

O DIREITO NATURAL CRITICADO POR KELSEN E ROSS

UMA COMPARAÇÃO

Pedro Henrique Holanda Pucci¹

Resumo: O presente trabalho compara a crítica do Direito natural em Hans Kelsen e Alf Ross. O método aplicado à pesquisa é estritamente bibliográfico. Os objetivos do trabalho são: 1. Localizar os pontos-chave da crítica do Direito natural nas obras “El concepto de validez y otros ensayos” e “Direito e justiça” de Ross e “O problema da justiça”, “O que é justiça” e “Teoria geral do direito e do estado” de Kelsen; 2. Comparar as críticas dos dois autores; e 3. Estabelecer semelhanças e dessemelhanças. Concluímos que: 1. Os pontos-chave são a) A natureza ou a ordem natural, b) A coação, c) O idealismo-dualista e d) A visão teleológica do mundo; 2. A crítica dos autores em estudo são análogas, porém diferenciam-se fundamentalmente pela teoria dos “pontos de vista” de Ross que analisa a disciplina do Direito natural sob o viés “epistemológico”, “psicológico”, “político” e “da teoria jurídica”, enquanto Kelsen utiliza preponderantemente apenas o viés científico-dogmático.

Palavras-chave: Direito natural. Crítica. Comparação. Kelsen. Ross.

Abstract: The present article compares the naturalism according to Kelsen and Ross. The method applied to the research is strict bibliographical. The objectives of the article are: 1. To locate the keyword of critical naturalisms in the books “El concepto de validez y otros ensayos” e “Direito e justiça” of Ross and “O problema da justiça”, “O que é justiça” e “Teoria geral do direito e do estado” of Kelsen; 2. To compare the critical ones of two authors; and 3. To establish similarities and dissimilarities. We conclude that: 1. The keywords are a) The nature or the natural order, b) The coercion, c) Idealism-dualist and d) The teleologic vision of the world; 2. The critical of the authors in study is analogous, however they are differentiated basically for the theory of the "points of view" of Ross that it analyzes disciplines it of the naturalism under the “epistemologic”, “psychological”, “politician” and “of the legal theory”, while Kelsen uses more the scientific-dogmatic.

Keywords: Naturalism. Critical. Comparison. Kelsen. Ross.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata de comparar a crítica do Direito natural entre os dois maiores autores da Ciência Jurídica, Hans Kelsen e Alf Ross, cujos trabalhos produzidos no século XX, especialmente, o debate entre os anos de 1959, 1961 e 1965 sobre o Direito natural, tornaram-se fundamentais para a Ciência do Direito tanto em razão das suas implicações para a lógica das normas quanto para a aplicação do direito.

A delimitação do tema “crítica do Direito natural em Hans Kelsen e Alf Ross” partiu de uma sugestão do Prof. Dr. Günter Maluske em razão de uma constatação irrefragável no campo da Filosofia do Direito. Passados mais de cinquenta anos, o positivismo jurídico permanece um ilustre desconhecido no Brasil, especialmente, em relação às interpretações

¹ Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza e Bacharel em Direito na Universidade Federal do Ceará (2006). É membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Conpedi e da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC. É Servidor Público Federal do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

autênticas de Hans Kelsen e Alf Ross. Os inúmeros trabalhos produzidos sobre os autores, principalmente, daquele, já que este foi traduzido para o português apenas em 2000, mostram que a maioria dos juristas brasileiros nunca avançou além da nona página da “Teoria Pura do Direito”. Isso talvez explique uma outra constatação que está subjacente, o Brasil se tornou um terreno fértil para as especulações metafísicas no campo do Direito.

Em razão disso, este trabalho assume um duplo compromisso. Reintroduzir a figura de Hans Kelsen e Alf Ross, apresentando ao leitor brasileiro a interpretação autêntica destes juristas e, ao mesmo tempo, utilizar como pano de fundo a crítica do Direito natural para demonstrar através de obras do positivismo jurídico clássico a impossibilidade de manutenção do Direito natural no século XXI.

A fim de cumprir tal objetivo, e não cometer os mesmos erros, citados acima, utilizamos nesta pesquisa exclusivamente as obras originais de Hans Kelsen e Alf Ross, recorrendo a textos de comentadores ou compiladores apenas quando foi estritamente necessário, sendo que nestes casos, sempre, que recorremos a argumentos de autoridade, fizemos isso, indicando de forma expressa o autor e a obra consultada.

Essa tarefa de leitura dos originais mostrou que as obras clássicas do positivismo jurídico propiciam ainda hoje a descoberta de novos ângulos e novos encaminhamentos para a Ciência do Direito, o que, certamente, torna esses autores e sua obra ainda vivos, além do que comprova que suas teorias são de fato impecáveis e foram produzidas com rigor lógico.

Como é desnecessária uma apresentação dos autores, haja vista a notoriedade que ambos alcançaram, concentremo-nos na razão fundamental do acirrado debate entre eles, cujos registros foram reunidos em três trabalhos publicados, por Kelsen, respectivamente em 1959, 1961 e 1965, sendo depois reunidos no livro “Contribuições à Teoria Pura do Direito”, na qual Kelsen refuta as objeções de Ross e ratifica a posição de sua teoria em face do Direito natural.

Certamente, não é segredo que Hans Kelsen foi o estudioso mais combativo e combatido do século XX por grande parte de suas idéias e, principalmente, por sua mais célebre obra, “Teoria Pura do Direito”, entretanto se é possível reduzir a uma única a razão o violento combate entre ele e Ross? A principal razão com certeza reside no fato de que enquanto Kelsen era adepto de um positivismo jurídico amplo, isto é, ao contrário das outras ciências, não tinha como objeto os fatos empíricos, e sim, as normas jurídicas; Ross se

inspirava num positivismo estrito ou analítico², com o objetivo de construir uma ciência empírica do direito sobre o modelo das ciências da natureza, dando-lhe um objeto suscetível de ser observado diretamente, para submetê-lo ao princípio da verificação.

Essa concepção de ciência é que os farão divergir, em alguns pontos, sobre a doutrina do Direito natural, contudo é possível afirmar que, em razão de se filiarem ao positivismo jurídico, seja ele amplo ou estrito, não aceitavam a concepção de uma justiça absoluta, tendo, portanto, críticas de forma geral semelhantes ao Direito natural. E é justamente essa constatação de que muitas de suas críticas são semelhantes somado ao fato de Ross ter assimilado importantes elementos da teoria kelseniana, que permite uma outra constatação subjacente. Existem mais semelhanças do que dessemelhanças na crítica do Direito natural dos autores.

Pretende assim o presente artigo, comparar a crítica do Direito natural dos autores, analisando a teoria de ambos a partir de conceitos-chave como “natureza ou ordem natural”, “coação”, “idealismo e dualismo” e “visão teleológica do mundo” e à medida que se fizer necessário corroborar nossa análise com a transcrição de argumentos dos próprios autores, demonstrando a correção e a certeza de nossa avaliação.

Para obter o resultado acima esperado, utilizar-se-á na pesquisa principalmente o método dedutivo, partindo-se da leitura dos textos originais dos autores, principalmente, os referenciados na bibliografia para estabelecer um quadro comparativo claro da crítica do Direito natural na visão de ambos os autores estudados. Não se optou, porém, por uma divisão rígida em capítulos, privilegiando-se, ao invés disso, a fluidez do texto utilizando, como elementos de conexão, conceitos básicos da Filosofia do Direito natural.

Essa escolha na elaboração do trabalho se deveu basicamente ao fato de que a principal diferença da crítica do Direito natural entre os autores, como já dito, não está propriamente relacionada ao conteúdo, e sim, a sua forma, ou melhor, como diria Alf Ross, aos seus “pontos de vista”, relações não observadas por Hans Kelsen que analisam o discurso do Direito natural sob o ponto de vista “epistemológico”, “psicológico”, “político” e “da teoria jurídica”.

² “*Analytical Jurisprudence* se apresenta como um certo método ligado à filosofia analítica derivado de Moore e Russel que versa sobre as proposições e coloca ênfase na linguagem. (Ross)”. Cf. ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução de Vicente de Paulo Baretto. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [S.a.], p. 608.

Como técnica de pesquisa mais utilizada, pode-se fixar a bibliográfica, mas também foi objeto de uso a documental, bem como matéria divulgada na Internet.

Finalmente, passaremos ao estudo dos aspectos jurídicos que envolvem o estudo do Direito natural, esperando entregar à comunidade acadêmica um trabalho rigoroso que demonstra a contribuição de Hans Kelsen e Alf Ross para a Ciência Jurídica.

1. A NATUREZA OU A ORDEM NATURAL

O Direito natural é uma “disciplina” de mais de dois milênios de idade, ora autônoma estudada simplesmente como filosofia moral³, ora parte da ética, política ou teologia, cujo pressuposto fundamental era a existência de uma “ordem natural”. Como o Direito natural é uma disciplina milenar, muitos foram os autores que lhe atribuíram definições e conceitos, o que tornou a Filosofia do Direito natural campo de muitas incertezas. Cientes deste problema, cabe-nos, em primeiro lugar, definir um conceito-primeiro ou operacional, cujo significado seja coerente tanto na obra referenciada de Hans Kelsen quanto de Alf Ross, para que daí, sim, possamos discutir a forma e o conteúdo dessa disciplina, a fim de que compreendamos em que medida se situam as críticas dos autores acima citados, tema central deste trabalho. Nesse sentido, parecem bastante apropriadas as palavras de Kelsen: “a doutrina do Direito natural tenta fornecer uma solução definitiva para o eterno problema da justiça, responder quanto à questão do que é certo e o que é errado nas relações mútuas dos homens”⁴.

O Direito natural, como se verifica por esta definição, foi criado para dar respostas à inquietude humana sobre a realização da justiça. Parece-nos correto afirmar, portanto, que para ambos os autores o fundamento primeiro do Direito natural é que a “natureza” funciona como autoridade normativa, ou seja, é possível fazer uma distinção da conduta humana que é natural, isto é, exigida pela “natureza”, e a conduta humana que é antinatural, contrária e proibida pela “natureza”.

Esse conceito de “natureza” do tipo metafísico ocupa um lugar central na Filosofia do Direito natural, sendo o adjetivo “natural” considerado, inclusive, o próprio paradigma do

³ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 309.

⁴ KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 137.

justo, presente, segundo o mesmo Direito natural, de forma imanente na consciência humana como algo “simples e evidente”⁵. Como se percebe, o Direito natural concebe o próprio direito como uma ordem justa derivada da natureza como totalidade do real ou da natureza das coisas ou de Deus⁶, e é por esta razão “boa”, “certa” e “justa”. A aceitação do “princípio natural” é, como se vê, uma característica fundamental do Direito natural. Se a natureza contém a idéia do justo, existe um critério “absoluto” e “imutável” nas coisas, que sempre poderá ser buscado pelos homens, já que a justiça estará sempre presente da mesma forma na “natureza”.

Essa idéia de justiça absoluta e eterna, como afirma Ross, fará do direito algo muito maior que a obra de seres humanos, livrando, inclusive, o legislador/jurista das penas e responsabilidades de uma decisão, “um desejo do absoluto que nos liberte [...] e nos traga a paz”⁷ (visão psicológica).

A imutabilidade também será uma grande preocupação de Kelsen, haja vista que o critério de justiça imutável é para ele sempre uma “ilusão” (visão científica), sendo possível apenas para a Ciência do Direito falar sobre sua validade, e não em justiça, porque não existe um critério imutável de justiça, tendo em vista a mutabilidade e relatividade dos preceitos éticos e jurídicos. Neste ponto, já existe um cisão no pensamento de Kelsen e Ross. Nas palavras de Ross, “ao fazer da validade uma relação internormativa [...], Kelsen se impediu, desde o começo, de lidar com o cerne do problema da vigência do direito: a relação entre o conteúdo ideal normativo e a realidade social”⁸.

Em resumo: “a evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asseções metafísicas. Coloca-as acima de toda força de controle intersubjetivo e **deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo**”⁹ (grifo nosso).

⁵ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 312.

⁶ “Quando a lei escrita não está em contradição com a de Deus convém que os cidadãos a observem e a antepõem às leis estrangeiras; mas quando a lei da natureza, isto é, a lei de Deus ordena coisas contrárias à lei escrita, a razão aconselha-te a deixar de bom grado as leis escritas e a vontade dos legisladores e a obedecer unicamente à lei de Deus, a regular a tua vida segundo os seus ensinamentos mesmo se isto custa fadiga, morte e desonra” (Contra Cels., V, 37).

⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 306.

⁸ A respeito, ver ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 13.

⁹ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 305.

Dessa forma, a história do Direito natural revelará dois pontos marcantes: a arbitrariedade dos postulados fundamentais da existência (e do ser humano) e as idéias jurídico-morais desenvolvidas com base nesse fundamento (ponto de vista epistemológico).

A idéia central do Direito natural, portanto, é a ordem justa “natural”, válida devido ao seu conteúdo, isto é, “boa”, “correta” e “justa”. Nesse sentido, Cícero, numa passagem famosa, assim exprimia o conceito do Direito natural:

Por certo, existe uma verdadeira lei, a da recta razão conforme com a natureza, difundida entre todos, constante, eterna, que com o seu mandado convida ao dever e com a sua proibição dissuade do engano... Não será diferente em Roma ou em Atenas ou hoje ou amanhã, mas como única, eterna, imutável lei governará todos os povos e em todos os tempos.¹⁰

Dessa forma, se se imaginar que o Direito natural começou e terminou, com a ruptura entre a Idade Média e a Idade Moderna, quando o poder divino dos reis foi substituído pela soberania dos Estados Nacionais. Essa conclusão, porém não é verdadeira, como expôs-se anteriormente, se o Direito natural, de fato, nasceu de uma concepção divina da natureza¹¹, esta não foi a única origem durante a história da humanidade.

O Direito natural também foi concebido como uma ordem racional, sem dúvidas, porque tanto a concepção religiosa, quanto a racional residem no mesmo pressuposto, o de que a ordem jurídica não é criada pelo homem e não pode, de modo algum, ser criada pela ação humana. Nesse sentido, Kelsen “o absoluto em geral e os valores absolutos em particular encontram-se além da razão humana, para a qual só é possível uma solução condicionada, e, portanto, relativa ao problema da justiça como um problema de justificação do comportamento humano”¹². Na verdade, a idéia do Direito natural como “ordem natural”

¹⁰ “Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna... huic legi nec abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest; nec vero aut per senatum aut populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpret eius alius, nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit. Cf. Cícero, **De republica**, 111, 33.

¹¹ O Direito natural, segundo Tomás de Aquino, pregava que o homem deve fazer o bem e evitar o mal, isto é, deve viver de acordo com sua natureza, enquanto animal racional, conhecedor da *Lex naturalis*, parte conhecida da Lei divina natural.

¹² _____ . **O que é justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

corresponde à convicção de que suas normas derivam diretamente da natureza, de Deus¹³ ou da razão, isto é, são tão evidentes como, por exemplo, as regras de lógica.

Como se percebe, até aqui, a doutrina de Kelsen e Ross apenas se aproximam e nos auxiliam a definir o conceito de “natureza” e “ordem natural” com maior precisão e acuidade técnica, uma vez que a única divergência sobre os autores em relação ao tema só se apresentará, quando o Direito natural deixar de ser apenas parte da Filosofia moral para se tornar uma disciplina jurídica (ver ponto três).

2. COAÇÃO

De acordo com o exposto, como o direito pode ser apreendido pela lógica, é subjacente a esta idéia a suposição de que o acesso às memórias do inconsciente permitem as pessoas compreender o valor justiça, esse algo imutável e eterno, a partir do qual deverão pautar-se na vida em sociedade. Em razão disso, e conscientes no fato de que como o homem é produto da natureza, boa em si mesma, não é necessária a presença da coação para realização do direito¹⁴, o Direito natural defende a natureza de um direito não coativo.

Dessa forma, se a coação existe, esta é certamente exterior ao direito e não faz parte dele, isto é, é apenas um fenômeno acidental na ordem jurídica, algo supérfluo que pode ou não estar presente na realização do direito. Neste ponto, segundo Kelsen, “entra a ‘positividade’ de um sistema jurídico, em comparação com a lei da natureza”¹⁵, introduzida, como lembra Ross, não mais como recurso da Filosofia moral, e sim, como disciplina jurídica. (racionalismo)¹⁶.

Essa mudança de orientação na concepção do Direito natural propiciou uma alteração decisiva na relação entre Direito positivo e Direito natural, cujo maior prejuízo

¹³ “Não foi difícil para os padres da Igreja e para os filósofos escolásticos interpolar as específicas idéias cristãs na tradição clássica do direito natural. No lugar do vago conceito panteísta de uma razão divina universal, bastou-lhes colocar o Deus do cristianismo”. Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 283.

¹⁴ “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 19.

¹⁶ Sobre coação espiritual oculta, ver ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 309-310.

certamente foi a confusão de conceitos e a deterioração definitiva da análise jurídica e do tratamento dos problemas político jurídicos.

Dessa forma, sob o “ponto de vista da teoria jurídica” o próprio cerne de direito subjetivo como idéia de poder de coerção perdeu um pouco de seu sentido, uma vez que como o próprio Direito natural passou a ser concebido como categoria do direito subjetivo, o conceito de coerção passou para o terreno das incertezas, já que frente à construção de novas categorias seria possível conceber no Direito natural um tipo de coerção, que identificou Ross como um tipo que emana de potências espirituais ocultas.

Se Ross avançou tão longe no terreno das idéias, Kelsen julgou mais apropriado se deter no conceito básico de força, e insistir no postulado básico de que a coação é parte do direito e à medida que o Direito natural nega a existência da coação, perde essa doutrina outra característica essencial do direito.

Assim, se o Direito natural nega a coerção como característica intrínseca do direito e insiste na necessidade do Direito positivo, alegando que o mecanismo coercitivo é necessário em razão da “maldade do homem”, isto soa completamente contraditório, já que, como fonte do Direito natural, a natureza humana deve ser fundamentalmente “boa”. Se o Direito positivo é válido apenas na medida em que corresponda ao Direito natural, descobrir as regras do Direito natural através da análise da natureza, torna o Direito positivo supérfluo. Ademais, como a natureza do homem é corrupta, como pode o Direito natural deduzir o ordenamento absolutamente justo da natureza do homem? Essas questões são levantadas pelos autores, como argumentos decisivos que demonstram a acientificidade desse dogma fundamental do Direito natural, como uma ordem anticoercitiva.

Como se vê, Kelsen e Ross criticam duramente a ausência de coação do Direito natural, uma vez que se há um determinado fato, ele deve ser ligado a uma determinada consequência (juízo hipotético), entretanto, para os jusnaturalistas, este juízo não se traduz em um ato de coação. Ao contrário, esse juízo significa apenas a conduta imediatamente correta e justa do homem obrigado pela norma. Se vier a existir a coação, os jusnaturalistas afirmam ela estará fora do Direito, funcionando apenas como instrumento do Poder para a realização do Direito positivo, esfera da vida complementar ao Direito natural, ou seja, algo como parte do Direito natural revelado através da positivação, cuja legitimidade e autoridade repousam necessariamente no próprio Direito natural. Dessa forma, a norma do Direito natural realiza-

se, automaticamente, uma vez que é dada de modo evidente, sendo sua *vis coativa* apenas a consciência de sua observação pela pessoa obrigada.

3. VISÃO IDEALISTA-DUALISTA

A terceira característica do Direito natural duramente criticada por Kelsen e Ross é a visão idealista-dualista do mundo. Como se sabe, os autores, como positivistas que são não concebem o mundo de uma forma dualista, cuja existência depende de duas ordens uma positiva e outra extra-positiva. Ao contrário, são monistas. Em razão disso, identificam tanto no Direito natural como no Direito positivo apenas são dois sistemas de normas, cujo único elemento comum caracterizador é a categoria do dever ser. Essa afirmação de que o Direito natural é um sistema normativo não demonstra a aceitação dos juristas pelos postulados do jusnaturalismo, pelo contrário, apenas robustece sua crítica na medida em que o Direito natural é reconhecido como um sistema sim, contudo, inválido e sem nenhuma base científica.

Os jusnaturalistas, por sua vez, não concebem outra forma para o mundo senão a dualista, isto porque o Direito natural necessita do Direito positivo, na medida em que o seu mecanismo coercitivo é necessário, como dissemos, em razão da “maldade do homem”. Na proposição de Direito natural, como proposição jurídica positiva, a ligação entre condição e consequência se realiza quase como necessidade interna. Surge assim o erro de compreender essa necessidade como relação causal. Desta maneira, identifica-se a “ordem natural” procurada pela realidade dos acontecimentos do Direito natural. Acontece um deslocamento do objeto do conhecimento que originalmente era um sistema de normas para a realidade empírica. Encontra-se no Direito natural a tendência de identificar, como dissemos, o dever ser com o “bom”, o “correto” e o “justo” no sentido material.

A validade das normas do Direito natural se fundamenta no mesmo princípio fundante de sua origem, isto é, a validade do Direito natural decorre da idéia de que suas normas são válidas porque têm sua origem no absolutamente bom em Deus¹⁷ ou na razão.

Como se pode ver, o Direito natural funda sua origem na inabalável crença de que o direito é fruto de uma ordem superior, inatingível ao ser humano, cuja legitimidade repousa

¹⁷ As fontes do direito, segundo Tomás de Aquino, seriam a *Lex naturalis*, *Lex divina* e a *Lex humana*, cuja combinação permitiria a concretização do justo através de princípios do Direito natural apreendidos nas leis positivas por *conclusio*, *determinatio* e *additio*.

na razão ou em Deus, princípios fundantes da ordem jurídica. Dessa forma, como é possível, então, na visão dos autores, ao homem realizar a ordem jurídica com o Direito natural?

Kelsen e Ross são unânimes em relação a este problema, já que afirmam que paralelamente ao Direito natural haveria uma ordem institucionalizada pelo Estado, fenômeno este alcunhado de dualismos (*duo* = dois), porque há a aceitação da existência de duas dimensões do direito, como esclarece Kelsen:

A doutrina do Direito natural é caracterizada por um dualismo fundamental entre Direito positivo e Direito natural. Acima do imperfeito Direito positivo existe um perfeito – porque absolutamente justo – Direito natural; e o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural.¹⁸

Esse dualismo não foi concebido pelo direito, ao contrário, foi herança da metafísica que sustenta o Direito natural, pois, na história da humanidade se tornou típico de todas as correntes metafísicas a idéia de que existe “uma ordem transcendente, real, que não é estabelecida pelo homem, mas lhe está supra-ordenada, e uma ordem real estabelecida pelo homem, isto é, positiva”¹⁹. Para Kelsen, esse dualismo entre Direito positivo e Direito natural lembra o próprio dualismo metafísico da realidade e a idéia platônica²⁰, elemento típico de toda interpretação metafísica ou, o que redundava no mesmo, de toda interpretação religiosa do mundo. Neste ponto, verifica-se novamente uma divergência de concepção sobre a origem do Direito natural entre os autores. Ao mesmo tempo em que Kelsen afirma que “a doutrina do Direito natural não tem nenhuma outra função que não justificar o Direito positivo”²¹, Ross, entende que “enquanto o direito natural foi simplesmente uma filosofia moral para justificar o Direito positivo e para guiar o legislador, não pôde causar sérios transtornos ao pensamento jurídico genuíno”²².

¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 19.

¹⁹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 68.

²⁰ “Polo e Calicles no Górgias, Trasímaco na República sustentam que a lei da natureza é a lei do mais forte e que as leis que os homens fazem valer na sua convivência são convenções dirigidas a impedir os mais fortes de se valerem do seu direito natural. Segundo a natureza, é justiça que o forte domine o mais fraco e siga em todas as circunstâncias sem freio o talento próprio e isto acontece de facto quando um homem dotado de natureza capaz rompe as cadeias da convenção e de servo se converte em senhor”. Górgias, 484 a; República, 1, 338 b segs.

²¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 145.

²² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 309.

Extrai-se desse dualismo uma questão importante, que sempre é utilizada pelos jusnaturalistas, de forma retórica, para negar a validade do Direito positivo, sem sentirem os mesmos que refutam as suas próprias idéias com tais falácias naturalísticas. Percebe-se que não é incomum que se atribua ao Direito positivo a pecha de doutrina conservadora, alheia às vontades do povo, entretanto, pondere-se à luz das colocações abaixo que o Direito natural, à semelhança do Direito positivo a depender do caráter em que é utilizado pode ser tanto conservador como pessimista, bastando que se queira.

Esse dualismo tem um caráter otimista conservador ou pessimista revolucionário, conforme afirme que há correspondência ou contradição entre a realidade empírica e as idéias transcendentais. O propósito dessa metafísica não é – como no caso da ciência – explicar racionalmente a realidade, e sim, ao contrário, aceitá-la ou rejeitá-la emocionalmente. E tem-se a liberdade de escolher uma ou outra interpretação da relação entre realidade e idéias, já que a congnição objetiva das idéias não é possível, em vista do transcendentalismo envolvido na própria definição. Se o homem possuísse um discernimento completo do mundo das idéias, ele seria capaz de adaptar o seu mundo e, em especial, seu mundo social, sua conduta, a esse padrão ideal; e, já que o homem se tornaria perfeitamente feliz se sua conduta correspondesse a esse ideal, ele certamente se conduziria dessa maneira.²³

O Direito natural, como se vê, está longe de ser eterno e imutável e se altera conforme o tempo, o espaço e a pessoa. Percebemos, aqui, uma outra diferença ente Kelsen e Ross, já que enquanto aquele entende o Direito natural como otimista conservador ou pessimista revolucionário, Ross, sob o mesmo “ponto de vista político”, entende-o como conservador, revolucionário ou evolucionista, uma vez que a orientação política não pode ser invocada como um argumento a favor ou contra a plausibilidade teórica da doutrina do Direito natural.

Surge, então, outra questão: quais as razões que fazem os seres humanos persistirem nas especulações metafísicas? Ross argumenta que as opiniões políticas de uma pessoa determinam a sua simpatia ou sua oposição em relação à doutrina, o que para Kelsen se restringe apenas a uma ideologia política, isto é, uma força alheia a esta motriz psico-sociológica criada por Ross²⁴. Nesse sentido:

Como uma prostituta, o direito natural está à 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 o direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma

²³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 19-20.

²⁴ A respeito, ver ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 13.

contemplanção evidente, uma intuição? Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções metafísicas. Coloca-as acima de toda força de controle intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo.²⁵

Qual a vantagem do Direito positivo em relação ao Direito natural, segundo os autores, já que tanto este como aquele (direitos) depende de certa maneira de uma ideologia e de um órgão competente legiferante para se realizar no plano da vida? Para os autores, enquanto o Direito natural prega que ele é eterno e imutável, o Direito positivo pressupõe que errar é humano. Assim, se descoberto um erro, o que é possível, corrige-se e o interessado pode ser indenizado, se não for possível restituir-lhe o *status quo ante*.

Por isso, verifica-se que Ross refuta o pensamento metafísico especulativo, baseando-se na máxima de “en la aprehensión a priori por la razón”²⁶. O Direito natural seria, portanto, para ele uma ideologia criada pelos detentores do poder, os estadistas, os juristas e o clero, ponto de vista político, para legitimar e robustecer sua autoridade. Percebe-se isto claramente na seguinte passagem:

O direito natural foi tipicamente não revolucionário. Reconheceu expressamente que os cidadãos devem obediência à lei do país, ainda que não estejam de acordo com o direito natural, porque as leis do país são sempre válidas em razão do contrato social e do princípio do *pacta sunt servanda*.²⁷

Para não deixar nenhuma lacuna na sua argumentação, Ross pondera, ainda, que quando teve o Direito natural a intenção de ser revolucionário, como bom exemplo cita a revolução norte-americana, esta transformou-se em conservadora imediatamente após prevalecerem as classes sociais, cujos interesses compeliram a sociedade para a guerra²⁸. Dessa forma, o Direito natural sempre foi utilizado no decorrer da história para defender todo o tipo concebível de exigências (ideologia), afirma Ross, sem nenhuma objeção de Kelsen.

Os dois autores, inclusive, analisam, em suas obras, várias fórmulas de justiça “vazias de conteúdo”, isto é, “falácias normativas” como classifica Kelsen com o propósito de confirmar as constatações anteriores. Destacam-se entre elas a fórmula pela qual os romanos

²⁵ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 304-305.

²⁶ ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. Tradução de Genaro R. Carrió e Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969, p. 11.

²⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 311.

²⁸ “Nunca o mais forte o é tanto para ser sempre senhor, se não converte a força em direito, e em dever a obediência; eis donde vem o direito do mais forte”. Cf. **Contrato Social**, I, 3, p. 1.

expressaram o princípio do Direito natural, a chamada *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*. Para Ross, “dar a cada um o que é seu” soa esplêndido, porém esta fórmula pressupõe que se saiba o que é devido a cada pessoa como o “seu”, isto é, como seu direito. A fórmula, portanto, na visão de Ross, seria “carente de significado visto que pressupõe a posição jurídica para a qual deveria servir de fundamento”²⁹. Kelsen percebe a mesma fórmula vazia no Direito natural, muito embora não teça comentários psicológicos à semelhança de Ross, contudo sobre a fórmula do *suum cuique* afirma que a prescrição leva a pergunta: “o que é devido?” Sendo ainda, possível afirmar que o que é devido depende de uma ordem jurídica positiva (capitalista, socialista, etc). Nesse sentido, “a aplicação desta norma de justiça pressupõe a validade de uma ordem normativa que determine o que é para cada um o que é ‘seu’, ou seja, o que é que lhe é devido, a que é que ele tem direito”³⁰.

Por estas razões, ambos, Kelsen e Ross, concluem o mesmo resultado que pode ser exprimido da seguinte forma: o Direito natural não pode ser “um critério de apreciação do Direito positivo e também não pode ter a função que ao Direito natural cumpre exercer em face do mesmo Direito positivo e em razão da qual a teoria jusnaturalista é contraposta à teoria do Direito positivo”³¹.

Mas por que ainda assim os jusnaturalistas buscam essa complementaridade do Direito natural com o Direito positivo? A resposta é simples. Para a manutenção constante da ordem jurídica num critério de justiça, dito como imutável. Como se vê, a idéia formal de justiça carece de todo o significado. É possível defender qualquer postulado material em nome da justiça. Isso, para Ross, explica-se porque “todas as guerras e conflitos sociais [...] foram travados em nome [dela]”.³² Na verdade, o que se tem observado durante a história é que “invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto”.³³

²⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 320.

³⁰ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 18.

³¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 117, com restrições, a respeito, ver ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 309.

³² ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 320.

³³ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 320.

Essa imutabilidade dos valores, contudo é algo que não se sustenta para Kelsen, já que parte ele do pressuposto de que os valores não são inerentes às coisas, isto é, a natureza não tem normas nem valores. Na verdade, as normas alegadamente deduzidas da natureza são tacitamente pressupostas e fundamentam-se em valores subjetivos. A ciência pode até falar em valores como juízos objetivos, no caso de uma norma geral pressuposta, ou subjetivos, nos outros casos. Contudo nunca poderá ser aceito pelo Tribunal da razão que a ciência pode decidir qual é a norma verdadeira de acordo com os valores, já que a ciência moderna é o resultado de um processo caracterizado justamente pela emancipação da “natureza” das “categorias sociais”.

Face isto, podemos perceber que para Kelsen e Ross é a norma que avalia e julga os fatos através de valores; não existe, portanto, mundo dos valores, já que o fato não pode ser negado. “O fato de que na realidade peixes grandes comem peixes pequenos não implica que a conduta do peixe seja boa ou tampouco que seja má”³⁴. As normas são para regulamentar a conduta humana, pois é a partir da conduta humana que ocorrem atos e fatos, que são valorados pela norma pressuposta, como nos permite a avaliação objetiva:

O homem tende a acatar a lei da qual concorda segundo a ideologia dominante em dada sociedade. Por isso, é mais fácil dizer que o direito natural não é bucha de canhão, pois quase sempre ele é utilizado para legitimar um determinado pensamento em voga. Por isso também é mais difícil aceitar a imposição de uma lei pelo simples fato dela ser posto por uma autoridade, ainda que legitimada, pois muitas vezes a norma vai de encontro aos anseios mais imediatos da sociedade que, embora almeje o belo, bom e justo, sempre em sua dimensão mais individualista busca a satisfação individual, antes da coletiva.³⁵

4. VISÃO TELEOLÓGICA DO MUNDO

Como já vimos, o Direito natural tem três características importantes são sistemas derivados de uma (i) “ordem natural”, cuja doutrina (ii) “idealista” e “dualista” concebe o mundo, (iii) “sem coação jurídica”, para dirigi-lo para um fim ou moldá-lo para o propósito de que a natureza é determinada por causas finais com vontade e inteligência.

³⁴ KELSEN, Hans. **O que é justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 140.

³⁵ KELSEN, Hans. **O que é justiça**. *Op. cit.*, p. 139-140.

Essa visão de mundo preserva uma forte orientação metafísica, cuja aceitação na visão de Kelsen “implica que a natureza é uma espécie de ser pessoal, sobre-humano, uma autoridade a qual o homem deve obediência”³⁶.

A ciência moderna refuta essa visão, principalmente, porque a aceitação de um postulado de tal magnitude retira do homem a qualidade de ser-realizador de sua própria história e o rebaixa de uma posição de agente para o de mero expectador sujeito aos desejos dos deuses ou de uma razão cósmica.

Uma outra dedução lógica desta idéia é o reforço de que o Direito natural pode extrair de fato as normas da natureza, já que como essa natureza é dotada de razão possuiria uma compreensão extra-humana capaz de ditar as regras para o mundo da vida, estabelecendo sempre o último critério para determinar quais são as leis absolutamente certas.

Como se pode verificar, estas deduções esbarram nos mesmos problemas deduzidas no ponto três a respeito da utilização do Direito natural como fonte de muitas ideologias e armas políticas de revoluções e ditaduras.

Ora, como visto, não podemos esquecer de que a ciência moderna se afastou da visão teleológica do mundo, uma vez que não é possível deduzir de premissas não normativas conclusões normativas e vice-versa. Como salientou Kelsen, este foi o julgamento do Tribunal da razão. A história está repleta de erros lógicos, que não passam de falácias naturalísticas que tentam deduzir prescrições de um silogismo errado.

CONCLUSÕES

Conclui-se ao término deste trabalho:

a) Para Kelsen e Ross, o Direito natural se fundamenta numa doutrina idealista-dualista que concebe o mundo através de uma visão teleológica;

b) As principais características desse Direito natural são a origem do mundo na natureza ou na ordem natural, a ausência de coação jurídica, a visão idealista-dualista dos sistemas jurídicos e a visão teleológica do mundo;

c) As principais semelhanças entre a crítica do Direito natural dos autores são em relação à origem desenvolvimento do Direito natural como “ordem natural” fundante e

³⁶ *Ibidem*, p. 137.

integralizadora do Direito positivo e os seus nuances metafísicos-imanentes que garantem a infalibilidade desse sistema jurídico; e

d) A principal diferença é a maneira de abordar cada uma das características presentes nos autores, uma vez que enquanto Kelsen concebe uma visão científica e dogmática do mundo, alheio ao mundo social, Ross investiga os pontos de vista “epistemológico”, “psicológico”, “político” e “da teoria jurídica”.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.** Tradução de Vicente de Paulo Baretto. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, [S.a.].

ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos.** Tradução de Genaro R. Carrió e Osvaldo Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1969.

_____. **Direito e justiça.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **O que é justiça.** Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.