamento de validade do Direito positivo. Dessa maneira, o Direito positivo não pode estar em contradição com a norma fundamental, porém, essa pode não corresponder ao Direito natural, pois não tem a pretensão de ser Direito justo.

Nesse ponto é que Kelsen repudia eventual conexão, pois, ao contrário do Direito natural, a norma fundamental não aprecia eventual justiça do Direito positivo, mas, sim, sua fundamentação na ordem jurídica como Direito válido.

Nesses termos, enfatiza o caráter monista do positivismo jurídico e não dualista.

3.7.

Tentativa de fundamentar o Direito natural na natureza humana

Como já se expôs, Kelsen em sua teoria, refuta especificamente as principais vertentes do Direito natural; sendo assim, mesmo não havendo uma referência direta a Finnis, lembramos que há sim uma menção a Santo Tomás de Aquino, que, em uma abordagem do Direito natural com foco na natureza humana, influenciou fortemente o jusnaturalismo finissiano.

Aqui, na busca de uma fundamentação do Direito natural, ao contrário do item antes apresentado, se enaltece a natureza psíquica humana. Essa natureza é vista no sentido de expressão do homem, de suas tendências, inclinações e sentimentos em face do mundo externo, lugar onde essas pulsões se manifestam.

Exemplo típico do que acabamos de citar, conforme apontado por Tomás de Aquino, é o instinto de autoconservação do homem¹².

Quanto ao que foi dito, Kelsen vislumbrava uma série de falhas acerca dessa natureza empírica do homem.

Em primeiro lugar, ele invoca uma premissa basilar de sua teoria positivista conceitual: a de que de um ser não se pode extrair um dever-ser, ou seja, que dessa observação factível da conduta humana, como ser sociológico, não se pode conduzir à norma. Nesse diapasão, retira conclusão lógica, de que, se a conduta humana, aqui vista como pulsão exteriorizada, é natural, ou seja, imanente da natureza humana, qualquer norma que determine uma prescrição nesse sentido é supérflua, pois iria determinar um comando sem qualquer sentido¹³.

Outro ponto dicotômico, apontado na doutrina kelseniana, se refere à constatação de que não se pode extrair de determinada “pulsão” humana a fundamentação do Direito natural. Isso se dá pelo fato de que as pulsões dos homens estão em constante conflito no que concerne a um indivíduo, quiçá entre indivíduos. Partindo dessa ilação, Kelsen vem afirmar que “da natureza real do homem se conclui para normas às quais esta natureza real corresponde, uma tal

^{12 91} KELSEN, p. 104.

conclusão não só é logicamente falsa como conduz ainda a resultados praticamente impossíveis¹⁴”.

Aqui parece inquestionável que, devido à diversidade de impulsos do homem, seja impossível fundamentar uma doutrina de Direito natural.

Lembrando o exemplo de Tomás de Aquino, de autoconservação do homem como expoente da natureza humana, na busca de fundamentar o Direito natural e trazendo o que acabou de ser exposto, fica clara a falha em tal exemplificação, segundo Kelsen. Ora, a falha existe justamente na constatação de que o ser humano é um ser sociológico, que interage intensamente com os outros indivíduos, de modo que é temerário atribuir-se valor a uma determinada conduta em detrimento de uma outra.

Assevera Kelsen que o próprio instinto de autoconservação é relevante como exemplo da natureza humana, se visto de maneira isolada. Questiona que a doutrina do Direito natural não é capaz de responder a solução no caso de conflito entre o próprio instinto aqui citado, no sentido de que em determinadas situações a autoconservação de um pode ser a aniquilação de outro.

Enfim, o impulso humano de conservar a vida, conforme assevera Kelsen, somente pode ser considerado natural porque existe.

3.8.

Tentativa de fundamentar o Direito natural como Direito racional

Prosseguindo, quanto a uma tentativa de fundamentar o Direito natural como Direito racional, de onde se deduz um Direito justo, ou seja, “o justo é o natural, porque é o racional”¹⁵. Kelsen nos lembra que tal empreitada também estará fadada ao fracasso. Isso porque a natureza do homem, aqui analisado na sua razão, jamais poderá ter a aptidão em prescrever aos homens uma conduta reta, atuando como verdadeira autoridade legiferante, pela simples constatação de que a natureza aqui afirmada não seria uma natureza empírica do homem, mas sim uma natureza que refletiria uma razão ideal ou previamente estipulada, como refere Kelsen, “a razão não como ela de fato é, mas como deve ser”¹⁶.

¹⁴ KELSEN, p. 104.

¹⁵ KELSEN, p. 85.

¹⁶ Ibidem. p. 87.

Considera ainda que o grande equívoco de tal vertente do Direito natural é de justamente considerar que somente há uma razão dirigida para o bem, negligenciando, desse modo, a ideia de que existe também uma real razão dirigida para o mal. Refuta, desse modo, a formulação de Santo Tomás de Aquino quanto a uma razão prática; dirigida precisamente como parâmetro à atividade legislativa, às normas e à própria conduta do homem, pois a mesma se limita a prescrever uma conduta como boa e, por consequência, também justa, se esquivando da consideração de que a razão nem sempre se contextualiza ao bem, sendo, assim, um conceito de moral absoluto torto, da mesma forma inábil a conduzir o Direito natural quanto à legitimidade buscada.

Essa crítica de Kelsen ao conceito de razão prática é expressa na seguinte passagem de “O Problema da Justiça”:

Se a razão da qual a teoria do Direito natural crê deduzir as suas normas justas é a razão divina do homem e não a razão empírica deste, uma tal teoria não pode ser designada como racionalista. A doutrina do Direito natural afirma descobrir estas normas – que não são criadas pelo homem mas dadas pela razão – por meio de uma análise da razão do homem. Se esta razão não fosse a razão humana empírica, o conhecimento do Direito natural teria de ser autoconhecimento do homem. Somente então esta teoria teria caráter racionalista (KELSEN, p. 87/88).

3.9. A regra de ouro

A presente fórmula é extraída da natureza e impõe a orientação de que “Não faças aos outros o que não queres que façam a ti”. Para Kelsen, a presente regra, que em um contexto positivo “se traduz em um princípio de justiça: devemos tratar os outros como gostaríamos de ser tratados¹⁷”, também se encontra contaminada por um grave erro. Isso porque, argumenta nosso autor, caso quiséssemos realmente tratar os outros como queremos ser tratados, um malfeitor, por exemplo, não poderia ser punido, nos termos desse próprio princípio de justiça inserido em tal regra.

Segundo Kelsen:

Muito daquilo que, do ponto de vista da moral ou do Direito, tem que ser proibido não é, para muitos homens, desejável, mas também não é indesejável. Logo não basta exigir que não tratemos os outros de forma como não gostaríamos de ser

¹⁷ KELSEN, p. 19.

tratados. Por exemplo: a moral prescreve que não mintamos. Todavia, alguém pode não fazer caso de que os outros lhe mintam, porque se considera esperto bastante para descobrir as suas mentiras e suficientemente para se proteger contra as consequências desvantajosas dela. Se também nesse caso é aplicada a regra de ouro, pode esse alguém, por meio dela, justificar as mentiras que diz aos outros, pois está pronto para deixar que os outros lhe mintam. (KELSEN, p. 19)

Desse modo, novamente evidencia Kelsen que a noção de justiça exaltada por essa corrente do Direito natural também se mostra de maneira relativa jamais absoluta. Isso porque a regra de ouro de que se deve tratar os outros de maneira como o próprio indivíduo deseja ser tratado se apresenta como uma concepção simplista e ainda, dependendo da abordagem que se pretenda, por demais ingênua, justamente por faltar-lhe um conteúdo delimitado. Quanto a esse aspecto, novamente citamos Kelsen na seguinte passagem:

Se a regra de ouro é tomada literalmente, se cada pessoa deve tratar as outras da forma, e apenas da forma, como deseja ser tratada, quer dizer se para a justificação de uma ordem social é decisivo um critério subjetivo, então não é possível moral nem ordem jurídica. Se a regra de ouro, de conformidade com a intenção deve funcionar como norma fundamental de uma ordem social, então tem sem dúvida de ser entendida como a norma que manda tratar os outros, não como efetivamente queremos nós próprios se tratados, mas como devemos querer nos próprios ser tratados, isto é, como devemos ser tratados, segundo uma norma geral aplicável não só a nós próprios como também a todos os demais. Mas como é que devemos ser tratados? Qual é o conteúdo dessa norma geral? (KELSEN, p. 21)

3.10. Conclusão

Kelsen explicitamente se frustra em apresentar um conceito de moral universalmente válido no que concerne ao Direito natural, pois chega à conclusão de que tal tarefa seja impossível sob a luz dessa própria doutrina que jamais conseguiu desenvolver uma teoria de justiça que fosse de fato absoluta. Fato é que essa falta de coesão doutrinária do jusnaturalismo foi alvo de severas críticas por parte da corrente positivista, não só de Hans Kelsen como também por Alf Ross, positivista e um dos maiores críticos do Direito natural, cujo ataque ao jusnaturalismo ficou expresso na célebre passagem de “Direito e Justiça”:

Como uma prostituta, o Direito natural esta a disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo Direito natural se encontra numa apreensão particular (ROSS, 2000, p.305).

Como aqui já foi mostrado, Kelsen se interessa justamente por apresentar o fundamento de validade do Direito, no que concernem às mais destacadas teorias do jusnaturalismo. Mesmo que neste tópico somente tenhamos apresentado as vertentes do Direito natural que, de alguma forma se contextualizam com a teoria de John Finnis, podemos afirmar que mesmo não havendo uma referência direta de Kelsen a este autor, tal constatação, de maneira alguma, afeta o objeto da presente dissertação. Isso porque o positivismo kelseniano repudia qualquer teoria que defenda uma concepção de justiça absoluta, já que mesmo que limitando por demais nosso foco de abordagem do Direito natural, é inegável que diferentes teorias em torno do Direito natural se revelam, já que tal constatação se demonstra até em Finnis, que reconhecidamente propôs uma nova interpretação do jusnaturalismo de Santo Tomás de Aquino.

Desse modo é difícil reconhecer uma teoria do Direito natural de cunho eminentemente objetivo, pois a falta de coesão tão referida por nós demonstra uma subjetividade irremediável, sendo que, realmente, a ciência pura do Direito deve inevitavelmente se afastar de tal campo especulativo, pois não cabe a essa definir o que é justo daquilo que não é justo, mas sim aquilo que é válido daquilo que não é válido, sem que a resposta a tal indagação se socorra de qualquer discussão em torno de uma justiça absoluta, universalmente eficaz. Assim, para Kelsen, alegada injustiça dos textos normativos é ponderação completamente dissociada de sua Ciência Pura do Direito. Nesse ponto, colamos interessante passagem de “O que é justiça?”, de Hans Kelsen, que muito bem resume essas conclusões:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que consegui aquilo que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante da minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância (KELSEN, 2001, p. 25).

Por fim, na conclusão da presente dissertação, em razão das fortes e irrefutáveis constatações aqui referidas, refletiremos sobre como a doutrina de

John Finnis possa ser relevante nesse contexto jurídico, ou seja, o que de fato sobrou desse autor?