

1

Introdução

A presente dissertação tem como principal objetivo confrontar o positivismo jurídico de Hans Kelsen com o Direito natural de John Finnis, mais precisamente quanto às suas considerações em torno da discussão sobre a “justiça”, conforme as razões defendidas pelas duas teorias.

Assim, a delimitação da presente dissertação, quanto ao positivismo jurídico, se dará justamente em Hans Kelsen, referência aqui utilizada para demonstrar, no contexto de sua teoria, os elementos ali presentes que se antagonizam e se rivalizam com a dogmática jusnaturalista que prevaleceu dominante nos séculos XVII e XVIII e que hoje ressurge com força, que muito se deve a John Finnis, autor de “Lei Natural e Direitos Naturais”.

No estudo proposto, apontaremos o positivismo jurídico em seus elementos pontuais na doutrina kelseniana, no que ficou determinado como sua perspectiva antagônica ao Direito natural, mais precisamente, como positivismo jurídico conceitual, identificado sem critérios valorativos, mas, sim por elementos objetivos ligados às fontes do Direito. Assim apresenta Kelsen sua teoria como uma ciência jurídica pura, livre de valorações e de questões ideológicas, o que traz uma ideia de evolução histórica do positivismo jurídico frente ao jusnaturalismo, pois, em sua busca de elevar o Direito a uma ciência, denotamos em sua doutrina aspectos técnicos de justificação, o que fulminou em diversos pontos os argumentos de validade do Direito natural.

É certo que, para que o Direito natural perca sua sustentação na ordem jurídica, é imperativo que uma nova proposta doutrinária se apresente com argumentos dotados de força o suficiente para criar um antagonismo real e sustentável, com novos conceitos e pensamentos.

A própria legitimação do Direito natural que se socorre, pelo menos em uma versão clássica, a critérios metafísicos associados a uma moral absoluta, impõe a tal vertente considerável crítica quando em confronto ao positivismo, pelas razões

anteriormente expostas. Essa apontada obscuridade do Direito natural insere-se precisamente no propósito de Kelsen sobre a necessidade em se buscar justamente a descrição do Direito, sem qualquer carga valorativa, ou seja, sem se ater à ideia de que determinada proposição normativa tenha a aptidão para garantir justiça ou não, questão esta que para esse autor está completamente dissociada de uma ciência pura do Direito. Nesses termos, sua teoria, também nesse ponto, vai à colisão da doutrina jusnaturalista, que reconhece pelo menos sua vertente mais forte, validade ao Direito positivo quando subordinado a eventual correspondência ao Direito natural, sendo este elemento constitutivo de um valor de justiça absoluto que o Direito dos homens jamais poderia negligenciar. Para Kelsen isso é impossível, pois não é admitido valorar a proposição normativa como justa ou injusta, pois alhear a descrição jurídica de contaminações exteriores seria conferir-lhe a cientificidade pretendida pelo autor. Desta feita, quando se trata de estudar o tema da ciência do Direito pelo método kelseniano, não se trata de dizer que sua teoria é uma teoria do Direito puro, mas sim, que a metodologia empregada é pura, ou seja, uma teoria pura do Direito. Esse, por si só, já seria um quadro de discussões fascinante, pois é inegável o porte das discussões jurídicas que abasteceram e ainda abastecem o pensamento jurídico Ocidental no que concerne à distinção entre o Direito positivo e o Direito natural em seus mais distintos aspectos.

Buscaremos, assim, trazer os elementos presentes na doutrina kelseniana que legitimam as normas jurídicas e que explicam o Direito, com um traço forte e dicotômico aos argumentos utilizados pela doutrina do Direito natural, pois não se pode negar que tanto Hans Kelsen como Bentham, Austin, Hart e Raz são citados por Finnis como críticos ferrenhos à doutrina do jusnaturalismo, elevando-a a uma caricatura sem respaldo teleológico.

Quanto ao Direito natural, posto aqui à avaliação frente ao positivismo kelseniano, citamos John Mitchell Finnis, autor de “*A lei natural e os Direitos naturais*”, considerado como marco de um novo momento do jusnaturalismo moderno. Finnis promove justamente um novo enfoque em torno do Direito natural, para o qual busca efetivamente uma legitimação de tal corrente doutrinária, o qual passa a utilizar elementos objetivos na descrição de sua teoria, passíveis de uma explicação racional; com isso entende este autor que, somente assim, o jusnaturalismo poderá se desvencilhar das obscuridades e contradições

que sempre o acompanharam. Em razão dessa constatação, Finnis releva que a visão caricaturada impingida pelo positivismo jurídico, ao qual, como expoente dessa tendência, lembramos Kelsen, não só se mostra equivocada, como também demonstra um não entendimento em relação aos seus principais dogmas.

Prosseguindo, importante ponto de colisão entre as duas teorias se dá justamente na discussão em torno de uma definição sobre a “justiça”, pois, se Kelsen, como vimos, afasta a possível aferição existente entre norma e proposição jurídica, Finnis, em sentido totalmente contrário, conduz a uma teoria densa em torno da justiça e que aqui apresentaremos em seus principais aspectos. Disso, a reflexão em torno da obrigatoriedade moral frente às leis injustas é medida que se impõe ao debate jurídico, pois as considerações acerca desse tema quanto às teorias aqui citadas se mostram, em um primeiro momento, completamente distintas; contudo, demonstraremos que as diferenças realmente existem, mas não com a força de diminuir uma teoria frente à outra, devendo ambas serem abordadas dentro de suas próprias limitações.

Relevante se torna tal discussão para o mundo real, pois, se para Kelsen o critério de validade de uma norma cinge-se a critérios estritamente formais, com forte crítica ao Direito natural em sua tentativa em buscar uma noção de validade jurídica extraída de um “ser”, para Finnis as coisas se passam de modo diferente. Para este autor, uma avaliação quanto à positividade das leis, conforme estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente, também deverá ser formulada com amparo a uma correspondência aos preceitos de justiça, pois somente assim serão aptas a garantirem o “bem comum”. Desse modo, Finnis insere ao debate jurídico uma importante conjugação entre o Direito positivo e o natural, considerando ser possível uma análise da moral em sede do próprio Direito positivo. Nesse contexto, tal aproximação entre as duas correntes realmente se faz relevante, pois, como demonstraremos, o grande desafio da filosofia do Direito foi desenvolver uma teoria objetiva em relação à moral, que pudesse criar uma condição segura para a discussão dessa questão.

Chamamos a atenção, nesta passagem, para o corriqueiro não entendimento da doutrina de Hans Kelsen, mais precisamente quanto ao que está inserto na “Teoria Pura do Direito”, no que concerne ao desacerto que permeia o tema moral. Disso decorre a contumaz confusão aos desavisados em misturar o método empregado pelo cientista do Direito, no estudo da norma jurídica, onde deve

residir o sentido da pureza, daquele utilizado no fenômeno que se sente na aplicação do Direito aqui, visto com os olhos do interprete do Direito, como, por exemplo, os juízes. Com a abordagem que queremos dar, imprescindível se faz na doutrina kelseniana um aprofundamento quanto à reflexão sobre as implicações da “moral” em sua obra, buscando inserir em tal debate a discussão das chamadas leis injustas. Como já evidenciamos acima, se a doutrina de Kelsen é rica, quando traz as razões da exclusão do debate sobre a moral, como condição necessária para uma correta leitura de uma ciência do Direito, conforme expresso na “Teoria Pura do Direito”, tal constatação se refere somente ao método científico empregado no estudo do Direito; em contrapartida, incerteza sim quanto à amplitude da moral e sua aplicação quanto ao método interpretativo, com reconhecimento por Kelsen de que esse fenômeno é incontrollável, esse também é importante legado do autor a que não nos podemos furtar. Aqui, também necessário se faz, nos termos propostos por Kelsen, uma abordagem quanto aos limites dessa moral revelada.

Como já deixamos transparecer, nosso objetivo é estabelecer um confronto teórico entre a corrente neojusnaturalista e aquela juspositivista, com o intuito de traçar a legitimidade das normas jurídicas quanto a essas teorias, mais precisamente quanto à obrigação jurídica frente às leis e suas consequências.

Também, com o amparo de J.M. Finnis, demonstraremos que, apesar de tais correntes doutrinárias e filosóficas parecerem em um primeiro momento distantes e inconciliáveis, a realidade jurídica atesta que tal distinção está, em termos, rompida.

Por fim, para que a reflexão em torno do Direito positivo e o Direito natural que aqui empreenderemos possa ser possível em todos os aspectos citados, apresentaremos no segundo capítulo desta dissertação o Direito natural finissiano, com todos os seus elementos utilizados à construção de uma metodologia complexa em torno da justiça. Posteriormente, no terceiro e quarto capítulos, nossa empreitada será a de apresentar como o Direito natural é visto aos olhos de Kelsen, bem como, em que condições a “moral”, se revela em sua teoria. Por fim, no quinto e último capítulo, após apresentados todos os argumentos considerados como relevantes ao debate que pretendemos empreender, nosso objetivo será o de demonstrar se realmente as duas teorias, com as referências aqui abordadas, podem se conciliar frente ao sistema jurídico.