


Artigos

TESES BÁSICAS DO POSITIVISMO E SUAS CRÍTICAS AO JUSNATURALISMO

Alejandro Bugallo Alvarez¹

Resumo: Subjaz ao texto a ideia de que jusnaturalismo e juspositivismo são duas teorias e posicionamentos antitéticos em tensão, referência e reformulação recíprocas, razão dos respectivos e novos sentidos. O texto reflete as concepções históricas do jusnaturalismo e centra-se nas críticas que lhes foram formuladas pelos positivistas clássicos [ROSS, HART e KELSEN] a partir da especificidade de suas concepções e na exposição das teses básicas do positivismo. As críticas formuladas, embora procedentes em relação a certas interpretações da natureza, não desqualificam a função e dimensão crítica do direito natural, nem a consistência da natureza humana como fundamento do direito natural e positivo.

Palavras - chave: jusnaturalismo, juspositivismo, teses, críticas.

Abstract: Underlying the text it appears the idea that jusnaturalism and juspositivism are two theories and antithetical positions in reciprocal tension, reference and reformulation, which leads to new meanings. The text reflects the historical conceptions of jusnaturalism and centers upon the reviews (or criticisms) formulated by the classical juspositivists [ROSS, HART, and KELSEN] from the point of view of the distinguishing features of their conceptions and the exposition of the basic theses of legal positivism. The criticisms that were formulated, although deriving from certain interpretations of Nature, do not disqualify the function and the critical dimension of the natural law neither the consistency of human nature as the fundamentals of natural or positive law

Keywords: Jusnaturalism, Juspositivism, theses, reviews.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Comillas, Espanha (revalidação pela UFSC). Professor Emérito da PUC-Rio. Professor de Teoria do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio e Professor Adjunto da UCP. E-mail: abalvare@uol.com.br

1. Introdução

A tensão entre juspositivismo e jusnaturalismo polariza, de forma direta ou indireta, os grandes temas e debates da filosofia do direito. Tais correntes ou movimentos configuram concepções, ao menos em parte, antitéticas, porquanto, segundo FARREL, “em um caso a moral tem relação com o direito enquanto que no outro são dois sistemas normativos totalmente separados”, do que resulta outra consequência igualmente dramática: “se for aceita a versão positivista, não existe maneira de avaliar moralmente o direito. Dá no mesmo o direito justo e o injusto, o correto e o incorreto, o bom e o mau.; mais ainda: também se seguiria que é obrigatório obedecer a qualquer direito, não importando seu grau de imoralidade”².

“Recentemente, afirma STRUCHINER, vem ecoando no meio acadêmico o mais novo *clichê* de que a filosofia do direito contemporânea se caracteriza pela superação da dicotomia juspositivismo/jusnaturalismo”, razão da “alta produção de rótulos que visam a caracterizar essa nova era da filosofia do direito: direito pós-moderno, pós-positivismo, não-positivismo principiológico.³ Neste contexto, conclui que “embora seja comum a exposição a essas formas de se conceber a filosofia do direito, o que raramente tem acompanhado tal exposição é uma análise minuciosa das teses ou proposições que servem como notas definitórias do jusnaturalismo e do juspositivismo. O caso é grave. Não se trata apenas da falta de uma análise rigorosa desses conceitos, mas de distorções que é necessário superar, através de precisão conceitual e fixação das teses tanto do jusnaturalismo como do juspositivismo”⁴ porquanto, destaca SCHIAVELLO, que existem aspectos em relação aos quais a divergência entre as duas tradições de pesquisa permanecem bastante acentuadas e que merecem ser evidenciadas.⁵

2 FARREL, Martin, D. *Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? Doxa*, vol. 21-II, 1998, p. 122

3 STRUCHINER, Noel. *PARA FALAR DE REGRAS. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. PUC-Rio, 2005, p. 22.. Nesta linha insere-se MacCormick quem, a partir da teoria institucional, afirma que “as formas melhores de juspositivismo conduzem, por muitos e importantes aspectos, a conclusões semelhantes às das versões mais plausíveis de jusnaturalismo”. MACCORMICK, N; WEINBERGER, O. *Il dirritto come istituzione*. trad. M. La Torre. Milano: Giuffrè, 1990, p. 178.

4 STRUCHINER, Noel. Ob. cit. *ibidem*.

5 SCHIAVELLO, Aldo. L'eterno ritorno della contraposizione tra gjuspositivismo e gjusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato. <http://www.Uilpadirigentiministeriali.com/>

O foco da análise, é o direito natural e, conseqüentemente, o quadro teórico construído e em construção visando sua justificação e fundamentação e, portanto, sua aceitação ou aceitabilidade superando as críticas do juspositivismo. Na dimensão temporal o eixo central da análise é a atualidade levando em consideração o passado mediato⁶ e imediato, em função da projeção no futuro. O passado imediato configura-se a partir da Idade moderna,⁷ de relevância teórica especial, porque nela pode

Documentazione/Articoli, 20%interventi, 20%contributi/2-Windows inter...

6 A concepção do direito natural e sua explicação teórica tem uma história e acompanha as nuances da cultura ocidental. Surgiu na civilização greco-romana como elemento integrante e resultado de concepções mítico-religiosas, adquiriu consistência com as concepções filosóficas, teve grande repercussão política com Sócrates e os sofistas, aperfeiçoou-se no período sistemático, polarizado em Platão e Aristóteles e projetou-se no período heleno-romano, especialmente através do epicurismo e estoicismo. Consolidou-se na Baixa Idade Média, tanto no apogeu da Escolástica, com Tomás de Aquino, Boaventura e J. Duns Scotto (S. XIII), quanto na decadência (S. XIV-XV), com Guilherme de Ockam. Mesmo antes do surgimento da Escolástica, merece destaque Agostinho de Hipona, não só em razão da teoria do Direito Natural, quanto sobretudo, da teoria do poder.

7 Os tempos modernos: (i) iniciam com três movimentos: renascimento, reforma e contrarreforma; (ii) a conformação do Estado moderno caracterizado pela centralização e soberania; (iii) o conceito de ciência moderna. Consideram-se características da idade moderna: 1ª o antropocentrismo, que implica uma “nova atitude fundamental” e transfere a perspectiva de análise do “transcendente ao imanente”; 2ª a fragmentação da unidade religiosa, a afirmação do pluralismo e a liberdade religiosa.; 3ª reconhecimento do papel criador do homem na configuração do mundo social e histórico e sua autopercepção como dotador de sentido através do conhecimento e ação sobre a natureza e sobre si mesmo; 4ª ênfase na **Razão** qualificada como:

(a) **razão secularizada e individual vs. teológica e eclesial.** Enquanto na idade média a *ratio [recta ratio]* é influenciada pela teologia (*teologizada*), na idade moderna, a razão seculariza-se, no sentido de que passa a ter sentido por si mesma. Por este motivo, Hugo Grocio [1625] fundamenta o Direito natural na natureza humana, sem referência à transcendência; afirmando que o direito natural existiria mesmo que Deus não existisse; Descartes assenta “o conhecimento e a percepção na autoevidência individual do próprio pensar e existir” e Kant (1784) enfatiza a liberdade, autonomia e autodeterminação, razão da busca pela emancipação. (b) **Razão causal vs teleológica.** Enquanto a *ratio* do jusnaturalismo medieval é o princípio formal e final, devido ao plano, finalidade ou desígnio divino para o homem e o mundo, o pensamento moderno percebe a razão *como instrumento apropriado para a intelecção da natureza física*, a “*clara et distinta perceptio*” explicada na relação de *causa e efeitos e não de fins ou tendências impressas por uma inteligência superior*. Razão é cálculo, sendo a observação o processo mais adequado para o conhecimento das relações empíricas.

(c) **Razão demonstrativa vs interpretativa.** Enquanto na visão aristotélico-tomista a ética e a política são objeto de interpretação, mercê a argumentos retóricos e *a posteriori* que se apóiam na tradição ou autoridade, a ética racionalista: 1º pretende ser uma ética rigorosa, *dedutiva e geometricamente demonstrada*. Spinoza: pretende mover-se no âmbito da demonstratio- do raciocínio matemático, cujos argumentos são *a priori* baseados na razão e portanto autoevidentes, universais, eternos, independentes inclusive da vontade divina; 2º a mudança de método vai acompanhada do desprestígio do argumento de autoridade. TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofia del Derecho y del Estado. II. Del renacimiento a Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1976, p3; RAWLS, John. *História da Filosofia Moral*. trad. Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005; RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una Filosofia del Derecho em Modelos Históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Editorial

identificar-se tanto o vetor de justificação de novas concepções do direito natural como a natureza racional e autônoma, quanto o fator determinante da desqualificação recente do direito natural, a ciência moderna e o seu paradigma da cientificidade.⁸ A expressão “teoria do direito natural” é um desafio conceitual, porquanto o juspositivismo, expressão do paradigma da cientificidade na reflexão sobre o direito, incorpora princípios do empirismo⁹ e do cientificismo,¹⁰ nega o direito natural e desqualifica a pretensão de

Trotta, 2002. pp.183-186.

8 Neste período gestam-se dois paradigmas de cientificidade: o *racionalismo*, tomando como referencial a matemática euclidiana, lança os fundamentos das ciências formais ou lógico-formais, o que se projeta em construções iusnaturalistas: Spinoza, Leibniz, Woolf, Pufendorf e o *empirismo*, da tradição inglesa (Oxford) vetor do positivismo e da filosofia analítica. A respeito do racionalismo e positivismo BOBBIO destaca: **a) que a concepção racionalista**, caracteriza-se por afirmar: 1º que o mundo é um sistema ordenado de leis universais e necessárias (racionalismo objetivo e metafísico); 2º que o homem, por ser racional, pode conhecê-lo (racionalismo subjetivo e metodológico), motivo de entender-se a ciência como adequação da razão subjetiva à razão objetiva do universo e seu objetivo a descoberta e a formulação das leis inerentes à natureza e, portanto, imutáveis e necessárias. Por isso, a verdade ou falsidade dos enunciados tem caráter definitivo, o que contrasta com a provisoriedade, convencionalidade, mutabilidade e contingência da prática jurídica e, portanto, da jurisprudência. Tais postulados, aplicados ao direito natural, levam a admitir: 1º que existem leis necessárias e universais que regulam o universo e a conduta do homem ao lado de outras leis; 2º que a função da teoria do direito natural é descobrir, deduzir da natureza do homem tais leis e enuncia-las a fim de estabelecer, de modo válido e definitivamente, as regras imutáveis do comportamento social do homem e os princípios da sociedade desejada; **b) que para um positivista**, o mundo não é um sistema racional, mas apenas um conjunto de acontecimentos, eventos e fatos que, para entrar no sistema da ciência, devem ser captados e controlados, e o homem não dispõe de um órgão de conhecimento da verdade absoluta. O cientista é um registrador de fatos e explorador de uma pequena porção deste mundo e só poderá compor relações constantes e leis gerais, passíveis de serem aferidas através da experimentação. O positivista é antimetafísico porque sustenta que o método para adquirir o conhecimento, não é a especulação, mas o experimento, razão porque a ciência tem por objeto o constatável e aferível. O não verificável não é cognoscível nem entra no sistema da ciência. BOBBIO, Norberto. Teoria della Scienza Giuridica. Torino. G. Giappichelli Editore, 1950, pp.59-69.

9 Racionalismo e empirismo apresentam posições opostas em relação: (i) à origem do conhecimento que radica respectivamente, na razão e/ou na experiência; (ii) aos seus limites: no empirismo, a experiência determina a origem, a extensão, o fundamento e a validade dos enunciados, qualquer que seja o objeto do conhecimento, inclusive a ética e o direito; (iii) à posição e rigor epistemológicos, que implica na rejeição, por parte do empirismo, de todo dogmatismo e na desqualificação de enunciados metafísicos e verdades absolutas, pois certeza e segurança apenas ocorre em relação ao verificável. O conceito de razão, portanto, fica dependente e limitado à experiência. (iv) Negadas as idéias inatas, porquanto a mente antes da experiência é “uma tabua rasa”, adota o método indutivo, frente ao dedutivo dos racionalistas. e fixa a física como paradigma ou protótipo da ciência, e não a matemática, negando consequentemente valor à metafísica por considerar sua existência impossível, da mesma forma que seu conhecimento. ROZÚA, Juan Ramón El Empirismo: David Hume. <http://mofilosofia.SOWebs.com/apuntes/teoria.8.doc>.

10 Em consonância com as idéias acima, ressalta CIANCIARDO, que a modernidade implica *um modo de aproximar-se da realidade*, caracterizado: 1º pela busca do conhecimento exato, em substituição ao conhecimento verdadeiro, a ponto de a ideia do verdadeiro ficar reduzida “a ideia do exato”; 2º a

cientificidade do jusnaturalismo¹¹ entre outras razões: 1º porque o direito natural, não é produto da vontade, porquanto fundado na natureza; 2º porque, na medida em que está fundado na natureza, seus enunciados normativos estão contaminados da falácia naturalista; 3º porque seus enunciados de conhecimento, não são passíveis de observação, constatação, quantificação, verificação e, portanto, de controlabilidade.

Sob o aspecto operacional o trabalho não pretende uma análise ou exposição da variedade de concepções e teses iusnaturalistas, tanto históricas como atuais, nem das teses iuspositivistas, nem diretamente as contraposições internas ao juspositivismo; ao contrário, propõe-se apenas: (1) traçar um quadro do sentido atribuído ao iusnaturalismo e ao juspositivismo; (2) traçar um quadro das teses básicas ou centrais do positivismo tomando como referenciais, os clássicos (Hans Kelsen, Alf Ross e Herbert, L.A. Hart) e o debate posterior; (3) exposição das críticas do juspositivismo ao jusnaturalismo, em razão de suas teses centrais e especificamente, as críticas de Alf Ross e Hans Kelsen . Este trabalho é parte integrante de um projeto mais abrangente que inclui: (i) Reequacionamento da concepção de natureza humana, sua concepção dinâmica, racionalidade e autonomia, bem como o resgate da razão prática formuladora e explicitadora do direito natural como critério do agir correto; (ii) a conexão existencial entre o Direito e a Moral em Lon Fuller e (iii) a reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis, destacando a perspectiva de análise e a inovação metodológica e epistemológica.¹²

exatidão é dimensionada pela verificabilidade, obtida através da experimentação ou da demonstração matemática, podendo afirmar-se que sua *epistemologia é reducionista*; 3º especificamente (a) aplica a metodologia cientificista às ciências humanas; (b) prioriza o método científico sobre o objeto; (c) implica na separação radical entre o *ser[Sein]* e o *dever ser[Sollen]*, que conduz a uma perda da noção de bem e (d) no desaparecimento da razão prática. O cientificismo projeta-se, na pintura, com Leonardo da Vinci, através da geometrização euclidiana, que impôs a descoberta da perspectiva, priorizando as sensações visuais, em contraposição à poesia, e que teve incorporação definitiva com Velázquez; com Galileo, na ênfase no *quantitativo*, visando priorizar a objetividade, as realidades objetivas e sua mensuração, em substituição ao qualitativo, o que vem corroborado com descobertas técnicas, como relógios mecânicos, telescópio, a generalização da álgebra e dos números arábicos, dando origem a uma hierarquização das ciências, segundo o grau de certeza e segurança. . CIANCIARDO, Juan. *Modernidad Jurídica y "Falacia Naturalista"*. *Dikaion*, Vol. 13, 2004, pp. 1-5.

11 Ficou destacado, consoante formulação de CIANCIARDO, que na modernidade a verdade é aferida pela exatidão e esta pelo método matemático, ou pela experimentação, o que implica em constituir o método em condição de qualquer verdadeira ciência, na desqualificação da metafísica e teologia, bem como na substituição da filosofia pela ciência. CIANCIARDO, Juan. *Ob. Cit.* pp. 4-5.

12 ALVAREZ, Alejandro B. *A Conexão existencial entre o Direito e a Moral em Lon Fuller.*

Finalmente necessário reconhecer que não obstante a abrangência pretendida com o título, o trabalho é limitado pelo tempo, pela complexidade do tema e pela bibliografia registrada. Todos e cada um dos assuntos referidos ou tratados, são merecedores de aprofundamento. De toda forma, fique constatado que a preocupação foi abandonar os discursos consolidados, identificar novas abordagens e indicar novas perspectivas de análise.

2. Sentido de jusnaturalismo e juspositivismo

2.1. Sentido de jusnaturalismo

Destacado que a história do jusnaturalismo identifica-se com a da cultura ocidental, razão porque tem características próprias inerentes às épocas e concepções, impõe-se, em razão da necessidade de precisão de linguagem e para efeitos de análise: 1º identificar os postulados comuns à diversidade de concepções; 2º diferenciar as modalidades de jusnaturalismo. Consoante SGARBI são postulados comuns aos jusnaturalismos: (1) A “dualidade”, implicando na existência de dois direitos diferentes: o direito natural fundado na natureza, qualquer que seja sua delimitação e entendimento, porém certamente não construído, e o direito positivo, portanto produzido, posto, por um agente ou processo competente; (2) “Derivação”, na medida em que o direito natural “não representa apenas uma instância superior, mas uma maneira de se atribuir ou não reconhecimento jurídico aos materiais normativos”; (3) “Caráter universal”: porque suas prescrições são destinadas e afetam por igual a todos, individual ou coletivamente, qualquer que seja a conformação e a dimensão associativa; (4) “Cognoscibilidade”: independentemente da fonte, o direito natural, ao menos em seus primeiros princípios, é passível de ser conhecido por todos; (5) “Limite à atividade do legislador”: por ser um referencial para o direito positivo, constitui um critério aferidor da atividade legislativa e, portanto, um limite à atividade do legislador. Trata-se de criteriologia e autoridade externa, portanto heterônoma, ao órgão produtor do direito e conseqüentemente ao direito posto. Da mesma forma, a classificação como “jusnaturalismo ontológico” daquelas correntes que entendem ser o direito positivo derivado

In: SALLES, Sergio [Org.], *Ensaio sobre Processo, Justiça e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: PUBLIT, 2009; ALVAREZ, Alejandro, B. Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: pressupostos e implicações. *Lumen Júris*, 2009.; ALVAREZ, Alejandro, B. Reequacionamento da concepção de natureza humana como fundamento do direito natural. *Synesis*, dez. 2009.

do direito natural e “jusnaturalismo deontológico” daquelas para as quais o direito positivo tem de reportar-se sempre ao direito natural.¹³

Ressalvada a especificidade de cada corrente, afirma STRUCHINER, com base em NINO, que “uma dissecação das várias versões do direito natural nos levaria a perceber que todos os iusnaturalistas estão agrupados sob o mesmo rótulo por defenderem as duas seguintes teses de maneira concomitante: 1) Uma tese de filosofia ética que sustenta que existem princípios morais de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana”, subdividida em tese ontológica referente à existência de princípios morais universalmente válidos e tese de caráter lógico ou epistemológico, referente à possibilidade de conhecimento desses princípios; 2) uma tese sobre a definição do conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de jurídicos se contradizem ou não passam pelo crivo de tais princípios”. Da combinação das referidas teses, infere-se uma terceira, que pode enunciar-se: 3) “tanto os juizes como os sujeitos de direito tem a obrigação moral de obedecer ao direito” destacando: 1º que a terceira tese é dedução das duas primeiras porquanto “se os princípios morais e de justiça universalmente válidos existem e podem ser conhecidos, e se o direito deve necessariamente identificar-se com esses princípios morais, versão forte da tese iusnaturalista, ou pelo menos não contradizê-los, versão fraca, não seria sensato que os juizes e cidadãos não tivessem a obrigação moral de obedecer ao direito”; do que resulta que “para os iusnaturalistas, a expressão direito justo é um pleonasma e direito injusto, uma contradição”; 2º que embora as teses possibilitam agrupar diversidade de jusnaturalismos, existem diferenças específicas entre eles” originando-se a divergência em função da origem ou fonte dos princípios ou do conteúdo desses princípios.¹⁴

2.2. Sentido do juspositivismo

A expressão juspositivismo é ambígua. A este respeito, afirma STRUCHINER que “a extensão do significado comporta uma pluralidade de teses heterogêneas e, muitas vezes, incompatíveis. O termo geral classificatório “positivismo jurídico” é utilizado para se referir a posições

13 SGARBI, Adrian. Teoria do Direito: primeiras lições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp 694-695.

14 STRUCHINER, Noel. Ob.cit. pp. 23-24.

inconsistentes, a posições que muitas vezes foram explicitamente rejeitadas por aqueles que são considerados os principais expoentes do positivismo, e a posições que muitas vezes foram defendidas pelos positivistas, mas não como teses essenciais ou características de posição positivista, trata-se de teses incidentes ou contingentes”¹⁵ e que como resultado de diversas iniciativas desde 1958, chegou-se às seguintes precisões e diferenciações:

(a) **positivismo jurídico como ceticismo ético**, que na expressão de NINO representa a rejeição da primeira tese iusnaturalista referente à existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana, conforme ao seguinte enunciado: “*ou não existem princípios morais e de justiça universalmente válidos ou se existem não podem ser conhecidos pela razão humana*”.¹⁶

(b) **positivismo jurídico como positivismo ideológico**: indica que “qualquer que seja o conteúdo das normas de direito positivo, este tem validade ou força moral obrigatória, ou seja, os sujeitos jurídicos e os juízes têm o dever moral de obedecer ao direito positivo independentemente de seu conteúdo”.¹⁷ SGARBI pondera que segundo Bobbio, mais preciso seria denominar esta teoria “de *positivismo moral* porque estatui a obediência moral de atender ao direito. Há duas versões: a) “*versão forte*”: estabelece a obediência incondicional ao direito não importando o que nele é prescrito; b) “*versão fraca*” ou moderada: o direito serve, por sua mera existência, à realização de determinados valores que consagra, tais como ordem, paz social, segurança, justiça legal etc., independentemente da justiça substancial de suas normas”.¹⁸ Denomina-se ideológico, porque não há qualquer outro

15 STRUCHINER, Noel. P. 25. Refere pensamento de Genaro Carrió e Carlos Santiago Nino.

16 STRUCHINER, Noel, Ob.cit. p. 26. Aquilata STRUCHINER, que já NINO tinha destacado que tal tese não pode ser considerada característica do positivismo, porque há positivistas que não aderem à posição cética, como J.Austin e Jeremy Bentham e “mesmo aqueles positivistas jurídicos que, influenciados por concepções filosóficas empiristas e pelos postulados do positivismo lógico, como Alf Ross e Kelsen, adotaram uma postura cética com relação à possibilidade de se justificar racionalmente a verdade ou falsidade dos juízos morais, não identificaram o positivismo com essa posição”, razão porque a tese do ceticismo ético deve ser descartada como caracterizadora do positivismo jurídico. STRUCHINER, Noel. Ob.cit. pp. 27-28.

17 STRUCHINER, Noel. Ob.cit. p. 29.

18 SGARBI, Adrian. Ob.cit. p. 715. Cabe ressaltar que BOBBIO foi pioneiro na abordagem de temas como formalismo jurídico e diferenciação de três aspectos no positivismo jurídico: positivismo como método, positivismo como teoria e positivismo como ideologia. BOBBIO, N. “El Problema del

valor ou justiça diferente ou independente da justiça da norma. Noutros termos, porque a norma é válida é justa e deve ser obedecida. Acresce STRUCHINER que este positivismo: (i) “pressupõe as seguintes teses: 1ª para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida devem-se investigar as suas fontes e não seu mérito; 2ª os juizes e sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito positivo. O direito positivo é dotado de força moral obrigatória”;(ii) que os positivistas ideológicos “realizam uma fusão entre uma tese puramente descritiva, que permite descrever e identificar o direito válido, e uma tese normativa ou prescritiva acerca do dever moral de obediência ao direito”, razão porque “ o direito, pelo simples fato de ser posto, tem mérito”, o que, por ironia, implica na falácia naturalista, tão invocada pelo positivismo, em geral contra o jusnaturalismo, e, segundo ROSS, desqualifica qualquer alegação e pretensão de neutralidade.¹⁹

(c) **Positivismo jurídico como formalismo Jurídico.** O formalismo como concepção sobre a estrutura do ordenamento jurídico, está integrada pelas seguintes teses: “1) o direito é composto exclusivamente ou predominantemente por normas promulgadas explicita e deliberadamente por órgãos legislativos e não por normas consuetudinárias ou jurisprudenciais; 2) Esse sistema de normas possui as seguintes propriedades: 1ª o sistema é fechado, ou seja, o conjunto de normas promulgadas pelo legislativo é exaustivo do direito; 2ª o sistema é completo, isto é, não existem lacunas no sistema; 3ª o sistema é consistente, o que significa que não há contradições e antinomias normativas; 4ª as normas do sistema são precisas, não existe nenhuma espécie de indeterminação lingüística, como ambigüidades sintáticas ou intoxicações semânticas como a vaguidade e textura aberta da linguagem” e o ordenamento é autosuficiente para oferecer, para cada caso, uma solução única.²⁰

Positivismo Jurídico. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1965.

19 STRUCHINER, Noel . Ob.cit. pp.29-30.

20 STRUCHINER, Noel . Ob.cit. p.31.Não parece descabido reiterar: 1º que BOBBIO, na obra referida, além de diferenciar: positivismo como abordagem ou método, positivismo como teoria e como ideologia, desenvolveu também o formalismo, nele incluindo tanto o jusnaturalismo como o positivismo.

(d) Positivismo jurídico como positivismo conceitual

Na formulação de STRUCHINER, a tese do positivismo conceitual implica (i) que “ para identificar o direito não devem ser utilizados critérios valorativos, mas critérios fáticos, empíricos, objetivos.”; (ii) que a neutralidade é o “traço marcante” que possibilita “identificar e descrever o direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas”;(iii) que segundo magistério de Moreso, Navarro e Redondo, “ a definição do direito não está axiologicamente comprometida com as normas jurídicas”, razão porque “uma norma ou sistema jurídico pode ser injusto e, ainda assim, ser qualificado como jurídico”, o que não é plausível para um iusnaturalista.²¹

O positivismo conceitual tem primazia, em razão dos seguintes fatores: (a) ser uma tese compartilhada por todos positivismos, excetuado o ceticismo ético; (b) ter capacidade de reconstruir algumas intuições mais básicas sobre o direito, no que converge com o jusnaturalismo, contrapondo-se ao realismo, pelo fato de priorizar a ideia de regras na explicação do conceito de direito; c) implicar na compreensão do direito como técnica, “resultado de uma escolha, convenção ou práticas sociais convergentes”; (d) porque as regras são identificadas exclusivamente pelo critério de fonte social, em contraposição ao jusnaturalismo, que admite, além de fontes sociais, fontes superiores; e) por ser inerte normativamente, não sendo guia para ação, porquanto, por si só não determina que as normas válidas devem ser seguidas, não obstante estabelecer as condições de validade; f) em contraposição ao jusnaturalismo, “utiliza critério claro, objetivo, para identificar o direito válido” quais sejam as fontes sociais e “não critérios meritórios, que são subjetivos e nebulosos”.²²

Os conceitos formulados por BOBBIO fizeram fortuna, servindo como critério de organização e estruturação, a cargo de GRZEGORCZYK, Ch., MICHAUT,F.e TROPER,M. da obra “*Le Posivisme juridique*”Paris:L.G.D.J,1992.

21 STRUCHINER, Noel.Ob.cit. p.32.

22 STRUCHINER, Noel.Ob.cit. pp.35-50.

3. Teses básicas do positivismo e suas críticas ao jusnaturalismo

3.1. As teses dos clássicos

Como foi destacado, o positivismo preocupado com a certeza e segurança tratou de identificar um quadro teórico que, por necessidade lógica, imponha a aceitabilidade e inquestionabilidade de seus enunciados de conhecimento auferidos pela observação e contrastados pela aferição, a verificação, o controle e a coerência.

Neste contexto, ROSS vai sustentar: **1º** que a filosofia moderna, em perspectiva empírica, não tem um objeto específico distinto de outras ciências; não afere a realidade através da dedução a partir de princípios da razão; nem é uma ampliação das ciências dirigida a descrever os componentes da realidade. Não é teoria, mas método e este método, é análise lógica. A filosofia é a lógica da ciência e seu objeto a linguagem científica; **2º** que “a filosofia do direito[...] não tem objeto específico distinto do objeto da ciência do direito” [...] “A relação da filosofia do direito com a ciência do direito é reflexa;[...]dirige sua atenção ao aparelho lógico da ciência do direito, em particular ao aparelho dos conceitos, com o objetivo de torná-lo objeto de análise lógica”. Esclarece, ainda, que “o objeto da filosofia do direito não é o direito, nem parte ou aspecto algum deste, mas a ciência do direito”[...] e que “os limites entre a ciência e a filosofia do direito não são rígidos”; **3º** que rejeita “a filosofia do direito natural” por ser especulação metafísica e “carente de justificação científica”.²³ Portanto, o único direito é o direito positivo, compreendido como um conjunto coerente de normas vigentes, isto é, efetivas, portanto, observáveis e constatáveis, aferíveis e operacionalizadas através das decisões judiciais com base em diretivas de competência.²⁴

KELSEN, por sua vez, destaca que seu objetivo é construir “uma teoria do direito positivo”, do direito positivo “em geral, não de uma ordem jurídica especial”. Portanto, “teoria geral do direito, não interpretação de particulares normas jurídicas”, embora “forneça uma teoria da interpretação”. “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto”. Teoria do direito positivo, isto é, do direito “que é e como é”, não do direito que deveria ou poderia ser. Destaca o específico da juridicidade, *o dever ser*, em

23 ROSS, Alf. Sobre el Derecho y la Justicia. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA, 1994, pp. 25-27.

24 ROSS, Alf. Ob.cit. pp 12;29-72.

seu aspecto formal, e, portanto, permanente, controlável e aferível. Por outro lado, no referente ao processo de produção, o aspecto formal, via de regra é o fator determinante da validade, e portanto da juridicidade, na medida em que, em princípio, a validade de uma norma, não depende de seu conteúdo. Ao limitar o objeto da teoria ao direito em sua especificidade, enunciado como *modelo de conduta devida*, independentemente de seu conteúdo, configurou a natureza pura da teoria e a razão do princípio da neutralidade na construção do conhecimento jurídico.²⁵ A norma fundamental posta e especialmente a pressuposta, que não tem conteúdo nem é produzida por ninguém, constitui-se na categoria explicativa e legitimadora do sistema²⁶. Portanto, em KELSEN, o direito é fenômeno social, que regula sua própria produção e aplicação, produzido ou sancionado pelo Estado, configurando uma ordem normativa coativa e que dispõe de critérios de aferição da juridicidade (validade), que por princípio, não depende do conteúdo ou autoridade externa ao próprio direito.²⁷

HART, no contexto da teoria analítica e num diálogo com o realismo, americano e escandinavo, bem como com o formalismo de Kelsen, está preocupado por superar a teoria de Austin, válida para as sociedades primitivas e simples, e construir uma teoria explicativa do direito nas sociedades complexas. Neste sentido, o eixo da teoria está na concepção do direito como união de regras primárias e secundárias e na regra de

25 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p.17;22;24... Segundo KELSEN, o direito é fenômeno social, porque resultante de fatos (atos) cujo sentido não resulta do significado subjetivo, mas do significado que esse fato ou ato tem “do ponto de vista do direito”, isto é, seu significado objetivo. “O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua faticidade, não é o seu ser natural, isto é o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica[...]. A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma”. O direito, portanto, apresenta-se como uma “ordem de conduta humana. Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem” KELSEN, Hans. Ob.cit. pp 18-19; 20; 57.

26 Uma exposição sobre a norma fundamental, como fundamento de validade de uma ordem jurídica e sobre a natureza dessa norma, entre outros textos, conferir: KELSEN, Hans. Ob.cit. pp 273-285.

27 As críticas ao direito natural são formuladas abaixo no item 4.2..

reconhecimento como critério aferidor da identificação e existência do direito. Sob o aspecto conceitual, três teses presidem a construção de sua teoria e, conseqüentemente, pertinentes ao tema : (i) a tese das fontes sociais, segundo a qual o direito é resultado de prática social, na forma das normas de competência, e identificável através da regra de reconhecimento, no que se contrapõe às concepções iusnaturalistas, especialmente as de fundamentação metafísica que admitem a existência de um direito por fonte transcendente ou vinculada a uma concepção finalista ou físico-biológica da natureza;²⁸(ii) a tese da separação conceitual entre o direito e a Moral, razão porque as conexões e coincidências, são contingentes, não necessárias lógicas e conceitualmente;²⁹(iii) a tese da discricionariedade judicial, segundo a qual, nos casos para os quais não há previsão clara de algum tipo de solução no direito estabelecido, o juiz deverá produzir decisão ao invés de inibir sua jurisdição.³⁰

1.2. Leitura atual das teses básicas do positivismo jurídico

Mantida a diferenciação registrada acima, em razão de não existir

28 A tese das fontes sociais implica na desqualificação das teorias clássicas do direito natural. Nas teorias clássicas do Direito natural: (i) “afirma-se que há certos princípios da conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os que o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido”(i.1) “como parte da natureza geral, inanimada e viva”, o que segundo Hart não é admissível porque “antitética à concepção geral da natureza que constitui a estrutura do pensamento moderno”;(i.2) como crença de que as regularidades observadas na natureza eram prescritas e decretadas por um Governador Divino do Universo”(visão teocrática).Existiriam portanto necessidades, instintos da natureza, dos quais derivariam os princípios. Hart desconsidera igualmente tal concepção, porquanto incidiria na falácia naturalista.(ii) independentemente do fundamento, a doutrina do direito natural “contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral, como também do direito”.. Hart, afirma que a doutrina do Direito Natural parte de uma concepção mais antiga da natureza [...] em que cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como se dirigindo para um estado definido ótimo”(concepção finalista).Há portanto, um posicionamento contrário ao Direito Natural, embora possam identificar-se referenciais que deixam abertura para uma certa compatibilização com as teses de J.Finnis, a partir dos critérios admitidos por Hart como evidentes (os truismos) e integrantes do conteúdo mínimo do direito natural. HART,H.L.A. O Conceito de Direito.trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: F.Calouste Gulbenkian , 1993, pp. 201 e ss.

29 A tese da separação entre direito e moral, foi contestada por L.Fuller, que defende a existência de uma moral interna do direito com conexão existencial e conceitual necessária com o mesmo, ainda que não suficiente.

30 A tese da discricionariedade foi contestada por R.Dworkin ao sustentar que no sistema existe sempre solução, porquanto o direito é integrado por regras e princípios, não sendo, portanto, tarefa do juiz criar, mas aplicar direito.

unidade conceitual de positivismo, pode formular-se o seguinte quadro de teses centrais ou básicas: *a tese das fontes sociais*, segundo a qual, a existência do direito depende exclusivamente de fatos sociais complexos, e *a tese da separação conceitual* entre direito e moral considerada essencial para o positivismo jurídico.³¹

(a) Tese das fontes sociais.

Enfatiza BAYÓN : 1º que a tese das fontes sociais evoca elementos ou fatores independentes³², razão porque procede a identificação de um comum denominador de todos; 2º que o direito é produto de ações de seres humanos, uma prática social, realidade convencional e, portanto, o que é direito e o que não é direito; que sua existência e conteúdo, depende de fatos sociais complexos ou, na expressão de NAVARRO, que o direito identifica-se a partir de circunstâncias fáticas; 3º que “a tese social entendida como regra conceitual, não implica na tese epistêmica da neutralidade” porquanto “uma coisa é aceitar a estipulação de que a existência e o conteúdo mínimo do direito depende só de fatos sociais” e “outra, “ afirmar que é viável a identificação de fatos sociais como operação estritamente cognoscitiva independente da adoção de atitudes práticas” e ainda, outra, “adotar alguma posição acerca do que constitui tais fatos sociais, isto é, em que consiste sua objetividade”.³³

(b) Tese da separação conceitual³⁴

31 NAVARRO, Pablo,E. Tensiones conceptuales en el Positivismo Jurídico.*Doxa*,Num. 24,2001,pp.133-163. Precisa o autor, que tais teses definem o positivismo conceitual ou metodológico ou positivismo como *approach*.

32 Entre os elementos refere: objetividade do direito; sua relação com o problema filosófico do seguimento de regras; qual a teoria da verdade adequada para as proposições normativas que descrevem o direito; o papel da ideia de coerência, tanto no plano ontológico como epistemológico; a importância da distinção entre a perspectiva do observador e do participante. BAYÓN, Juan Carlos. *El contenido Mínimo del Positivismo Jurídico*.Departamento de Filosofia del Derecho. Universidad de Alicante, 1989.

33 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. pp 4-5; 9-10. Informa o autor, que no primeiro caso, a regra é conceitual; no segundo epistemológica e no terceiro, uma determinada ontologia dos fatos.A respeito refere, que muitos que aderem à tese das fontes sociais, aceitam simultaneamente os três aspectos ou teses. Mas na realidade a segunda e terceira são teses substantivas cuja aceitabilidade não depende da regra conceitual das fontes sociais. BAYÓN,Juan Carlos. Ob.cit. ibidem.

34 A tese da separação conceitual, contrapõe-se à tese da conexão, defendida tanto pelo

Na formulação da NAVARRO, a indagação consiste em saber se, das premissas que definem o positivismo jurídico, pode extrair-se um vínculo necessário entre direito e moral. A respeito pondera que, mesmo que não se chegue a tal conclusão, os argumentos para rejeitá-la “possibilitam compreender melhor a natureza do direito e da teoria jurídica”.³⁵ Segundo BAYÓN, a ideia básica resume-se na afirmação: não deve confundir-se o direito que é com o que deveria ser, que uma coisa é a existência do direito e, outra, seu mérito ou demérito e, finalmente, que o direito é moralmente falível. Pondera, ainda, que a tese da separação conceitual, “soe considerar-se também como reconhecimento da grande divisão entre conhecer ou descrever e avaliar a prescrever”, o que pode significar duas coisas distintas: (a) que as proposições acerca do que o direito dispõe, não implicam em juízos de valor, isto é, “que são verificáveis e que a operação de identificar o direito não implica em juízo moral”, ou (b) referindo-se à tese da neutralidade em outro sentido: que os fatos que determinam o que é direito “só são adequadamente compreendidos quando se capta sua natureza de práticas governadas por regras, o que implica atitude de aceitação por parte dos indivíduos” querendo significar “que o conhecimento e descrição de práticas sociais pressupõe uma referência à atitude dos que aceitam as regras, não à adoção de tal atitude”.³⁶

(b.1) Tese da não conexão identificatória entre direito e moral que afirma “nada é direito porque seja justo, nada deixa de ser direito porque seja injusto” o que equivale a afirmar que “a tese das fontes sociais implica na tese da não conexão identificatória” porquanto ao admitir “que a existência e conteúdo do direito estão determinados exclusivamente por fatos sociais complexos, afirma que sua identificação não depende de outra coisa” e por este motivo afirma Raz que “a ideia de não confundir o direito que é com o que deveria ser não traz nenhuma razão em favor da tese da aceitação da tese

jusnaturalismo clássico como pelo positivismo ideológico. Por hipótese, o positivismo ideológico e, portanto sua tese, é desqualificado pelo positivismo conceitual. Da mesma forma, o objetivo da separação conceitual é desqualificar o jusnaturalismo e portanto a tese da conexão.

35 NAVARRO, Pablo E. Ob.cit. p. 144.

36 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. p. 9.

social, mas, ao contrário, a pressupõe”.³⁷

(b.2) Tese do valor moral contingente. Segundo BAYÓN, expressões como; “o direito é moralmente falível ou que uma coisa é sua existência e outra seu mérito ou demérito, podem interpretar-se (i) como forma de enunciar a tese da não conexão identificatória; (ii) a idéia de que o valor moral do direito é contingente” e, conseqüentemente, não necessário.³⁸

Ressalta BAYÓN que , embora a tese do valor contingente não tenha implicação com a tese social razão porque não haveria contradição em sustentar esta tese e ao mesmo tempo que todo direito possui necessariamente um valor moral, tal posição não é aceitável porque “assumida a tese da fontes sociais, toda tentativa de defender o valor moral necessário do direito pressupõe :1º a especificação da tese social: isto é, não só a regra de que a existência e conteúdo do direito dependem de fatos sociais, mas também a especificação dos fatos sociais e correspondentes propriedades empíricas de aferição (MacCornick) ; 2º adicionalmente, um princípio moral que considerasse valiosos os estados de coisas em que concorressem essas propriedades empíricas , sem questionar a tese social, o que o autor desqualifica porque não considera aceitável nenhum princípio moral capaz de cumprir uma função semelhante em relação com a especificação de uma tese social sensata.³⁹

(b.3) Tese da conexão justificatória

A tese diz respeito ao problema geral de como relacionar práticas sociais e razões para agir. *Não é tese empírica* que indague e explique os fatores que determinam ou influem na conduta dos juízes ao decidir, *nem normativa* acerca do dever moral de fazê-lo, mas de uma prática social e do seguimento de tal prática, que exige certas ações ou abstenções em que a razão operativa é ser de natureza moral. A aceitação ou não da tese da conexão justificatória, depende do que se entenda por “aceitar uma regra”, “autêntica justificção” e ao que denominar “razões morais” e de aceitar uma tese tão

37 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. p 7. RAZ, Joseph.La autoridad del derecho.Ensayos sobre derecho y moral.trad.de R.Tamayo.México: UNAM,1982, pp.60-61.

38 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. p 8.

39 BAYÓN, Juan Carlos.Ob.cit. ibidem.

abstrata como a “da unidade do discurso prático”.⁴⁰ Ressalva Bayón: 1º que tais questões específicas “nada tem a ver com a tese social, a do valor moral contingente do direito ou a tese epistêmica da neutralidade, razão porque a tese da conexão justificatória dificilmente poderia entrar em contradição com as mesmas. 2º que , ao contrário, “a tese da conexão justificadora exerce seu papel após a identificação do direito. “Quem afirma que a justificação de uma ação, porque o direito a exige, requer conceitualmente a aceitação de uma razão moral para fazer o que o direito prescreve, não afirma que a identificação do que ela prescreve dependa de algo distinto de um conjunto de fatos sociais nem que o direito identificado tenha que possuir necessariamente um valor moral; e muito menos que ele pessoalmente aceite de fato uma razão moral para fazer o que prescreve o direito que tenha identificado como existente. Sua afirmação, seja ou não correta, versa sobre outra questão”.⁴¹

(b.4) Tese da pretensão de correção

Esta tese resulta de agregar à tese da conexão justificatória, outros dois elementos: a especificação da tese social e uma tese empírica. Portanto, pressupõe: (i) que todo direito implica uma pretensão de legitimidade, isto é, pretende criar obrigações nos destinatários das normas, não apenas obrigá-los materialmente a fazer algo, do que resulta a adoção de uma especificação da tese social, porquanto, uma pratica social sem esta característica ficaria fora da denotação do termo direito; (ii) que esta pretensão(sendo sincera) implica conceitualmente na afirmação de que existem razões morais para fazer o que o direito prescreva (corolário da aceitação da tese da conexão justificatória); (iii) agrega-se a tese empírica de que “ verossimelmente, não necessariamente, onde há um sistema jurídico, ao menos uma parte dos funcionários do sistema mantém realmente essa pretensão de maneira sincera”. Conseqüentemente: 1º parece obvio que “ se for aceita a tese de que a conexão justificadora é compatível com a tese social, com a do valor moral contingente do direito e com a tese epistêmica da neutralidade, também o será a tese da pretensão da correção; 2º a rejeição baseia-se em dois malentendidos : *o primeiro*, que a tese é empiricamente falsa “ porque

40 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit pp.11-12. Referência específica a NINO, Carlos S. Derecho, Moral y Política. Barcelona: Ariel, 1994.

41 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. p. 12. Cf. Autores citados na nota 27> FIGUEROA, A. Garcia. La tesis del caso Especial, Doxa, 22, 1999.

os funcionários do sistema ao invés de crer em sua legitimidade, “às vezes, aberta e publicamente consideram injustas normas que pertencem ao mesmo” *o segundo*, que a crítica pressupõe erroneamente que é contraditório afirmar que uma norma jurídica é imoral e pretender ao mesmo tempo, sinceramente ou não, que existem razões morais- independentes do conteúdo da norma- para aplicá-la apesar de tudo, razão porque dissipados os malentendidos a tese da pretensão da correção parece aceitável.⁴²

3. Críticas específicas do juspositivismo

Na análise das teses Básicas e críticas do juspositivismo, trataremos de apresentar, na seqüência, primeiro as formuladas por Alf Ross; em segundo lugar os argumentos de Hans Kelsen .

4.1. As críticas formuladas por Alf Ross

Em sua “análise e crítica da filosofia do direito natural” ROSS diferencia quatro perspectivas de análise.⁴³ Na perspectiva epistemológica parte do pressuposto de que a veracidade e admissibilidade dos enunciados de conhecimento, é função da aferibilidade, comprovabilidade, refutabilidade e controle. Em contraposição, “as asserções metafísicas não admitem ser refutadas, porque se movem fora do alcance da verificação” razão porque não tem lugar no campo do pensamento científico.⁴⁴ Neste contexto, “a história do direito natural revela dois aspectos: 1º o da arbitrariedade dos

42 BAYÓN, Juan Carlos. Ob.cit. pp.13-14.

43 Trata-se das perspectivas epistemológica, psicológica, política e a da teoria jurídica. Na perspectiva psicológica indica os motivos que levam as pessoas a formular conceitos metafísicos. Afirma que “a força de atração da metafísica, no campo da moral e religião, é o temor perante as vicissitudes da vida, a transitoriedade das coisas, a inexorabilidade da morte ou o desejo do absoluto e do eternamente imutável”, destacando que “ao buscar justificação em princípios absolutos e imutáveis, tratamos de liberar-nos da responsabilidade” porquanto “se existe uma lei, independente de nossas escolhas, que nos foi legada como verdade eterna, baseada na vontade de Deus, ou através da captação da razão, ao obedecer á lei universal, apenas estamos sendo pecas dóceis de uma ordem cósmica e ficamos liberados de toda responsabilidade”.ROSS, Alf. Ob.cit. pp. 251; 255.

44 Enumera os critérios aferidores da admissibilidade das asserções descritivas, razão porque desqualifica a metafísica do plano científico. A este respeito afirma: “o modo mais específico de derrotar a metafísica no direito é criar uma teoria científica cuja auto-suficiência relegue as especulações metafísicas ao esquecimento, junto com outros mitos ou lendas da infância das civilizações”.ROSS, Alf. Ob.cit. p.251.

postulados fundamentais sobre a natureza da existência e do homem; 2º o da arbitrariedade das ideias jurídico - morais desenvolvidas porquanto seus fundamentos metafísicos não passam de justificativas para apoiar atitudes emocionais. Por outro lado, de acordo com as diversas concepções, tem-se verificado: (a) que o “direito natural busca o absoluto” razão porque passa a ser compreendido como “obra sobre-humana, liberando o legislador da responsabilidade da decisão”; (b) que sua fonte de validade, identifica-se com a vontade de Deus “ou mágica lei do destino”, ou ainda, “com uma captação racional absoluta” o que contraria a experiência histórica; (c) que o direito natural foi usado: “para defender todo tipo concebível de exigências” que surgem nas situações específicas ou de aspirações de classe, isto é, como ideologia;⁴⁵ (d) que historicamente o direito natural tem sido utilizado como instrumento para “consolidar a ordem existente”(Heráclito, Aristóteles, Tomás de Aquino e outros)”como para implantar a revolução”(Rousseau) e, “no campo social e econômico, o direito natural do século XVIII pregou um individualismo e liberalismo extremos”.⁴⁶ (e) Finalmente, explicita ROSS, uma crítica reiterada nas análises positivistas, de que “a evidência não pode ser critério de verdade” porque dizer que “uma proposição é verdadeira”, implica “algo distinto do fato psicológico de que a asserção da proposição vai acompanhada de um sentimento de certeza”. “A afirmação de que a evidência garante a verdade de uma proposição, não pode ser, em consequência, analiticamente verdadeira, isto é, uma definição do que significa verdade”.

Na perspectiva da teoria do direito, a crítica de ROSS dirige-se ao jusnaturalismo racionalista que deslocou o tratamento da lei natural, como ordem normativa, para os direitos naturais, reconhecidos a sujeitos de direito. Neste sentido afirma, “enquanto o direito natural foi uma filosofia moral para justificar o direito positivo e guiar o legislador, não perturbou seriamente o pensamento jurídico genuíno. Seus postulados de que deve estar conforme com a natureza do homem e com os princípios da justiça não impediam,

45 Ressalta ROSS que, sob o aspecto político, o direito natural pode ser conservador, evolucionista ou revolucionário, razão porque sua orientação política não pode ser invocada como um argumento em favor ou contra uma plausibilidade teórica. Sob este aspecto, vale a pena registrar a consagrada frase de ROSS; “A semelhança de uma cortesia, o direito natural está à disposição de qualquer. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo à lei natural”.ROSS, Alf. Ob. Cit. pp.254;256.

46 ROSS,Alf. Ob.cit. pp. 251-253. A este respeito, cabe esclarecer que “a variabilidade histórica do direito natural oferece bases para a interpretação de que os postulados metafísicos são meras construções para apoiar atitudes emocionais e a satisfação de certas necessidades”, embora deva destacar-se que a variabilidade não é prova decisiva desta interpretação” porque “as teorias científicas também cambiam” Ob.cit. p.254.

por si só, um tratamento realista dos problemas de política jurídica” porque dada sua generalidade, “os princípios supremos”[...] “davam ao direito uma roupagem moral”. Porém, “o racionalismo duplicou o sistema jurídico, porque concebeu o direito natural como um conjunto de direitos naturais, acima ou abaixo dos direitos subjetivos positivos.”. Ora, “o eixo central do conceito de direito em sentido subjetivo foi sempre a ideia de um poder de coerção”, razão porque o titular pode iniciar procedimentos e acionar a máquina estatal, visando seu interesse, o que não ocorre com o direito natural. Um direito subjetivo baseado no direito natural, apenas terá uma força moral, mas nunca poder de coerção estatal.⁴⁷

O paradoxo com que se defronta ROSS é resultado de seu raciocínio linear e de centrar-se no aspecto técnico dogmático do direito subjetivo. Admite que com o jusnaturalismo racionalista, a categoria direitos naturais, que são assumidos como um *a priori* [Hobbes, Locke] e aceitos na experiência cultural do contexto, tem um poder de exigibilidade política, porquanto são pressupostos da justificação da vida em sociedade e da organização do Estado e, conseqüentemente, reconhecidos como subjetivos. Aceitos e incorporados ao sistema, tem o poder de coerção e, se não reconhecidos, teriam capacidade de mobilização que afetaria a estrutura da sociedade. Mas sob o aspecto jurídico formal, se não são operacionalizados pelo processo produtor do direito, não dispõe da força coercitiva. Mas a questão consiste em aferir se têm força de impositividade axiológica, lógica e política e, na hipótese de tal impositividade não ser correspondida, quais as reais consequências?. Eis a questão. Certamente, o direito natural funciona como uma ideologia, que, por si mesma, não tem outra força que a de sua razoabilidade. Mas é força suficientemente relevante como para impor-se, sempre que aflorar o senso da racionalidade nos membros da sociedade. Portanto, se, por hipótese, somos racionais e procedemos com base numa racionalidade básica, a tendência é considerar tal direito como critério aferidor da validade e operacionalidade do direito positivo, especialmente levando em consideração os fatores determinantes do direito vigente, na concepção de ROSS.

4.2. As críticas formuladas por Hans Kelsen⁴⁸

4.2.1.-Direito e justiça. A teoria idealista do direito é uma teoria dualista

A questão versada por Kelsen é a da validade, que constitui o fator aferidor da juridicidade. O jusnaturalismo, porém, defende a idéia segundo a qual, a norma jurídica deverá ser justa. A este respeito, Kelsen estabelece que “o conceito de justiça deve ser distinguido do conceito de direito”: a norma de justiça: a) estabelece critério para elaborar o conteúdo do direito; b) ao “prescrever determinado tratamento dos homens, visa ao ato através do qual o direito é posto”, razão porque “a justiça não pode ser identificada com o direito”. Verifica-se que há interferência da justiça no ato produtor do direito. Procede essa interferência?. A solução depende da delimitação do conceito de validade

“Para a questão da validade do direito”[...] “é decisiva a relação que se pressuponha entre justiça e direito”. Existem “duas concepções”, afirma KELSEN: 1ª “o direito positivo apenas pode ser considerado válido na medida em que suas prescrições correspondam à justiça: direito válido é direito justo”; direito injusto não tem validade, não sendo, portanto, direito. Resultado: “a validade de uma norma de justiça é o fundamento de validade do direito positivo”; 2ª “a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo fato de ser justo”, ao contrário, “vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça”concluindo que “é esta a concepção do positivismo jurídico”, enquanto contraposta à doutrina idealista” ou iusnaturalista.⁴⁹

Apreciação e análise

A validade é construída em função de elemento tipicamente kelseniano, isto é, o formal. Como princípio metodológico, Kelsen trata do direito em sua especificidade, isto é, naquilo que configura a juridicidade

48 KELSEN formulou as críticas, fundamentalmente em: KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Seguindo o autor, serão formulados os respectivos questionamentos e indagações com os correspondentes argumentos e, na medida do possível, a correspondente apreciação ou réplica.

49 KELSEN, Hans. Ob.cit. pp. 67-68.

e, como bom positivista, naquilo que na juridicidade existe de permanente, porque só o permanente é identificável no tempo e aferível. Ora, o permanente na norma, não está no fato social, político, ou fator axiológico, por se tratar de elementos mutáveis, mas na forma, no dever ser, isto é, enunciado de uma conduta devida, que pode ter qualquer conteúdo, e portanto, conter qualquer valor. Tal fator é a validade, a ser aferida, na dinâmica jurídica, pelo processo de produção e dimensionada pelo aspecto formal: a competência. Desta forma, conclui Kelsen, uma norma é válida, se produzida de acordo com o processo estabelecido por outra norma, razão porque a norma produzida, tem seu fundamento de validade na norma que regula seu processo de produção. Portanto, a formulação e conclusão de Kelsen parece correta e inquestionável. Todavia, o significado do enunciado resulta ideológico e a conclusão contraditória. *Ideológico*, porque o único modo de entender a validade é o formal (competência) e *contraditória*, porque o próprio Kelsen aquilata que, normalmente a norma que regula o processo de produção, não determina qual o conteúdo da norma a ser produzida. Quando a norma que regula o processo de produção determine o conteúdo da norma a ser produzida, esta não é válida se não respeitar tal conteúdo. Portanto, a conclusão contida no argumento acima, não respeitou a lógica da teoria que indica: *o critério de aferição da validade vem dado por outra norma*. Portanto, a norma é válida, se nasce válida e nasce válida se produzida pelo modo e forma prevista em outra norma, que pode determinar o conteúdo da norma a ser produzida.⁵⁰ Por outro lado, na ordem jurídica positiva as constituições contemporâneas, estabelecem uma tábua de valores que informam a ordem jurídica como um todo e não podem ser contrariados pelas normas infraconstitucionais. Nada impede que bens ou valores básicos ou primários defendidos por alguns iusnaturalistas e convergentes com um mínimo de condições de realização humana não possam ser reconhecidos pela norma constitucional ou pleitear seu reconhecimento, como fator informativo da produção e /ou aplicação do direito.

4.2.2. O relativismo axiológico como ponto de partida da teoria positiva do direito

“Do ponto de vista do conhecimento científico”, afirma Kelsen,

50 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, pp.309-310.

rejeita-se “o pressuposto de uma essência transcendente existente além da experiência humana, isto é, a existência de um absoluto em geral e de valores absolutos em particular, apenas reconhecendo a validade de valores relativos. A validade do direito positivo, não pode, sob o aspecto da teoria científica do direito, ser posta na dependência de sua relação com a justiça, pois essa dependência só pode existir sendo a justiça um valor absoluto”,⁵¹ o que não acontece, porquanto isso só seria possível se derivasse da metafísica ou de ideologia.

Disto decorre, segundo explicitação de Kelsen, que uma teoria do direito positivista, isto é, realista: a) “*não afirma*”[...] “que não haja nenhuma justiça” ou injusta, “mas que de fato se pressupõem muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si”. b) “*Não nega* que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada -- e em geral ela é, de fato-, pela representação de qualquer das muitas normas de justiça”. Portanto, reconhece que toda ordem jurídica positiva pode ser valorada, segundo uma dessas ordens, como justa ou injusta, e sustenta que, na medida em que tais critérios são relativos, uma ordem pode ser considerada justa, quando apreciada sob um critério, e injusta quando apreciada sob outro critério. c) *Consequentemente*, “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 a nenhuma delas preferência sobre as demais – mas[...] numa norma fundamental hipotética”.⁵²

51 KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. p. 69. Ora, para a justiça ser um valor absoluto, “com pretensão de ser a única válida” “apenas poderia provir de uma autoridade transcendente”, o que implica no reconhecimento de uma ordem transcendente, não criada pelo homem, mas que se lhe impõe. Uma tal concepção, como afirmado, não se funda na ordem real, mas ideal e metafísica como sua origem, sendo dualista e portanto não é positivista. KELSEN, Hans, ob.cit. p. 68. Na lógica de Kelsen: do relativismo epistemológico, chega-se ao relativismo axiológico e consequentemente à relatividade do conceito de justiça. A referência à perspectiva do conhecimento científico é por si mesma desqualificadora da transcendência, porquanto o conhecimento da mesma não resulta aferível. Da mesma forma, ordem jurídica não aferível, não é positiva e, portanto, é desqualificável.

52 KELSEN, Hans. Ob. Cit. p. 70. Uma teoria geral do direito, não pode dar preferência a uma norma de justiça, especialmente tratando-se de teoria normativa. Como teoria descritiva, não fará mais que reproduzir a norma fundamental posta. E como teoria geral de uma ordem jurídica específica, procederá de forma diferente, ou não, segundo seja descritiva ou normativa e crítica. A tese do relativismo axiológico e do pluralismo, se por um lado é um indicador importante para evitar que as escolhas desconheçam ou desrespeitem o pluralismo, também não justifica o desconhecimento dos referenciais axiológicos oferecidos quando estes satisfazem o critério da razoabilidade, especialmente levando em consideração os objetivos previstos e as consequências previsíveis, sempre a partir de padrões de realização individual e coletiva.

Apreciação e análise

Registro a concordância com a desqualificação de valores absolutos, porque sob o aspecto epistemológico não há verdades nem valores absolutos. Os valores são relativos às concepções e convicções, qualquer que seja a natureza: filosófica, ideológica, religiosa; às épocas, e aos grupos. São inerentes à dinâmica do processo cultural e científico. Por isso, relativismo epistemológico e axiológico são expressão do pluralismo. Mas é próprio do homem racional, na ação individual ou coletiva, fazer escolhas entre alternativas e feita a escolha, enquanto não se alterem tais valores vigoram e constituem referenciais diretivos e exigíveis. Finalmente, lembrar e reiterar que a constituição pode conter escolhas e estabelecer processos de escolhas, vinculados ou não ao processo de produção das normas.

4.2.3. Primeiras noções de jusnaturalismo

De forma precisa Kelsen afirma: (a) que “a doutrina do direito natural é idealista-dualista do direito”, porque “distingue, ao lado do direito real, isto é, do direito positivo, posto pelos homens, portanto, mutável, um direito ideal, natural, imutável, que identifica com a justiça. É, portanto, uma doutrina jurídica idealista, mas não “a” doutrina jurídica idealista” porque outras não tem como fundamento a natureza; (b) que “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 atua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas de conduta justa, são imanentes à natureza” e, “por isso, eles podem ser deduzidos da natureza”, identificados e descobertos na natureza, sendo conseqüentemente, “imutáveis”, em contraposição às normas do direito positivo que resultam da vontade humana e são mutáveis.⁵³

Apreciação e análise

A concepção de natureza em Kelsen, quer referindo-se à natureza inanimada ou animada, humana ou não, é estática, ao menos permanente, razão da característica da imutabilidade. A partir desta característica, estabelece a contraposição com a lei, que é mutável e, a partir da visão dicotômica,

indaga: como é possível compatibilizar o imutável com o mutável, sendo a resposta negativa. Se direito natural se identifica com natureza e sendo esta imutável, o sentido normativo é imanente à natureza, e os preceitos do direito natural derivam, direta ou indiretamente da natureza, o que implica na falácia naturalista.⁵⁴

4.2.3.1- Falácia naturalista: crítica geral ao jusnaturalismo

“Se por natureza se entende a realidade empírica do acontecer fático em geral ou a natureza particular do homem tal qual ela se revela na sua conduta efetiva- interior ou exterior- então uma doutrina que afirme poder deduzir normas da natureza assenta num erro lógico fundamental” porquanto “ esta natureza é um conjunto de fatos que estão ligados uns aos outros segundo o princípio da causalidade”.. “*é um ser*; e de um ser não se pode inferir *um dever ser*, de um fato não se pode concluir uma norma”. “ Só quando confrontamos o *ser* com um *dever ser*, os fatos com as normas, é que podemos apreciar aqueles por estas e julgá-los como conformes com as normas, isto é, como bons, como justos ou como contrários às normas, quer dizer, como maus, como injustos”.⁵⁵ “A doutrina do direito natural não faz a distinção necessária entre as proposições através das quais as ciências da natureza descrevem seu objeto e aquelas através das quais as ciências do direito e a moral descrevem o seu[...].A natureza é, portanto, o que é; o direito e a moral, o que deve ser”. “Uma lei natural é a afirmação de que *se é A é B*, enquanto que uma regra de moral ou uma regra de direito é a afirmação de

54 A falácia naturalista é objeto do item seguinte. Sustentamos que a natureza humana não pode interpretar-se estaticamente, como entidade acabada, mas em sentido dinâmico, como projeto, um fazer-se. A respeito: .Cf.ALVAREZ,Alejandro,B. Reequacionamento da concepção de natureza humana. *Synesis*, dez. 2009.

55 Kelsen,Hans. Ob.cit. p. 72. Uma indagação corriqueira: O costume é norma:?. Ora, a norma é dever ser. Qual o fator que projeta o dever ser no costume? O hábito coletivo, isto é, a prática coletiva de comportamento. Logicamente: devemos agir, continuar agindo, como de fato temos agido, como vimos agindo. Noutros termos, a *opinio necessitatis*, converteu o fato ou projetou o fato(prática social coletiva reiterada) como *dever ser*: Isto soa a falácia naturalista, o que parece que Kelsen admite, conforme as seguintes afirmações: “ seguindo a jurisprudência tradicional, afirma-se que a *opinio necessitatis* é um elemento essencial do fato consuetudinário. Quer dizer: os atos constitutivos do costume têm de ser praticados na convicção de que devem ser praticados.Esta convicção pressupõe, porém, um ato de vontade individual ou coletivo cujo sentido subjetivo é o de que nos devemos conduzir de acordo com o costume” e conclui, quer dizer: “tem de pressupor-se uma norma fundamental que institua como fato produtor do Direito, não só o fato legislativo como também o fato do costume qualificado”. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. pp. 314-315.

que “*se A, deve ser B*”. Nenhum raciocínio lógico permite passar do que é ao que deve ser, da realidade natural ao valor moral ou jurídico”. “A doutrina do direito natural baseia-se sobre a falácia lógica de uma inferência do ser ao dever”.⁵⁶

Apreciação e análise

Kelsen parte da natureza como entidade que constitutivamente está integrada por certos componentes. É uma concepção estática. Condiz com uma concepção essencialista, perfeita e acabada. Não leva em consideração: 1º característica predominante na filosofia contemporânea que percebe o homem como projeto, que se faz e aperfeiçoa com o agir e conhecer; que se descobre e reformula, que aspira e se projeta. O homem é fazer-se e refazer-se, autoconstruir-se. Portanto, o devido por natureza não está predefinido. O Homem o define e redefine. A natureza humana não pode identificar-se com a natureza cósmica. Esta pode sofrer transformações em razão de fatores internos e externos, mas como *ente* não se autoconduz. No desenvolvimento do homem, existem fatores condicionantes: constitutivos, funcionais, externos. Podem existir fatores determinantes, em relação a certos aspectos, por exemplo, a vida limitada, ou resultantes de disfunções, não causadas pela autogestão, como certos tipos de doenças incuráveis. Mas a regra, é que a vida do homem não se explica apenas, nem fundamentalmente, pela causalidade.

Quanto à falácia, precisa TALE, invocando Oscar Viola, que Kelsen, quando afirma que a “doutrina do direito natural não faz a distinção necessária entre proposições enunciativas e proposições prescritivas” não menciona nenhum autor iusnaturalista que incorra no mencionado erro de método. Por outro lado, afirma “não ser verdade que no discurso iusnaturalista se passe necessariamente de premissas *de ser* para conclusões *de dever ser*”. Com efeito, sustenta que “os principais representantes da doutrina do direito natural sempre distinguiram a ordem da natureza física e a ordem da natureza moral, ou “âmbito prático”, enfatizando que distinguem “proposições próprias da ciência da natureza física, e proposições acerca do

56 KELSEN, Hans. *Theorie Pure du Droit. Introduction a la science du droit*. Ed. d la Baconnière, 1953 pp. 104; 105. KELSEN, Hans. *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*. Buenos Aires: Hechos e Ideas, 1950. Textos, citados por TALE, Camilo. *Exposición y refutación de los argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del derecho natural*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº9, 2005/2006.

ético e o jurídico”. Que “uma das bases da filosofia clássica foi a distinção entre saber especulativo (conhecimento de como são os entes e de suas essências, propriedades, princípios e causas) e saber prático (conhecimento de como deve ser a conduta do homem e as instituições sociais), sendo que as proposições, num e noutro caso, tem distinta forma, porquanto as do saber prático possuem a modalidade “deve”, e não se obtém por pura dedução de proposições do “ser”, mas através de premissas de “dever ser”. Destaque-se, que “os princípios da ordem prática já são proposições prescritivas” e que “tais princípios são imediatamente evidentes para a razão”.⁵⁷

4.2.3.2 Fundamento metafísico- religioso da doutrina do direito natural Enunciado a:

“A teoria do direito natural supõe que o fenômeno natural tem um fim e que em seu conjunto são determinados por causas finais. Este ponto de vista teleológico implica na ideia de que a natureza está dotada de inteligência e de vontade, que uma ordem foi estabelecida por um ser sobre-humano, por uma autoridade à qual o homem deve obediência. Noutros termos, a natureza em geral e o homem em particular são uma criação de Deus, uma manifestação de sua vontade justa e todo-poderosa”. “Toda doutrina do direito natural, portanto, tem um caráter religioso mais ou menos acentuado”.⁵⁸

Enunciado b:

“Como a natureza, ou seja, como a concreta realidade do acontecer fático, se encontra em perpétua mutação, como o ser da natureza é um devir, as normas imutáveis do direito natural apenas podem consistir na regularidade observável do acontecer fático- elas só podem ser as regras gerais segundo as quais, na permanente mutação dos fenômenos naturais concretos, sob iguais condições surgem as mesmas conseqüências. As normas imutáveis do direito natural apenas podem ser as naturais”. Neste caso, a doutrina do direito natural transforma “regras do ser em normas do dever ser e, produz, assim, a ilusão de um valor imanente à realidade”.⁵⁹

57 TALE, Camilo. Ob.cit. pp.104-106. Cf. Também: VIOLA, Oscar Luis. *Contra Kelsen*. Buenos Aires: Edic .Marcos, 1975.

58 KELSEN, Hans. *Theorie Pure du Droit...* pp.102;103; KELSEN, Hans. *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciência*, p. 254.

59 KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça* pp. 72-73. Kelsen novamente recorre ao argumento da falácia naturalista. No caso, a avaliação está contida nos itens anteriores.

“Se a natureza é interpretada como um todo ordenado com uma finalidade, se se presume uma ordenação finalista imanente á natureza, a doutrina do direito natural assume um caráter teleológico. Ora, uma interpretação teleológica da natureza apenas difere terminologicamente de uma interpretação normativa. Fim, em sentido objetivo, é o que deve ser realizado”[...] “o que a norma põe como devido-devendo ser”. Uma concepção finalista da natureza implica e pressupõe “uma concepção metafísico-religiosa,[...]uma autoridade transcendente” que dotou a natureza de tais predicados normativos.⁶⁰

Apreciação e análise

A concepção metafísica e religiosa, com suas especificidades predominou desde a Grécia (Platão, Aristóteles e estoicismo) e durante a Idade Média e Moderna(Escolástica) e certas tendências da renovação iusnaturalista, mas não é elemento constitutivo de todo jusnaturalismo. O jusnaturalismo racionalista, especialmente Hugo Grocio, Vázquez e Francisco de Vitória, afirmaram e defenderam a existência do direito natural enquanto fundado na natureza racional do homem. Neste sentido, afirma TALE “ para admitir a existência de um direito intrinsecamente válido, universal, cognoscível pela razão humana, não se requer concebê-lo como emanado de Deus; mais ainda, nem sequer é forçoso aceitar a criação divina, e por isso Aristóteles, que admitiu a existência de Deus mas não seu caráter de criador do mundo, assumiu contudo a doutrina do direito natural. O mesmo Tomás de Aquino, sem descartar o fundamento teológico do direito natural, considerou que o conhecimento de suas normas também pode deduzir-se sem apelar à vontade divina; em muitos lugares de sua obra afirma claramente que as conclusões do direito natural resolvem-se nos *primeiros princípios* da lei natural imediatamente evidentes”⁶¹

Parte das proposições do enunciado b, reproduz razões pertinentes ao enunciado “a” e à falácia naturalista do item anterior.De novo preceitos imanentes à natureza que é estática e imutável, e não se coadunam com uma concepção dinâmica de natureza humana, como será desenvolvido posteriormente.

60 KELSEN, Hans. Ob. Cit. p. 73 cf. 74-76.

61 TELA,Camilo.Ob.cit. pp.98-100..Summa Theologica, I-II,q.94

4.2.3.3 Tentativa de fundar o direito natural na natureza humana

4.2.3.3.1. Natureza como tendência ou inclinação interna ou conduta externa

“A doutrina do direito natural pressupõe que as normas de conduta reta” são deduzidas da natureza do homem “procurada nas tendências deste, nas suas inclinações e instintos, ou seja, nas suas pulsões, na sua razão ou nos seus sentimentos. Esta natureza do homem é, no essencial, a sua natureza psíquica, não a sua natureza física; é a sua constituição interna”. “Contudo, também são levadas em consideração as circunstâncias externas nas quais a natureza interna do homem se manifesta exteriormente, sobre as quais, o homem por força de sua natureza reage com um comportamento externo”[...] fala-se de uma “ natureza das coisas”, na qual o fator decisivo é a natureza do homem que se encontra naquelas circunstâncias externas e que a elas reage, na sua conduta externa, com as suas pulsões, a sua razão ou os seus sentimentos”.

“Contra a tentativa de deduzir as normas de conduta reta da natureza do homem, ergue-se em primeiro lugar, a principal objeção que deve ser oposta a todo direito natural em geral: *que do ser não pode derivar-se um dever ser, que de fatos não se pode deduzir nenhuma norma*”.

“Se se admite que as pulsões observadas no homem são a natureza do homem e são, portanto, naturais, se se conclui da existência de uma pulsão uma norma por força da qual os homens devem se conduzir da maneira como se conduzem determinados por esta pulsão, uma tal norma começa por ser supérflua. Com efeito, os homens conduzem-se de fato da maneira como são determinados pelas pulsões; e é um contra-senso prescrever aos homens que se conduzam tal como eles efetivamente se conduzem sem nenhum comando neste sentido”. De ressaltar, ainda, “que as pulsões dos homens estão em conflito umas com outras. Tanto dentro do próprio homem singular, cuja conduta é muito freqüentemente o resultado de pulsões que mutuamente se contradizem, quer dizer, o resultado da mais forte das duas pulsões em conflito, como ainda nas relações entre os diferentes indivíduos, na medida em que a satisfação da pulsão de um indivíduo é inconciliável com a satisfação da pulsão de outro indivíduo”.⁶²

Apreciação e análise

Com TALE, cabe responder a Kelsen que não é verdade que se existe o direito natural, o direito positivo seja supérfluo: 1º “porque o direito natural, mesmo que tenha uma ampla esfera de regulação, não alcança todas as situações e condutas da vida social”; 2º porque “muitas vezes as normas de direito natural regulam diretamente certas relações entre os homens, mas não de forma suficientemente determinada”. Ora, com base nestas duas razões, a crítica de Kelsen só poderia ter sentido em relação às concepções extremamente racionalistas do direito natural que propuseram a elaboração de um “detalhadíssimo código de direito natural, obtido por deduções, com a pretensão de regular, até nos menores detalhes, todas as relações jurídicas (o direito natural tratado com método científico -*Ius naturae methodo scientifica pertractatum*- de Christian Wolff)”.

Finalmente, mesmo “naquelas relações suficientemente reguladas pelo direito natural que, portanto, não precisam de determinação, é conveniente que o legislador as formule e lhe dê roupagem de direito positivo por duas razões: a) porque não todos os homens possuem nem adquirem conhecimento de todas as normas particulares do direito natural; b) porque mesmo quando as pessoas tenham a faculdade de conhecer a solução justa para muitas situações controvertidas, pode existir contaminação com desejos e interesses individuais e então perdem a necessária objetividade”; c) porque pode acontecer “o obscurecimento da razão natural”, não só em indivíduos, mas também em grupos e até em povos, por causa do egoísmo, as paixões e desvirtuamentos, tornando-se necessário que o legislador fixe o justo.⁶³

Há uma reprodução da argumentação referente à falácia naturalista, tanto no que se refere a deduzir regras da natureza das coisas e das pulsões ou tendências da natureza humana. Sem querer incidir na redundância, aplicam-se aos argumentos aqui apresentados por Kelsen, as mesmas críticas oferecidas à sua concepção do direito consuetudinário e à concepção da natureza humana.

4.2.3.3.2. Diversidade dos impulsos ou tendências do homem e transmutação operacional substituindo o conceito de natureza pelo de natureza ideal

63 TALE, Camilo. Ob.cit. pp.108-111.

Enunciado a: diversidade de impulsos

O pressuposto: existência de impulsos antitéticos, tais como: instinto de autoconservação que leva a atitudes egoístas e socialidade que gera atitudes altruístas. Com base em que impulso construir a doutrina do direito natural?⁶⁴. Afirmar Kelsen que: “A maioria das doutrinas iusnaturalistas estagna numa contradição característica. Por um lado, sustentam que a natureza humana é a fonte do direito natural, o que implica que a natureza humana é boa basicamente. Por outro lado, podem justificar a necessidade do direito positivo, com sua maquinaria de coerção, apenas baseadas na maldade do homem”(D.N.), o que implica em concepções antitéticas: direito natural fundado na bondade do homem por natureza ou necessidade de uma ordem coativa em razão da perversidade do homem?(T.P).⁶⁵

Enunciado b: natureza ideal derivada de direito ideal

A partir deste “pressuposto se pode falar em impulsos naturais e antinaturais. Assim tomando como referência o impulso de amor ao próximo, bem como o impulso de autodestruição e de agressão, poderia pensar-se que os primeiros são naturais e os segundos antinaturais”. Todavia, como tanto os primeiros como os segundos “se apresentam na natureza como realidade factual, cai-se na paradoxal distinção entre uma natureza natural e uma natureza antinatural”.

Isto implica em reconhecer “que o conceito de natureza sofre uma mudança radical de significado. No lugar de natureza real, da natureza como é, entra uma natureza ideal”, a natureza como deve ser. Desta forma, não são as normas de um direito ideal, do chamado direito natural, que “a doutrina do direito natural deduz da natureza, mas é uma natureza ideal que esta doutrina deduz do direito por ela pressuposto como ideal, do chamado direito natural, direito esse que tal doutrina tem de pressupor para chegar ao seu conceito de natureza boa, divina, do homem”.⁶⁶

64 Conferir formulação textual e detalhada em :KELSEN, Hans. Ob. pp. 80-81.

65 KELSEN, Hans. *Theorie Pure du Droit*.... p.106; KELSEN, Hans. *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia*. p.260..

66 KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*, pp. 81-82.

Apreciação e análise

Novamente, cabe lembrar a Kelsen que o paradigma de natureza humana procede do homem racional, que escolhe e se autoconduz, embora conte com limitações, mas não do homem determinado por seus instintos ou impulsos, como se apenas se configurasse como ser biológico.

Também com TALE é de destacar que o raciocínio inclui duas teses contraditórias, atribuídas por Kelsen à doutrina do direito natural, mas isso é uma falsa imputação. Primeiro porque a doutrina do direito natural “não parte da afirmação de que o homem é fundamentalmente bom”. Segundo porque “não é verdade que as doutrinas iusnaturalistas sustentem que o homem tem uma natureza perversa”. “Uma concepção antropológica realista” admite “a palmária coexistência de duas tendências opostas nos seres humanos: de uma parte a necessidade de coação ou da ameaça de coação, para mover as pessoas à observância do direito”[...]; “de outra parte, que a razão humana seja capaz de descobrir o direito natural, implica em certa perfeição da natureza humana. Mas estes dois pressupostos não estão em contradição” embora o argumento de Kelsen possa aplicar-se em parte ao jusnaturalismo eclético derivado do luteranismo. Quanto ao mais, o conhecimento do direito natural é obra da razão e seu cumprimento da vontade.⁶⁷

A formulação por parte de Kelsen do *enunciado b* é resultado de sua concepção distorcida. A percepção do comportamento humano como resultado das pulsões e instintos pressupõe um determinismo naturalista e, portanto, a subjugação total da razão e vontade, às referidas pulsões. É um contraste grande com o reconhecimento da capacidade de construir o conhecimento e considera-lo imune e neutro perante os valores. Tem lógica estes argumentos?. Ou Kelsen mostra ser bom retórico?.

Finalmente, na formulação do *enunciado b* está implícita uma articulação ardilosa e mistificadora que supostamente seria construção do jusnaturalismo que, por hipótese, projetaria um modelo ideal de direito natural que implicaria numa concepção da natureza e desta forma, ao invés do direito natural ser expressão da natureza, a concepção da natureza seria expressão do modelo ideal de direito natural artificialmente arquitetado. É a ideologização. Verifica-se que Kelsen denuncia a suposta projeção, sem qualquer prova de sua tipificação.

67 TALE, Camilo. Ob.cit. pp.112-113.

4.2.3.3.3. O jusnaturalismo baseado na natureza normal postula fundamentação teológica

Alguns iusnaturalistas entendem “que a natureza do homem da qual são deduzidas as normas do direito natural, é simplesmente a natureza do homem normal, que a conduta “natural” é a conduta “normal”, a conduta média do homem, tal como pode de fato ser observada”. Noutros termos: “Assim como tudo na natureza, sob determinadas condições, acontece -em regra- de determinada maneira, assim também o homem se conduz- em geral- sob determinadas condições, de determinada maneira”. “A natureza do homem se manifestaria nesta sua conduta regular, normal. Seria a conduta da grande maioria dos homens. A regra que constituiria esta natureza não seria na verdade uma regra que, como a da lei da causalidade segundo sua antiga concepção, não admitisse exceção alguma, mas as exceções estariam, por assim dizer, em minoria”.

O referencial jurídico é a prática social coletiva e contínua, o costume, o direito costumeiro; o direito natural como direito costumeiro. Neste sentido, afirma Kelsen: “A norma segundo a qual o homem deve se conduzir da forma como regularmente se conduz a maioria dos homens apenas poderia ser apresentada como de direito natural se pudesse tratar-se da maioria de toda a humanidade e se pudesse conferir a esta norma validade absoluta”. Ora, “o primeiro requisito dificilmente será possível e o segundo só é possível sob o pressuposto de se acreditar que é da vontade de Deus que o homem assim se conduza e, que portanto, na conduta regular da maioria dos homens e somente nesta, mas não na conduta da minoria, se exprime a natureza do homem, a natureza que nele foi implantada por Deus- que, conseqüentemente, a natureza do homem é em regra boa e só excepcionalmente má”. Kelsen conclui que a teoria científica, no caso, apenas constata que “a tentativa de fundar o direito natural sobre a natureza normal, sobre a natureza média do homem, precisa lançar mão de uma fundamentação teológica da doutrina iusnaturalista”.⁶⁸

Apreciação e análise

Dois institutos estão questionados neste argumento de Kelsen. Por um lado, a tese iusnaturalista segundo a qual normalmente as pessoas reagem

68 KELSEN, Hans. Ob.cit. pp.82-85.

de uma determinada forma, a determinados estímulos, ou em determinadas situações. O que é válido inferir em termos técnico funcionais, em relação a um instituto, instrumento ou mecanismo, pode também inferir-se em relação ao homem como agente e pensante. Então essa forma de comportar-se corresponderia ao que os iusnaturalistas denominaram “natureza das coisas”. Por outro lado, o costume que explicitamente refere Kelsen. Ora, costume é uma prática social coletiva. É fato. As pessoas assim se vêm comportando. Para sua configuração, Kelsen exige a “maioria de toda a humanidade”, não a minoria e “que se pudesse conferir a esta norma validade absoluta” o que, “dificilmente será possível” em relação ao primeiro requisito “e o segundo só é possível sob o pressuposto de se acreditar que é da vontade de Deus que o homem assim se conduza”.

É claro que há estudos segundo os quais, o direito natural, por exemplo na Antígona, pode entender-se como o direito das tradições, dos antepassados e, portanto, como o direito costumeiro. Mas para configurar o direito costumeiro como expressão do direito natural, não há porque condicionar tal caracterização à “natureza do homem” enquanto nele “foi implantada por Deus”, porquanto o costume, qualquer que ele seja, como prática social coletiva explica-se por si mesmo, sem precisar ser invocada, como fator determinante e qualificador, a vontade de Deus. Finalmente, o exemplo que traz Kelsen, no contexto de suas argumentações contra o direito natural, é uma contradição. Porque, o direito costumeiro, tendo como pressuposto o fato, é o exemplo típico de incorrer na falácia naturalista ou a falácia naturalista é mais uma ficção ou simples recurso retórico na argumentação kelseniana? Com efeito, a norma costumeira tem o seguinte enunciado: *as pessoas devem comportar-se como de fato se vem comportando.*

4.2.3.3.4. O direito natural como direito racional

Na direção racionalista, seus representantes vêm a natureza do homem na sua razão e, conseqüentemente procuram deduzir da razão as normas de um direito justo. Admitem que estas normas são imanentes á razão ou que a razão como autoridade normativa prescreve aos homens a conduta reta. Este direito natural surge como direito racional. “O justo é o natural, porque é o racional.”

Se as normas que constituem os valores morais, especialmente o da justiça provêm da razão e não da vontade, se numa norma moral, que liga a um determinado pressuposto uma determinada conduta como devida, essa

ligação não se opera por ato da vontade humana e, portanto, não é arbitrária, mas é tão independente da vontade humana como a ligação entre causa e efeito na lei natural, então não existe, sob esse aspecto, nenhuma distinção entre uma lei física ou matemática e uma lei moral, e pode afirmar-se de uma norma de justiça que se pretenda encontrar na razão que ela é tão indiscutível como o enunciado segundo o qual o calor dilata os corpos metálicos ou o enunciado segundo o qual duas vezes dois são quatro”. O que pretende Grocio com a sua afirmação de que as normas de direito natural seriam válidas, mesmo que Deus não existisse, é que a validade dessas normas é tão objetiva e, portanto tão indiscutível, como os enunciados da matemática. Por mais ilimitado que seja o poder de Deus, não se estende a certas coisas. Assim como Deus não pode fazer que duas vezes dois não seja quatro, também não pode fazer que o que é essencialmente, isto é, por natureza mau, não seja mau”.⁶⁹

Apreciação e análise

Não há uma razão que pré-exista configurada e acabada, passível de ser localizada como o mundo das ideias de Platão e que por sua vez seja normativa a ponto de ditar critérios de decisão ou regras de atuação. Que a razão seja inerente ao ser humano não implica em que ela esteja pré-constituída em todos e cada um. O que existe no homem é uma potencialidade e capacidade de autopercepção e de percepção do sentido de si mesmo e do mundo que o circunda, razão porque pode conhecê-lo e valorá-lo e neste sentido, de conformidade com suas aspirações capaz de formular critérios de decisão que, se dotados de razoabilidade, poderão ser adotados por todos.

Secundando TALE, é necessário insistir que “não é verdade que no discurso iusnaturalista se passe necessariamente da premissa do “ser”, isto é, de proposições descritivas ou enunciativas, a conclusões de “dever ser”, isto é, proposições prescritivas.

Os representantes da doutrina do direito natural sempre distinguiram a ordem da natureza física da ordem da natureza moral ou âmbito prático. Na teoria do direito natural se faz distinção entre proposições próprias da ciência da natureza física e proposições acerca do ético e do jurídico. Por outro lado, uma das bases da filosofia clássica foi sempre: saber especulativo e prático.⁷⁰

69 KELSEN, Hans. Ob.cit. pp.88-89.

70 TALE, Camilo. Ob.cit. p. 105.

5. Conclusão

Verificou-se que não há uma única teoria explicativa do direito natural. Nunca houve. As teorias do direito natural registradas historicamente e suas críticas são relativas ao contexto cultural de sua construção. Mas o processo de construção e reconstrução é permanente.

Na análise específica das teorias a desqualificação de certas posições é inerente às falhas e inconsistência de suas construções. Todavia, não pode identificar-se o direito natural com as teorias, razão porque desqualificar uma construção, não implica em negar o direito natural.

O leque de críticas construídas em relação a diversos componentes e perspectivas das teorias do direito natural evidencia a relevância histórica, a complexidade de aspectos envolvidos, a limitação das críticas.

Das críticas e de sua avaliação infere-se, que persiste a tarefa de busca e identificação dos vetores qualificadores e configuradores da natureza humana. Em contraposição a uma concepção essencialista e estática, perfeita e acabada de natureza, a filosofia contemporânea oferece indicadores de que o homem se autopercebe como projeto, que se faz e refaz, se autoconstrói, autoconduz e aperfeiçoa e, portanto, numa perspectiva dinâmica estabelece critérios e conteúdos mínimos de conduta devida, visando sua realização.

Conseqüentemente e, como indicado na introdução, o tema aqui desenvolvido deve ser apreciado num contexto mais abrangente que inclui o “reequacionamento da concepção de natureza humana” e “reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: pressupostos e implicações”.

Referências Bibliográficas

ALVAREZ, Alejandro, B. Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: pressupostos e implicações. Lumen Juris, 2009.

_____.Reequacionamento da concepção de natureza humana como fundamento do direito natural. *Synesis*, 2009.

_____.A Conexão existencial entre o Direito e a Moral em Lon Fuller. In: SALLES,Sergio [Org.].*Ensaio sobre Processo e Justiça e Direitos Humanos II*. Rio de Janeiro: PUBLIT,2009.

BAYÓN, Juan Carlos. *El contenido Mínimo del Positivismo Jurídico*. Departamento de Filosofia del Derecho. Universidad de Alicante, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoria della Scienza Giuridica*. Torino. G.Giappichelli Editore, 1950.

_____.*El Problema del Positivismo Jurídico*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1965.

CIANCIARDO, Juan.Modernidad Jurídica y “Falacia Naturalista”. *Dikaion*, Vol. 13,2004.

FARREL,Martin,D. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? *Doxa*, vol. 21-II, 1998.

GRZEGORCZYK, Ch., MICHAUT,F.e TROPER,M. da obra “*Le Posivisme jjuridique* ” Paris:L.G.D.J,1992.

HART.H.L.A. *O Conceito de Direito*.trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: F.Calouste Gulbenkian , 1993.

ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*.Trad. G. R.Carrió.Buenos Aires:EUDEBA, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*.Trad.João Baptista Machado.

Coimbra:Arménio Amado Editor, 1979.

_____. *O Problema da Justiça*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Theorie Pure du Droit. Introduction a la science du droit*. Ed. d la Baconnière, 1953.

_____. *La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia..* Buenos Aires: Hechos e Ideas, 1950.

MACCORMICK, N; WEINBERGER, O. *Il dirritto come istituzione*. trad. M. La Torre. Milano: Giuffrè, 1990.

NAVARRO, Pablo, E. Tensiones conceptuales en el Positivismo Jurídico. *Doxa*, Num. 24, 2001.

NINO, Carlos S. *Derecho, Moral y Política*. Barcelona: Ariel, 1994.

RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. trad. de R. Tamayo. México: UNAM, 1982.

RAWALS, John. *História da Filosofia Moral*. Trad. Ana Aguiar. Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROZÚA, Juan Ramón Tirado. El Empirismo: David Hume. <http://mofefilosofia.SOWebs.com/apuntes/teoria8.doc>.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una Filosofia del Derecho em Modelos Históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

SCHIAVELLO, Aldo. L'eterno ritorno della contraposizione tra gjuspositivismo e gjusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato http://www.Uilpadirigentiministeriali.com/Documentazione/Articoli_20%interventi_20%contributi/2-Windowsinter...

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito: primeiras lições*. Rio de Janeiro: Lúmen

Júris, 2007.

STRUCHINER, Noel. *PARA FALAR DE REGRAS. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. PUC-Rio, 2005.

TALE, Camilo. Exposición y refutación de los argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del derecho natural. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº9, 2005/2006.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado. II. Del renacimiento a Kant*. Madrid: Revista de Occidente, 1976.