

## Kelsen e sua crítica ao Direito Natural

**Claudio de Carvalho Rocha Pessoa Filho**

Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.  
Superintendência na Paraíba. Av. Dom Pedro II, 3284. Torre. João Pessoa-PB  
(CEP 58040-915). E-mail: [crpfilho@hotmail.com](mailto:crpfilho@hotmail.com).

**Resumo.** Hans Kelsen apresenta suas teorias acerca do Direito Positivo em detrimento ao Direito Natural tendo em vista a necessidade de um estudo científico e puro do Direito desentranhado-o de uma valoração moral pré-determinada. O presente artigo buscou, através de técnicas de pesquisa teórica, entender como e em que Kelsen baseia essa sua crítica ao Direito Natural. Ele afasta o estudo valorativo da norma para os campos da Psicologia, Filosofia e Sociologia, e aproxima o Direito do campo das Ciências Exatas. Logo, Kelsen busca de forma técnica e prática entender a origem da norma, de sua valoração, de sua validade e da Justiça.

**Palavras-chave:** Direito Natural; Direito Positivo; Justiça; Valor; Lei.

**Abstract.** *Kelsen and his critique of Natural Law.* Hans Kelsen presents his theories about the Positive Right to the detriment of the Natural Right in view of the necessity of a scientific and pure study of the Law unveiled it of a pre-determined moral valuation. The present article sought, through theoretical research techniques, to understand how and in which Kelsen bases his critique on Natural Law. It removes the value study of the norm for the fields of Psychology, Philosophy and Sociology, and approximates the Law of the Field of Exact Sciences. Therefore, Kelsen seeks in a technical and practical way to understand the origin of the norm, its valuation, its validity and Justice.

**Keywords:** Natural law; Positive law; Justice; Value; Law.

Recebido:  
17/04/2017

Aceito:  
29/05/2017

Publicado:  
30/06/2017



Acesso Aberto  
Artigo completo



ORCID

0000-0002-1738-0113  
Claudio de Carvalho  
Rocha Pessoa Filho

### Introdução

Para que o direito possa ser estudado cientificamente é necessário que se faça uma “decantação” retirando-se de suas “entranhas” as impurezas da subjetividade para que assim se possa fazer uma análise pura de sua teoria. Ao adentrar-se no campo da objetividade, no da eficácia (resultado pretendido) afastando-se assim da subjetividade existente na valoração filosófica dos atos, pode-se então entender o direito como um mecanismo criado para ser utilizado para se trazer a paz social (a

qual é relativa) de dada comunidade de uma forma lógica e concreta. O direito ali gerado é para que se possa atender aos anseios daquela comunidade, e não para ser uma utopia filosófica. O Direito Positivo então assume a forma de um ordenamento real e possível para determinada localidade, dada a peculiaridade do grupo. Cada comunidade tem seus próprios anseios, e a satisfação do grupo em detrimento das individualidades faz nascer ali o direito mais adequado àquela nação, não sendo ele, o mais justo, nem o mais correto. “o conceito de direito não tem quaisquer

conotações morais” (Kelsen, 1992: 13). O Direito é um problema de técnica social, não de julgamentos valorativos, morais ou políticos.

A ordem social que tem caráter de direito é a ordem jurídica, contudo não se pode dizer que essa ordem seja justa, pois direito e justiça são conceitos diferentes, a ciência de um direito positivo deve ser distinto de um de filosofia da justiça (Kelsen, 1992: 13). O Direito busca gerar resultados práticos e lógicos para questões do dia a dia, buscando-se assim resolver as lides da comunidade. Busca-se coercitivamente que a comunidade faça ou deixe de fazer algo, para que aquele Estado possa assim atingir os fins que planejou, o direito positivo quer o resultado, e para isso cria os meios, que são as leis, não há aí uma visão romântica, há apenas praticidade, não há uma filosofia de justiça, até porque o conceito de Justiça é abstrato, a paz e a segurança social são criados pela conformidade desta sociedade com as leis ali impostas, não importando o teor das mesmas.

Uma ordem social apresentada como direito é apresentada como justa, isto é justificá-la moralmente e se baseia na ideia que apenas uma ordem justa é chamada de Direito. A tendência de justificar uma ordem social é uma tendência política, não científica, visto que cientificamente Direito e justiça são conceitos distintos (Kelsen, 1992: 13).

Se justiça é a felicidade social, uma ordem justa não é possível, ela é apenas utópica, o máximo de felicidade que uma ordem social pode garantir é apenas no sentido coletivo a garantia de certas necessidades dignas de serem satisfeitas, ficando a critério do julgamento de valor da autoridade competente e da peculiaridade da comunidade quais necessidades são essas, são por natureza subjetivas e relativas, contudo, ao se tornarem normas jurídicas são apresentadas como objetivas e de valor absoluto (Kelsen, 1992: 14).

Apesar de o Direito Positivo ser a obra independente de uma autoridade humana, ele sempre será fruto de ideologias oriundas de um conjunto de valores que a autoridade carrega, e que lhe influenciarão na criação da norma. “Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado [...] é um fenômeno social” (Kelsen, 1992: 15). Contudo, não quer dizer que ela seja legítima e verdadeira por este fato, “O fato de que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é uma prova de que estes julgamentos sejam corretos. [...] Justiça e verdade não dependem da frequência com que são feitos julgamentos sobre a realidade” (Kelsen, 1990: 15). A lei é posta e se torna coercitiva independentemente dos conceitos pré-existentes da comunidade.

O objetivo deste trabalho é analisar os ideais de Hans Kelsen, verificar como ele estuda o direito positivo se afastando das ciências humanas e buscar entender o porquê da crítica ao Direito Natural, e em que esta se baseia.

Sendo assim, para Kelsen, é o Direito Positivo e não o natural é quem melhor se molda às situações para resolver as particularidades de uma comunidade. De forma objetiva, por convenção são traçadas as normas de convivência, incluindo aí suas sanções, direitos e deveres. O Direito Positivo é prático e permitindo que o grupo delimite as ações consideradas legais e ilegais de forma clara, lógica, cognoscível e exata.

## Metodologia

Para mérito deste estudo foram utilizadas técnicas de pesquisa que considero serem as mais satisfatórias para a execução do trabalho. Tais técnicas consistiram no uso da pesquisa teórica, com a utilização da análise bibliográfica.

Esta análise se deu através da busca de informações em livros e sites que abordassem a temática do presente artigo, buscando-se assim a elucidação da problemática apresentada.

## O Direito Natural e o Direito Positivo sob a ótica de outros autores sob a crítica de Kelsen

A seguir, uma breve análise da crítica ao Direito Natural de Kelsen sob a ótica de alguns filósofos e estudiosos reconhecidos, fazendo-se assim uma analogia com o assunto em questão.

### O imperativo categórico de Kant

Kelsen (1998: 22-26) afirma que o imperativo categórico de Kant menciona: “age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”, essa máxima do agir para que seja lei universal não pode ser uma lei imoral, logo, deve haver um conceito de moral pressuposto. O homem poderá agir da forma que quiser e ter isso como máxima do seu agir, isso é possível, contudo poderá ser imoral apenas por incompatibilidade com uma moral preexistente. Kelsen rebate exemplos de imperativos categóricos de Kant mostrando que tais são possíveis e não se contradizem em querer que suas máximas se tornem leis universais, mostra que as ideias de Kant estão impregnadas de moral e não de ciência e lógica pura. Que máxima eu devo querer que se torne lei universal e qual máxima não devo? Adentra-se aí no campo da Filosofia e da Moral, de fato verifica-se aí que não existe um dever-ser posto, Estes imperativos estão impregnados com a subjetividade do direito natural e da moral preexistente absoluta imutável, da qual Kant não pode dizer claramente qual seja. Qual o conteúdo da lei natural universal com a qual a máxima deve conformar-se? Esta pergunta permanece sem resposta.

Kelsen (1998: 91) afirma que Kant preceitua o homem como tendo razão e vontade, sendo estas faculdades distintas, para ele a vontade não é senão razão prática. Somente a razão prescreve o dever-ser, sendo assim essa ideologia de Kant se parece com a corrente racionalista que vê a razão como autoridade legiferante (Kelsen, 1998: 85). Kant reconhece ainda que as normas somente podem ser postas por meio da vontade. Para Kelsen (1998: 92) “a razão

prática nada mais é do que o resultado de uma confusão inadmissível de duas faculdades do homem (razão e vontade), essencialmente distintas uma das outras”.

### Análise do Jusnaturalismo Clássico de São Tomás de Aquino

Kelsen (1998: 88) interpreta São Tomás de Aquino afirmando que a Lei Natural que o homem segue está na razão, mas diferente de Kant, ele crê que a busca por esta lei da razão não se dá pelo autoconhecimento, Aquino não é racionalista, ele diz que o conhecimento desta lei se dá pelo conhecimento de Deus, visto que a Lei Natural é a busca pela interpretação da Lei Eterna, onde o pecado original foi justamente o fato do homem ter se apropriado desta razão que antes só pertencia a Deus: o conhecimento do bem e do mal.

No *Tratado das Leis* (Tomás de Aquino, 2005: 90), São Tomás de Aquino apresenta o conceito de Lei Natural, refletindo sobre o conceito de lei (*lex*) e suas quatro manifestações: Lei Eterna (*lex aeterna*), Lei Natural (*lex naturalis*), Lei Divina (*lex divina*) e Lei Positiva (*lex humana*). Para Kelsen (1992: 386), o Direito Natural seria imutável, reivindicando validade absoluta, sem a mesma flexibilidade do Direito Positivo. Contudo, segundo Oliveira e Lessa (2010), o jusnaturalismo, no caso, o clássico, não seria absoluto e imutável, visto que ele não é a Lei Eterna, ele seria a Lei Natural, a primeira sim seria absoluta, contudo a Lei Natural apenas derivaria da Lei Eterna, portanto: “Deus imprimiu no ser humano não um conjunto preestabelecido de preceitos naturais, mas a capacidade racional de conhecê-los. Em outras palavras, nenhum preceito da Lei Natural é inato ao ser humano. O que é concedido ao homem no momento de sua criação é a aptidão para captá-los” (Oliveira e Lessa, 2010). Neste sentido, o jusnaturalismo não seria uma ideologia “engessada”, seria adaptável tal qual o juspositivismo. Segundo Kelsen (1992: 386) são feitas tentativas para que se possa resolver as diferenças entre Direito Positivo e Direito

Natural, segundo ele, a teoria do Direito Natural tem se inclinado, direta ou indiretamente, a atenuar ou abolir essa ideia de que ele seja absoluto e imutável. Ideologias do Direito Natural vem afirmando existir um Direito Natural meramente variável, ajustável às circunstâncias, meramente hipotético-relativo, vem-se então tentando legitimar um Direito Positivo variável como um Direito Natural.

### **A genealogia da moral de Friedrich Nietzsche**

O que é bom? O que é mau? Nietzsche vai em busca da origem destes adjetivos, segundo o filósofo alemão, o conceito de bom e mau está ligado a uma ação afirmativa que cria e define valores, ou seja, estes valores são sempre criados e recriados pelo aristocrata (assim chamado pelo filósofo) que toma o poder subjuga os mais fracos e define os conceitos dos valores a serem seguidos, é uma ação humana afirmativa daquele que cria as leis, a justiça desta sociedade estaria intimamente ligada à obediência a uma ordem que é oriunda de uma ação humana coercitiva. Fazendo uma analogia com a doutrina Kelseniana pode-se deduzir então que para Nietzsche o bem e o mal, o certo e o errado surgiriam com a implantação do Direito posto (pela autoridade que toma o poder) e vigente, ou seja, o Direito positivo. Sendo assim, o direito não seria oriundo de princípios naturais e morais, os quais são absolutos e imutáveis, o direito sendo mutável e flexível, havendo mudanças no poder, haveria também consequentemente alterações nestas normas, não sendo elas portando nem absolutas nem imutáveis.

Nietzsche buscando esclarecer a origem da moral, afirma que a justiça e a moral são conceitos subjetivos, pois dependem do julgamento de valor que a autoridade aristocrata (que assume o poder em dado momento) fará sobre determinados fatos. O nobre, o que cria as leis, a autoridade legiferante, o aristocrata, ele é o bom, e mau é aquele que não segue suas leis, vemos aí que o conceito de bom e mau é diferente daquele pregado por psicólogos ingleses (os quais Nietzsche critica

abertamente) que afirmam que o bom seria o agir de forma não egoísta (altruísta).

A seguir pode-se verificar como o autor demonstra o surgimento dos conceitos de bem e mau, que nada mais é do que o fruto da assimilação pela sociedade das representações sociais impostas pela autoridade em dado momento.

Os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento baixo, e vulgar e plebeu. Desse pathos da distância é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade! Esse ponto de vista da utilidade é o mais estranho e inadequado, em vista de tal ardente manancial de juízos de valor supremos, estabelece dores e definidores de hierarquias: aí o sentimento alcançou bem o oposto daquele baixo grau de calor que toda prudência calculadora, todo cálculo de utilidade pressupõe - e não por uma vez, não por uma hora de exceção, mas permanentemente. O pathos da nobreza e da distância, como já disse, o duradouro, dominante sentimento global de uma elevada estirpe senhorial, em sua relação com uma estirpe baixa, com um “sob” eis a origem da oposição “bom” e “ruim”. (O direito senhorial de dar nomes vai tão longe, que nos permitiríamos conceber a própria origem da linguagem como expressão de poder dos senhores: eles dizem “isto é isto”, marcam cada coisa e acontecimento com um som, como que apropriando-se assim das coisas.) Devido a essa providência, já em princípio a palavra “bom” não é ligada necessariamente a ações “não egoístas”, como quer a superstição daqueles genealogistas da moral. É somente com um declínio dos juízos de valor aristocráticos que essa oposição “egoísta” e “não egoísta” se impõe mais e mais à consciência humana - é, para utilizar minha linguagem, o instinto de rebanho, que com ela toma finalmente a palavra (e as palavras). [...] Descobri então que todas elas remetem à mesma transformação

conceitual - que, em toda parte, “nobre”, “aristocrático”, no sentido social, é o conceito básico a partir do qual necessariamente se desenvolveu “bom”, no sentido de “espiritualmente nobre”, “aristocrático”, de “espiritualmente bem-nascido”, “espiritualmente privilegiado”: um desenvolvimento que sempre corre paralelo àquele outro que faz “plebeu”, “comum”, “baixo” transmutar-se finalmente em “ruim” (Nietzsche, 1877: 6-7).

Nietzsche questiona os valores existentes, e para repensar esses valores, é preciso que encontremos conceitos extremamente imparciais, o filósofo se desliga de qualquer tipo de moral que o aprisione. Para ele os valores tendem a se deteriorar e a surgirem novos valores. Tudo é efêmero. É sabido que o filósofo jamais adentrou na seara do Direito positivo nem na do natural, contudo, é possível ao se estudar sua obra, fazer uma interpretação e usá-la de modo a se comparar com a de Kelsen.

#### **Nicolau Maquiavel: o homem cria o Estado e suas leis**

Para Nicolau Maquiavel, de acordo com Barros (2013), ao contrário do que se pensava na Idade Média, o surgimento do Estado e do poder não provém de Deus, mas de homens que são egoístas por natureza. Há dois desejos que se casam: o desejo de segurança do indivíduo que precisa do Estado para se defender e o desejo de poder do governante. Para ele, o bom governante deveria ser dotado da *virtú* e da fortuna, a primeira se referindo à capacidade de ser flexível para se adequar a cada situação, e a fortuna (fortuna era a deusa grega que presenteava com sorte os homens audaciosos) seria o fim realizado com sucesso.

Ao se fazer uma análise destas assertivas se observa que o Estado nasce pela vontade humana e o soberano a organiza pela interposição de leis coercitivas que limitam as liberdades individuais, em outras palavras, o Estado é erguido pelo Direito Positivo.

Essa flexibilidade (da *virtú*) de que o soberano necessita para que o seu agir

não seja “engessado”, para que ele possa buscar alternativas para resolução de vários casos, faz com que ele precise portanto ser perspicaz, e dada a mutabilidade do Direito positivo, este seria mais adequado para ajudar no poder de decisão do governante. O Direito positivo lhe seria útil para que ele pudesse direcionar suas políticas públicas fazendo com que suas decisões orientassem um caminho por ele pré-determinado para atingir os fins buscados, dada a coercibilidade deste.

#### **O positivismo de Augusto Comte**

Augusto Comte acreditava que o positivismo seria uma percepção evoluída sendo este o último estágio da evolução de uma sociedade, após ultrapassar o estágio teológico e o metafísico. Segundo Ferrari (2008) o positivismo é uma noção que se encontra num patamar superior, o da ciência, o da lógica, o do empirismo, ele tenta fugir das noções teológicas e metafísicas afirmando que a organização e o progresso da humanidade estariam ligadas ao bom uso do Direito criado pelo homem, do Direito positivo. Comte buscou explicar as leis do mundo social com critérios das Ciências Exatas e Biológicas, extraíndo do debate a subjetividade filosófica e histórica, em outras palavras. Comte é a inspiração moderna do positivismo jurídico, sendo Kelsen o principal expoente deste movimento.

#### **Platão e o Bem Absoluto**

A ideia de Justiça de Platão, baseada no Bem Absoluto desempenha o mesmo papel que a ideia de Deus na teologia. Essa ideia de Bem, apesar de carregar intrinsecamente a de Justiça, não expõe o que seja Justiça. Platão, afirmando que “não pode haver nenhum conhecimento conceitual do Bem Absoluto, mas apenas que uma espécie de intuição se processa por via de uma vivência mística que só aos poucos é comunicada e tão somente por graça divina” (Kelsen, 1998: 63), portanto o Bem Absoluto não é cognoscível ao ser humano, sendo um segredo de Deus. Ou Seja, este caminho correto a ser seguido (a lei natural) não seria ostensiva e inteligível, mas dependeria do nosso esforço em nos

relacionar com o criador, portanto não teria eficácia a sua aplicabilidade na sociedade visto que a maioria dos indivíduos desconheceria o “Bem Absoluto”, ou seja, a maioria desconheceria a lei. Se algo é desconhecido como pode ser cobrado?

**Para Jean-Jaques Rousseau o homem não poderia mais voltar ao estado natural por não viver mais isolado**

Para Rousseau “o homem nasce livre e por toda parte se vê acorrentado” (Rousseau, 1762: 8), no estado de Natureza o homem gozava de direitos inalienáveis, ou seja, um estado pré-social, onde os homens não se agrediam, a não ser por legítima defesa. Apenas exerciam seus instintos, não sendo isso nem bom nem mau, o homem era portanto um ser amoral. Mas quando o homem deixa de ser um caçador-coletor nômade, fixa-se numa terra, cerca-se um lote, os desprovidos de terra e de alimento se sujeitam aos detentores das terras, surge então o espaço social onde a propriedade o faz perder a liberdade natural, e com pesar por Jean-Jaques Rousseau constata essa perda.

Para Kelsen, a ideia originária de liberdade tem caráter puramente negativo. É um postulado que o homem deve ser individualista, não estar submetido a normas que regule sua conduta e limite sua liberdade individual. É um princípio antissocial. A liberdade da ordem normativa deve se tornar liberdade sob a ordem normativa, a liberdade individual deve se transformar em liberdade social. Sobre esta ideia se apoia a teoria do contrato social. Contudo, para Kelsen (1998: 50) no contrato social deve haver a justiça da democracia embasada no princípio da autodeterminação majoritária e não da autodeterminação individualista, pois esta se apoia na vontade unânime, mesmo que apenas um seja contrário, enquanto que naquela a vontade da maioria é suficiente para alterar o contrato social.

Rousseau afirma que o contrato social “Não vem da natureza, pois, está fundamentado em convenções”, nesse caso,

o contrato seria necessário para garantir a liberdade, não voltando ao estado natural, pois isto seria impossível, mas através de leis que garantissem liberdade e igualdade, ou seja, o Direito positivo pode garantir a liberdade perdida com a inserção do homem no meio social.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto se não a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é o contrato social (Rousseau, 1762: 24-25).

Rousseau (1762: 25) segue afirmando que o homem perderia a liberdade natural do estado de natureza, contudo seria em favor de toda a sociedade, cada um dando-se a todos, não se dá a ninguém, não é escravo de ninguém “ganha-se o equivalente de tudo que se perde e maior força (oriunda da união) para conservar o que se tem”.

Todas estas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda a comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros (Rousseau, 1762: 24-25).

É tarefa do contrato, da convenção de normas, apresentada por Kelsen como Direito positivo, apresentar soluções para as mazelas das desigualdades políticas através de uma nova ordem civil.

Vê-se portanto que, embora Rousseau tenha “quedas” pelo jusnaturalismo, ele admite que voltar ao estado natural não é possível, visto que o homem é um ser social, e que é incumbência do Direito Positivo organizar a vida social (de uma forma democrática), não sendo mais tarefa do Direito Natural.

## **O Direito Natural e o Direito Positivo para Kelsen**

### **O Direito Natural sob a ótica de Kelsen**

Kelsen (1992: 16) conceitua o Direito Natural parafraseando o que diz a doutrina jusnaturalista: “A doutrina do Direito Natural sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito Positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da Natureza, da razão humana ou da vontade de Deus”.

Esse direito então seria inato ao homem e aplicável a todos os povos e nações da terra, seria inteligível pela razão, estaria ele na Natureza, assim como as leis da física que regem o universo, o Direito Natural seria absoluto, imutável e um Direito Positivo não poderia contradizê-lo sob a pena de ser taxado injusto e imoral. A moral em questão já seria pré-determinada pela Natureza e não imposta pela ação da autoridade humana, seria ela intrínseca ao ser humano que pela razão descobriria o bem e o mau, contudo, um rol de regras descrevendo esses conceitos, para a corrente jusnaturalista, não seria possível.” Os direitos e deveres do homem, estabelecidos por essa lei natural, são considerados inatos ou congênitos ao homem, porque implantados pela natureza e não a ele impostos ou conferidos por um legislador humano; e, na medida em que a natureza manifesta a vontade de Deus, esses direitos e deveres são sagrados” (Kelsen, 1992: 17).

### **O Direito Positivo sob a ótica de Kelsen**

O Direito Positivo seria aquele em que a autoridade legiferante prescreve normas de dever-ser de forma coercitiva impondo como a comunidade deve se comportar, não importando aí o seu conteúdo. O Direito deixa, então, de ser uma ciência humana para ser uma ciência quase exata. Kelsen (1998: 85) afirma que com a fixação da norma (Direito Positivo) não se conhece um objeto já dado, tal como ele é, mas exige-se algo que deve ser. Para o juspositivismo toda ordem já nasce

válida, não importando se é imoral ou moral, aliás, esse julgamento de valor em questão não pode ser objeto da ciência, nem do Direito Positivo, mas deve ser dos filósofos, sociólogos e psicólogos. Se existe uma lei, logo ela é justa, pois o conceito de bom e mau nasce com a lei e não antes dela.

O Direito Positivo apresenta um Direito real e possível e não um Direito justo e correto. (Kelsen, 1992: 20). O Direito positivo apresenta uma alternativa para solução dos embates daquela comunidade em questão, sendo o conceito de justiça muito relativo. Segundo Kelsen (1992: 15), existem tantos conceitos diferentes de Justiça dada a diversidade humana, que nem se pode falar em “Justiça”. Cada povo considera um algo como justo. Justiça é um conceito irracional, não está sujeita à cognição, o que existem são interesses e conflitos de interesses, a solução para esse problema é só um: o Direito Positivo, pois este faz com que a cognição estabeleça apenas uma ordem como “justa”, mas não uma que satisfaça o interesse de um em detrimento do outro, mas que, ao contrário, proporcione uma solução de compromisso entre interesses opostos, de modo a minimizar possíveis atritos, só assim uma ordem pode assegurar a paz social de forma duradoura (Kelsen, 1992: 20-21). Quando a justiça sai da insegurança da esfera do julgamento de valor subjetivo e cai sob a esfera da legalidade do positivismo, haverá justiça com a aplicação da legalidade para todos, sendo a lei em todos os casos similares e o injusto como a lei sendo aplicada em um caso mas não em outro. A justa assim passa a ser vista como algo de possível análise científica, visto que apenas o Direito positivo pode ser objeto da ciência (Kelsen, 1992: 20-21).

### **A limitação do Direito Natural segundo Hans Kelsen**

Para Kelsen (1998: 72), da natureza, ou seja, de um “ser” não pode nascer um “dever-ser”. Dos fatos não pode submergir nenhuma norma nem valor. O valor é posterior à criação da norma (bom, mau, justo, injusto).



O que é proposto como Direito Natural consiste em fórmulas vazias, como “cada um o seu”, mas qual é o “seu de cada um”? Tautologias sem sentido como o imperativo categórico de Kant em que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens, mas não diz quais são os princípios obrigatórios para todos os homens. Alguns autores definem Justiça pela fórmula “você fará o certo e evitará o errado”, mas o que é o certo e o errado? A resposta a todas essas perguntas deve ser dada pelo Direito Positivo (Kelsen, 1992: 17).

Mas o que é o Direito Natural no que se refere às suas leis? Qual o conteúdo desse ordenamento jurídico? “Contudo, nenhuma das numerosas teorias do Direito Natural conseguiu até agora definir o conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproxime da exatidão e objetividade com que a Ciência Natural pode determinar o conteúdo das leis da Natureza ou a Ciência Jurídica, o conteúdo de uma ordem jurídica” (Kelsen, 1992: 17).

Para Kelsen (1998: 78), se os homens se comportam deste modo, de acordo com suas “pulsões” (tendências, inclinações, instintos), se os seres humanos já tem essa lei natural dentro de si é um contrassenso prescrever normas para que eles se comportem desse modo, já que eles já se comportam desse modo naturalmente sem nenhum comando nesse sentido. Sem contar o fato de que as pulsões em geral, se contradizem, a pulsão de um indivíduo é inconciliável com a satisfação da pulsão do outro indivíduo. Esta é a principal objeção que deve ser dada a todo Direito Natural (Kelsen, 1998: 78).

Há uma multiplicidade de impulsos na natureza do homem, e entre eles, há impulsos maus, pode sim haver o impulso do amor, contudo o impulso da agressividade também é natural ao homem e este deve valer como lei natural ao lado do impulso do amor? Se o impulso de agressividade for tido como de natureza antinatural, no lugar de natureza real, de natureza como ela é, irá haver uma natureza ideal, como ela deve ser (Kelsen, 1998: 81-82).

O Direito Natural apresenta-se como uma ordem absoluta, permanente e imutável, o Direito Positivo por outro lado, com a sua validade hipotético-relativa, é uma ordem infinitamente mutável, que pode se ajustar às condições à medida que elas se modificam no espaço e no tempo (Kelsen, 1992: 386). Dada a necessidade de flexibilidade por parte da autoridade legiferante para que assim possa conduzir de maneira satisfatória os interesses mutáveis da sociedade, a criação de novas leis e diretrizes que acompanhem essa evolução social deve ser constante, papel este que é reservado ao Direito positivo. É fato que as sociedades estão constante mutações (e sempre estiveram), na atualidade em que vivemos devido a globalização, o mundo se transforma a cada dia e precisa assim que o Direito o acompanhe nessa saga. Kelsen (1992: 391) afirma que todo contraste entre Direito Natural e Direito Positivo pode, em certo sentido, ser apresentado como o contraste entre um sistema de normas estáticas e um sistema de normas dinâmico. À medida que o Direito Natural deixa de ser estático e passa a se adaptar a condições humanas concretas pela delegação de um homem, ele se torna positivo.

O Direito Natural é possível? Ele pode manter a sua existência dissociado do Direito Positivo? Qual a problemática do Direito Natural? O problema do Direito Natural é não poder individualizar normas gerais, ou seja, não concretizar normas abstratas. O Direito Natural precisa de atos humanos, afim de que as normas cumpram os seus propósitos, a concretização do Direito natural torna-se dependente da vontade dos homens numa ação jurídica concreta. Encontramos aqui uma limitação do Direito natural (Kelsen, 1992: 387-388). Nota-se que o Direito Natural para ter efeitos práticos necessita do Direito Positivo.

Uma análise mais extensa dessa questão demonstra que a ordem do Direito Natural, desde que tal exista, deve, necessariamente, ser positivada na sua aplicação às condições concretas da vida social, já que as normas gerais



abstratas do Direito Natural só podem se tornar individuais concretas por meio de atos humanos (Kelsen, 1961: 387).

Para resolver questões e lides entre duas partes, qual norma do Direito Natural usar? Devo julgar de forma a não ferir a norma geral do Direito Natural, contudo “essa norma individual (do Direito Natural), mesmo em plena concordância com a normal geral, só pode ser, pelo menos formalmente, uma norma positiva, porque foi produzida por um ato humano” (Kelsen, 1992: 387). Até que grau esta concretização é do Direito Natural, qual o limite entre Direito Natural e Direito Positivo? A vontade humana concretizando um rol de normas para se aplicar em uma situação concreta da vida social se parece muito com o Direito Positivo, ou seja, a ideia de Direito Natural é bem limitada, como é possível julgar alguém sem a existência de leis claras sobre o justo e o injusto, o certo e o errado, o bem e o mal? Se o que há são apenas normas gerais, não individualizando condutas, há de se falar em limitação do Direito Natural.

Contudo, segundo Kelsen (1992: 189) o Direito Positivo também tem suas limitações, partindo-se do pressuposto de que a lei de onde emana o Direito Positivo, ou seja, a lei geral (geralmente uma Constituição) ser um conjunto de pressupostos e princípios gerais válidos, ou seja, não impõe a mesma coercibilidade que uma norma de Direito Positivo deve impor, ela apenas direciona. Ela não é válida por ter sido criada de determinada forma, ela não repousa sobre o princípio dinâmico, pois não foi uma vontade humana coercitiva, a sua validade é pressuposta em razão do seu conteúdo, é válida tal qual uma norma de Direito Natural, logo, existe uma limitação tanto na ideia do pressuposto de uma norma de Direito Positivo pura quanto na de Direito Natural.

O Direito Natural portanto é muito subjetivo, não é inteligível para se obedecer, é algo que não está posto, não está claro. Quais regras devo seguir? Devo seguir meu coração? Meus impulsos? Para o escritor Sêneca: “O barco que não sabe

para onde vai não pode ser beneficiado por nenhum vento”, Parafraseando a mesma frase numa analogia lógica: a sociedade que não sabe qual lei seguir, que não expressa claramente seus ordenamentos nunca saberá se está no caminho certo nem saberá como obter ajuda para ter êxito para tal. O que existem são regras e princípios gerais abstratos, mas que, quando se parte para a prática, para o julgamento de ações isoladas, é que se sente a necessidade de um Direito posto, um Direito criado por leis ordinárias que individualizem ações para que a comunidade possa se orientar claramente sabendo quais são os seus deveres e direitos. O ser humano precisa da ação de uma lei para que possa orientá-lo claramente para qual rumo a comunidade deve seguir. Pelo fato do Direito natural ser composto de princípios gerais, sem especificar como usá-los em cada caso, temos então uma regra geral imutável não se adequando às novas realidades. A ideia de que ele seja atemporal e imutável não satisfaz assim as especificidades de diversidades de dada comunidade em dada época, é portanto arbitrário e inflexível.

## Conclusão

A teoria pura do direito busca se desligar do sincretismo metodológico no qual o direito está inserido, ou seja, muito ligado à psicologia, sociologia, ética e a teoria política. Esta teoria formal do direito quer estudá-lo na sua essência, de forma neutra, como um verdadeiro cientista. Assim o jurista não adentra no campo das ciências naturais, ou seja, no campo do “ser”, sua área é apenas aquela do “dever-ser”. Kelsen afirma que se uma norma existe então ela é válida, pois o Direito positivo não precisa estar em conformidade com as leis naturais para ser válido, mas apenas ter sido efetivado por uma autoridade competente segundo certo procedimento.

Portanto, o valor aplicado à norma cai no campo da discussão da sociologia, da filosofia e etc, mas não no da ciência jurídica. Desta forma, fazer um julgamento de valor quanto à justiça de dada norma não deve depender dela esta estar em acordo

com um ordenamento moral de uma localidade, com uma valoração subjetiva preexistente, para Kelsen a percepção da moral é um processo pós-norma (jamais pré-norma), visto que o que é moral pra uma cultura pode não ser para outra, pois cairia assim no campo da subjetividade e não da cognição humana, pois querer uma norma tenha caráter absoluto de justiça quanto ao seu conteúdo é apenas uma questão de fé e não de ciência. Quanto à forma ai sim, poderia haver uma norma fundamental absoluta, mas jamais quanto ao conteúdo, o conjunto de normas não tem uma lógica interna. A autoridade legiferante criará o ordenamento para que a comunidade possa caminhar na direção que ele considera justa conforme a coercibilidade do Direito Positivo, veja que a ideia de Justiça é apenas relativa.

Se uma norma existe então ela é justa e boa, a comunidade irá enxergá-la desta forma não importando o conteúdo da lei, exigirá apenas que o legislador tenha a autoridade para criá-la. O debate acerca da justiça poderá ocorrer caso a norma atinja apenas uma parte dos membros da comunidade, não atingindo o todo. Contudo julgar uma lei posta do Direito Positivo como injusta por ser contrária ao Direito Natural (Direito este que não contém um rol de regras explícitas) e a uma moral preestabelecida não é um julgamento que pertença a um estudioso do Direito. Estes princípios naturais só podem ser objeto de estudo quanto ao certo e ao errado quando forem positivados. Os princípios naturais podem (e geralmente são) ser guias para a criação da norma fundamental do Direito Positivo (Constituição). Estes princípios são usados para nortear os ordenamentos buscando-se assim uma ordem em que o indivíduo possa ter garantidos seus direitos e liberdades caso aja conforme a norma. Contudo só depois de positivados em lei é que estes princípios podem ser objeto de valoração por parte do estudioso em Direito. Portanto não havendo clareza nem coercibilidade no Direito Natural este se torna uma norma abstrata sem muita praticidade para resolver pendências de

grandes sociedades. Toda lei posta deve ser respeitada, dada a sua coercibilidade, e após positivada, será considerada justa pelo povo, surge ai o “dever ser”, não podendo surgir um “dever ser” do “ser” (da Natureza).

Uma das conquistas do Direito Positivo no ordenamento brasileiro foi a criação do princípio da legalidade. Kelsen lança a era da modernidade no Direito, visto que sai do campo subjetivo da relevância moral para o campo da pureza (teoria pura), alicerçando na ciência a organização da sociedade. Sendo científico, o Direito Positivo é baseado em observações empíricas, na observação de fenômenos concretos, passíveis de serem apreendidos pelos sentidos do homem. Embora o Direito Positivo seja flexível, facilmente mutável, o que se vê na prática da realidade brasileira são projetos de lei que percorrem uma longa trajetória até serem efetivados, alguns muitas vezes a demora é de anos, muitas vezes décadas, o que de fato acontece é que as leis postas não acompanham a rápida mutação da sociedade, as leis positivas muitas vezes obsoletas precisam do Direito Natural (por intermédio dos costumes, de tendências sociais e dos princípios do jusnaturalismo) para preencher as lacunas e acompanhar as mudanças oriundas da rápida evolução da sociedade, embora Kelsen critique o Direito Natural dada a sua inflexibilidade e imutabilidade seus princípios subjetivos podem se adaptar para resolver pendências dos vácuos legislativos. Quando o Direito Positivo se omite, haverá a ação do natural, Direito este que sempre fora usado em comunidades remotas que não contavam com um ordenamento elaborado de leis, é portanto útil para suprir essas carências, e até hoje seus princípios são usados para orientar os juristas na resolução de lides. Contudo, o ser humano moderno, que vive majoritariamente em grandes sociedades, precisa cada vez mais de um sofisticado conjunto de normas ordinárias, dada a complexidade das comunidades, na era moderna o Direito Positivo é cada vez mais indispensável.

## Declaração de conflito de interesses

O autor declara não haver conflito de interesses.

## Referências

- Barros, V. **10 lições sobre Maquiavel**. Petrópolis: Vozes, 2010.
- Dutra, D. J. V. A legalidade como forma de Estado de Direito. **Kriterion: Revista de Filosofia**, v. 45, n. 109, p. 57-80, 2004. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-512X2004000100004>
- Ferrari, M. Auguste Comte, o homem que quis dar ordem ao mundo. 2008. Disponível em <<http://novaescola.org.br/conteudo/186/auguste-comte-pensador-frances-pai-positivismo>>. Acesso em: 25 out. 2016.
- Ferreira, G. A. S. Para uma introdução da crítica genealógica da moral em Nietzsche. **Revista Lampejo**, n. 4, p. 54-65, 2013. Disponível em: <[http://revistalampejo.org/edicoes/edicao-4/artigos/Artigo6\\_Gustavo\\_Augusto\\_54\\_a\\_65.pdf](http://revistalampejo.org/edicoes/edicao-4/artigos/Artigo6_Gustavo_Augusto_54_a_65.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2016.
- Kelsen, H. **O problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- Kelsen, H. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- Nietzsche, F. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- Oliveira, J. A; Lessa, B. A. F. Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a Teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino? **Revista de Informação Legislativa**, n. 186, p. 117-128, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/198677>>. Acesso em: 25 out. 2016.
- Rousseau, J.-J. **Do contrato social**. São Paulo: Edição Ridendo Castigat, 2002.
- Tomás de Aquino, Santo. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2005. v. 4, I. Seção da II, Parte - Questões 49-114.

Informação da Licença: Este é um artigo Open Access distribuído sob os termos da Licença Creative Commons Attribution, que permite uso irrestrito, distribuição e reprodução em qualquer meio, desde que a obra original seja devidamente citada.