

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 186
Abril/junho – 2010

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino?

Júlio Aguiar de Oliveira e
Bárbara Alencar Ferreira Lessa

Sumário

1. Introdução. 2. As objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo. 2.1. Um direito “ideal” e “imutável”. 2.2. A “autoridade legiferante”. 2.3. O “caráter religioso” da doutrina jusnaturalista. 2.4. A relação entre Direito Positivo e Direito Natural. 2.5. A “falácia naturalista”. 3. Conclusão.

1. Introdução

A chamada “doutrina do Direito Natural” é alvo constante dos ataques de Hans Kelsen. Em seu ensaio *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência* (2001), publicado originariamente em 1949, Kelsen elabora uma das mais contundentes críticas a ela. Kelsen (2001, p. 137) sustenta que os teóricos do jusnaturalismo, na busca por um critério absoluto para a justiça, procuram deduzir da natureza as regras do comportamento humano. Uma procura que, aos seus olhos, não constitui um projeto aceitável pelo tribunal da ciência.

A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência condensa grande parte das objeções kelsenianas à “doutrina do Direito Natural”; no entanto, Kelsen não apresenta referência alguma a Santo Tomás de Aquino. Referências a Tomás de Aquino aparecem, é certo, em outros textos sobre o jusnaturalismo e a questão da justiça (KELSEN, 2001, 2000, 1998), mas elas são sempre, no contexto do pensamento kel-

Júlio Aguiar de Oliveira é Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UFOP e da PUC Minas. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Bárbara Alencar Ferreira Lessa é aluna do Curso de Graduação em Direito da UFOP. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

seniano, referências isoladas e desprovidas de profundidade.

Robert P. George (2004), no artigo *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine*, examina *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência* e conclui que a compreensão de Kelsen da “doutrina do Direito Natural” não abrange a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Isto é, para Robert P. George (2004, p. 238), as críticas de Kelsen à teoria jurídica e moral do Direito Natural não podem valer contra a teoria de Santo Tomás de Aquino.

O que se pretende neste trabalho é, seguindo o caminho de Robert P. George, defender a tese de que o verdadeiro objeto das críticas de Kelsen é a concepção moderna de Direito Natural. Isto é, embora bem elaboradas na medida em que dirigidas às concepções modernas do Direito Natural (jusnaturalismo moderno ou jusracionalismo), ou melhor, embora bem elaboradas apenas enquanto dirigidas a essas concepções, as críticas de Kelsen não alcançam as elaborações clássicas do Direito Natural, mais especificamente não alcançam a elaboração teórica do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino.

2. As objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo

2.1. Um direito “ideal” e “imutável”

Hans Kelsen (1998), em *O problema da justiça*, afirma que a doutrina do Direito Natural é uma “doutrina jurídica idealista”. Da forma como Kelsen (1998, p. 71) a compreende, a doutrina do Direito Natural afirma a existência de “um direito ideal, imutável, que identifica com a justiça” e reconhece na natureza a fonte da qual emanam seus preceitos.

Essa caracterização adéqua-se bem às concepções modernas do Direito Natural. Não obstante, para Tomás de Aquino, o Direito Natural não tem absolutamente nada de ideal. Pelo contrário, sua definição,

que tem raízes no pensamento aristotélico, envolve observação e estudo das manifestações da realidade. De acordo com Michel Villey (2005, p. 54):

“Realista e nem um pouco idealista, [Aristóteles] pratica um método de observação: à maneira de um botânico, colhe as experiências dos impérios e das *poleis* de seu tempo. Prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. *O direito natural é um método experimental.*”

Diferentemente das doutrinas modernas de Direito Natural, para Aristóteles e Tomás de Aquino, os preceitos naturais não são deduzidos de princípios *a priori*. Nem Aristóteles nem Santo Tomás se deixam levar por abstrações. O Direito Natural, na perspectiva aristotélica, como também na tomista, é descrito com base em conceitos concretos, conceitos decorrentes da observação da realidade como, por exemplo, o de natureza humana. Se as características da abstração e do idealismo podem ser atribuídas a alguma teoria jusnaturalista, elas podem, e devem, ser atribuídas apenas à descrição moderna do Direito Natural, não à clássica. Em suas diversas variantes, a teoria jurídica moderna esvaziou o conteúdo dos conceitos constitutivos da definição de Direito Natural, tornando-os ambíguos e afastando-se, definitivamente, da perspectiva antropológica do aristotelismo.

Sobre isso, Anthony Lisska afirma, com correção, que um dos pressupostos para se compreender a teoria naturalista de Santo Tomás é admitir a possibilidade de uma metafísica realista, consistente em uma verdadeira antropologia filosófica derivada de Aristóteles.

Nesse sentido, Javier Hervada sustenta que a teoria de Santo Tomás de Aquino enquadra-se no realismo jurídico clássico, pois se refere às “coisas naturalmente adequadas ao homem”. Assim, “o direito natural é o justo ou adequado à natureza humana pela natureza das coisas” (HERVADA, 2008, p. 347). Nessa perspectiva, o

conhecimento do Direito Natural implica o conhecimento da verdadeira essência do homem e das coisas que constituem o mundo real.

A própria definição de Direito, na perspectiva tomista e aristotélica, revela esse caráter realista da elaboração jusfilosófica clássica. A prática do Direito, na concepção aristotélica e tomista, tem um conteúdo bem distinto daquele que lhe é atribuído pelos teóricos modernos. A prática do Direito, segundo o pensamento jurídico moderno, está intrinsecamente ligada ao poder e à vontade do soberano, que se manifestam por meio de leis e de comandos judiciais. No entanto, para filósofos como Aristóteles e Tomás de Aquino, o Direito não se reduz a um sistema de normas jurídicas postas (necessariamente ancoradas na coercibilidade). A redução do Direito à lei, o que envolve a redução da prática do Direito a uma atividade de aplicação mecânica da lei, é um projeto exclusivamente moderno, difundido e consolidado pelo recente positivismo jurídico.

Na doutrina jurídica clássica, o Direito (*ius*), em seu sentido principal, não tem qualquer cunho potestativo e vincula-se diretamente à virtude da justiça. *Ius* significa, primordialmente, a coisa justa, o *suum* na fórmula romana da justiça *suum cuique tribuere* (a cada um o que é seu). É, portanto, objeto da virtude da justiça, ou seja, a coisa na qual recai a ação justa. A lei, por sua vez, é apenas uma das dimensões da prática do Direito e consiste em certa regra ou medida do Direito. Uma dimensão fundamental, é claro, mas que não esgota em si todo o universo da prática do Direito.

A prática do Direito, assim compreendida, refere-se a coisas concretas, conforme destaca Javier Hervada (2008, p. 143):

“Quando falamos da justiça e do justo, não estamos fazendo referência a idéias mais ou menos vagas ou não-concretas. (...) O justo é o cumprimento preciso das leis, o pagamento exato pelo devedor, a pena aplicada

ao delito de acordo com as leis penais, o pagamento do salário ajustado etc. O justo é, por sua natureza, uma coisa concreta e determinada. E, se algumas vezes se apresenta como obscura ou difícil, a coisa é determinável mediante o processo judicial.”

Essa definição de Direito implica a vinculação da arte jurídica a duas virtudes: a justiça e a prudência. A virtude moral da justiça, segundo Santo Tomás de Aquino, “é o hábitus, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito” (TOMÁS, 2005a, q. 58, a. 1).

A prudência, por sua vez, é uma virtude intelectual que consiste na reta razão, encarnada na figura do homem prudente, que orienta o agir humano:

“A conformidade com a reta razão é o fim próprio de toda virtude moral; pois a intenção da temperança é que o homem não se afaste da razão por causa da concupiscência; do mesmo modo, a intenção da fortaleza é que ele não se afaste do reto julgamento da razão por causa do medo ou da audácia. E esse fim é imposto ao homem pela razão natural: ela dita a cada um agir de acordo com a razão. Mas, como e por quais caminhos o homem que age pode atingir o meio-termo da razão compete à disposição da prudência. Com efeito, ainda que atingir o meio-termo seja o fim da virtude moral, no entanto este meio-termo não é encontrado senão pela reta disposição dos meios” (TOMÁS, 2004, q. 47, a. 7).

Nessa perspectiva, arte jurídica é a arte própria do homem justo e prudente, que quer e sabe dar a cada um o que lhe é devido. De acordo com Hervada (2008, p. 58):

“Se a ação jurídica ou ação justa consiste em dar a cada um o seu, seu Direito, o qual é obra da justiça – baseada na vontade –, o saber agir corretamente – saber dar a cada um o seu no momento e prazo adequados

- é próprio da prudência jurídica ou jurisprudência”.

Conforme alerta Anthony Lisska (1996, p. 229, tradução nossa), essa definição de *ius* possui uma diferença fundamental em relação ao conceito moderno de Direito. Uma das dicotomias fundamentais da doutrina jurídica moderna é a distinção entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Este último refere-se a uma prerrogativa individual, isto é, a uma condição que permite a alguém reivindicar algo em face de outrem. Na perspectiva clássica, *ius* não possui esse caráter subjetivo e “refere-se a um objetivo estado das coisas”.

Dessa forma, na teoria jurídica tomista, o Direito é compreendido como uma realidade. O Direito é encontrado nas próprias coisas e não se confunde com regras abstratas de conduta. Nesse contexto, o Direito Natural e a Lei Natural também encontram seu fundamento na natureza das coisas. O Direito Natural, para Santo Tomás de Aquino, consiste em um conjunto ordenado de princípios da razão, que dizem respeito ao comportamento humano. No *Tratado da Justiça* (TOMÁS, 2005a, q. 57), Tomás de Aquino, partindo da definição de *ius* como o justo ou aquilo que é adequado e proporcionado a outra coisa, afirma que existem duas maneiras pelas quais uma coisa pode ser adequada ao homem: a primeira de acordo com a natureza da coisa e a segunda por convenção ou comum acordo. Uma refere-se ao Direito Natural e a outra ao Direito positivo.

No *Tratado das Leis* (TOMÁS, 2005, q. 90, et seq.), Santo Tomás 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*).

Lex é um ordenamento da razão voltado para o bem comum e promulgado por aquele que tem o cuidado da comunidade (Idem, a. 4). Lei Natural é a participação da Lei Eterna na criatura racional. Lei Eterna,

por sua vez, é um conjunto de arquétipos, análogo ao mundo das Ideias, que são encontrados como as ideias divinas na mente de Deus (LISSKA, 1996, p. 92). As inclinações naturais do ser humano resultam da impressão (*impressione*) da Lei Eterna na natureza humana e orientam o ser humano a participar da divina providência. “(...) a alma racional é a própria forma do homem, é inerente a qualquer homem a inclinação natural a que aja segundo a razão. E isso é agir segundo a virtude” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 3).

Os preceitos da Lei Natural são, portanto, “os princípios primeiros das obras humanas” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 1) e o preceito primário e fundamental é: “o bem deve ser feito e procurado e o mal evitado” (Idem, a. 2). O bem é, assim, o fim buscado pela ação humana por meio da razão prática. Dessa forma, o que nos faz distinguir o bem e o mal nada mais é do que a impressão da luz divina nos seres humanos, ou seja, a Lei Natural. Esse princípio primário é conhecido por todos os seres humanos. Os demais preceitos naturais, porém, variam conforme as circunstâncias específicas nas quais se encontra o homem.

Para Hans Kelsen, por sua vez, as teorias jusnaturalistas sustentam a existência de regras naturais imutáveis. É claro, pelo que vimos nos parágrafos anteriores, que essa característica não pode, de maneira alguma, ser atribuída à descrição de Santo Tomás do Direito Natural e da Lei Natural. Existe, sim, um núcleo inalterável formado pelo preceito primário e geral da Lei Natural, do qual derivam os demais princípios. O homem, na medida em que possui a capacidade inata de conhecer juízos práticos, capta, infalivelmente, esse princípio fundamental e imutável. No entanto, a partir desse primeiro preceito, o homem avalia, mediante a razão prática e, portanto, *a posteriori* e na concretude das condições nas quais realiza suas ações, as coisas como boas ou como más, conforme se dirigem ou não aos fins próprios do ser humano. Assim, os preceitos

secundários podem variar, pois dependem de contextos particulares. Sobre a variabilidade dos preceitos secundários da Lei Natural, Santo Tomás de Aquino afirma que,

“(…) quanto aos primeiros princípios da lei da natureza, a lei da natureza é totalmente imutável. Quanto, porém, aos preceitos segundos, que dizemos ser como que conclusões próprias próximas dos primeiros princípios, assim a lei natural não muda sem que na maioria das vezes seja sempre reto o que a lei natural contém. Pode, contudo, mudar em algo particular, e em poucos casos, em razão de algumas causas especiais que impedem a observância de tais preceitos (…)” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 5).

É fundamental observar que, por derivar da razão prática e não da especulativa, o conhecimento da Lei Natural se produz em relação a questões contingentes e, por isso, os preceitos naturais podem – e devem – variar conforme as circunstâncias do contexto histórico no qual se insere a conduta. Segundo Javier Hervada (2008, p. 349):

“Para compreender o sentido desta historicidade – ou, em termos mais clássicos, mutabilidade –, é preciso observar que no pensamento tomista a historicidade que pode afetar os preceitos de lei natural é aquela que afeta os estados na natureza, visto que a lei natural é regra tirada da natureza: enquanto a natureza humana pode acidentalmente variar (idade, saúde ou doença, corrupção moral com as seqüelas da violência etc.), há uma possível adequação da lei natural a esses estados.”

A razão especulativa volta-se para o necessário, o universal, e, portanto, para aquilo que é imutável. Por outro lado, em relação à razão prática:

“A razão prática, contudo, trata das coisas contingentes, nas quais se compreendem as operações humanas, e assim, embora exista alguma neces-

sidade nas coisas comuns, quanto mais se desce às próprias, tanto mais se acha a falha. Dessa maneira, na especulativa é a mesma a verdade em todos tanto nos princípios quanto nas conclusões, (...). Nas práticas, não é a mesma a verdade ou retidão prática em todos quanto às coisas próprias, mas apenas quanto às comuns, e naqueles junto dos quais a retidão nas coisas próprias é a mesma, não é igualmente conhecida em todos” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 4).

Desse modo, a razão prática, operando uma conexão entre a teoria e a prática, refere-se, na perspectiva clássica, a questões particulares. O conhecimento da Lei Natural, nesse sentido, envolve a observação das especificidades do contexto no qual o homem se encontra inserido. Essa concepção de razão prática difere radicalmente da concepção moderna, que tem em Kant seu principal expoente.

A filosofia moral kantiana baseia-se num conceito de razão prática no qual não cabem aspectos sensíveis e empíricos. Para Kant (2004, p. 33), a legislação da moralidade, conceito fundamental de sua filosofia moral, são regras formuladas *a priori* e dependentes, exclusivamente, da própria razão humana.

Por sua vez a filosofia moral clássica pressupõe uma aproximação da ordem natural do mundo, na medida em que os preceitos naturais, derivados da razão prática, encontram-se vinculados à natureza do homem e das coisas. A razão prática, na perspectiva aristotélica, vincula a sabedoria e a práxis, tendo como elementos indispensáveis a experiência e a observação da realidade.

A correta compreensão da natureza contingente das escolhas morais responde a objeções dirigidas, principalmente por empiristas, à teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Para concepções empiristas, as diferenças culturais entre os homens impediriam o reconhecimento de uma essência humana. Porém, segundo

Santo Tomás, como a determinação dos preceitos naturais acontece por meio da razão prática, que diz respeito ao particular, admitir a conexão da Lei Natural com a natureza humana não implica dizer que a escolha entre o certo e o errado deva ser a mesma para todas as pessoas, em qualquer contexto. Pelo contrário, as circunstâncias culturais, os contextos nos quais se realizam as ações, devem, necessariamente, ser tomados em consideração para a determinação das escolhas morais.

Críticas, no mesmo sentido, dirigidas à teoria clássica do Direito Natural, afirmam que admitir a existência de uma natureza humana implica negar a historicidade do homem. Tal afirmação baseia-se no fato de que o homem encontra-se em constante evolução, tanto ao longo dos tempos, quanto ao longo da vida. No entanto, segundo a teoria clássica, reconhecer a existência de uma natureza humana não significa afirmar que o homem não modifica sua existência ao longo do tempo, tampouco nega o fato de que os homens sejam diferentes entre si. Significa simplesmente admitir, a partir de uma observação primária da realidade, um fato incontestável: o de que existem certos elementos específicos inerentes ao ser humano que permitem, para além de toda a diversidade das manifestações humanas, identificá-lo como homem.

2.2. A "autoridade legiferante"

Hans Kelsen, no ensaio *A doutrina do Direito natural perante o tribunal da ciência*, sustenta que "a natureza é concebida como um legislador, o supremo legislador". Em outra de suas obras sobre as doutrinas de Direito Natural (1998), ele afirma que o jusnaturalismo atribui à natureza a função de autoridade legiferante, como se os preceitos naturais fossem "normas que já nos são dadas na natureza anteriormente à sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis" (KELSEN, 1998, p. 71).

Para Santo Tomás de Aquino, os preceitos naturais não derivam de nenhum tipo de autoridade – seja ela humana ou supra-humana. A Lei Natural vincula-se à natureza humana e sua força deriva da razão prática. Dessa forma, a teoria clássica do Direito Natural não se apoia em qualquer tipo de voluntarismo, não sendo necessário, portanto, recorrer à vontade de nenhum ente dotado de autoridade para que se conheçam os princípios naturais. Conforme destaca Anthony Lisska (1996, p. 85, tradução nossa), um dos pressupostos filosóficos desta teoria é: "a razão tem prioridade teórica sobre a vontade".

Dessa forma, sob a perspectiva clássica, é equivocada a idéia de que as normas do Direito Natural preexistem ao homem como se tivessem sido criadas e postas por uma entidade superior, prontas para serem conhecidas por meio da razão. Segundo Roberto P. George (2004, p. 241, tradução nossa), "[a lei natural] é intrínseca aos seres humanos; suas referências fundamentais são os bens humanos que constituem o bem-estar e a completude humanos e, precisamente como tais, são causas para a ação".

Além disso, a Lei Natural, sendo a participação da Lei Eterna na criatura racional, não deve ser compreendida como se os seus preceitos estivessem impressos no ser humano. O que está impresso é a capacidade de conhecer tais preceitos, ou seja, "a capacidade de raciocínio do intelecto humano e a virtude da sindérese" (HERVADA, 2008, p. 348). Desse modo, a derivação dos princípios naturais é um ato de conhecimento da razão pela qual o homem, apreendendo coisas como boas ou más, conhece os preceitos concretos da Lei Natural.

2.3. O "caráter religioso" da doutrina jusnaturalista

Uma das críticas de Hans Kelsen (2001, p. 138) às teorias jusnaturalistas refere-se à suposta derivação dos preceitos naturais a

partir de uma autoridade legiferante. Para ele, o jusnaturalismo tem, necessariamente, um caráter religioso, na medida em que encontra o fundamento das regras de Direito Natural em Deus.

“Se a doutrina do Direito Natural for coerente, deve assumir um caráter religioso. Ela pode deduzir da natureza regras justas de conduta humana apenas porque e na medida em que a natureza é concebida como uma revelação da vontade de Deus, de tal modo que examinar a natureza equivale a explorar a vontade de Deus. Na verdade, não há nenhuma doutrina do Direito Natural com certa importância que não tenha um caráter mais ou menos religioso”.

Esse é um ponto central para a verdadeira compreensão da teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino. É comum a afirmação, baseada em leituras superficiais de suas obras, de que sua teoria tem um caráter predominantemente teológico. No entanto, uma análise aprofundada da descrição tomista do Direito e da prática do Direito revela que essa crítica não procede.

Como já observado, a Lei Natural, segundo Santo Tomás de Aquino, é a participação da Lei Eterna no ser humano. Esta, por sua vez, consiste na ordenação racional do mundo concebida por Deus. Em virtude disso, é evidente que não se pode prescindir da existência de Deus para a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, pode-se dizer que sua teoria tem um “caráter religioso” (Cf. GEORGE, 2004, p. 242). No entanto, tal aspecto não se aproxima da suposta derivação das normas naturais diretamente a partir da vontade de Deus, como sustenta Hans Kelsen.

Na teoria tomista, a Lei Natural deriva da Lei Eterna e, portanto, relaciona-se com a existência de um Criador. Não obstante, os preceitos naturais não decorrem diretamente Deste. Eles estão relacionados,

diretamente, com a natureza humana e com a razão prática. Como parte do plano divino para o mundo, Deus imprimiu no ser humano não um conjunto pré-estabelecido 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.

Portanto, o conhecimento da Lei Natural não dependerá da imposição de regras emanadas por Deus. O homem capta os princípios naturais, por meio da razão prática, a partir daquilo que ele apreende como “bom” e “mau”, de acordo com sua natureza. A Lei Natural não é um comando posto pela vontade de Deus, como a entende Kelsen.

Diante disso, percebe-se que a teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino relaciona-se, fundamentalmente, com a natureza humana e a razão prática. Por isso, pode ser descrita sem que haja a necessidade de um pressuposto religioso. Robert P. George (2004, p. 243, tradução nossa) sustenta que

“(…) parte da ordem criada – e não toda – tem também sentido e valor em virtude das contribuições da razão e da liberdade humanas (sendo que as próprias capacidades humanas são, como partes da ordem criada, preenchidas com sentido e valor em virtude da sabedoria e do livre arbítrio divinos). Esta parte da ordem criada é governada pelos princípios da razão prática pelos quais as criaturas livres e racionais ordenam suas vidas de acordo com as diretivas da razão prática. Precisamente neste sentido, a lei natural é ‘a participação da lei eterna na criatura racional’.”

Dessa forma, a teoria de Santo Tomás de Aquino realiza, com precisão, uma separação entre o domínio divino e o domínio profano, atribuindo a cada um seu espaço próprio. Dentro do plano divino,

apenas alguns são capazes, não por acaso, de conhecer a justiça divina. Por outro lado, Deus, como criador de todas as coisas, concedeu a todos os seres humanos a mesma capacidade para conhecer a justiça temporal e os princípios naturais por meio dos quais regulam suas condutas. E é justamente nesse espaço que o homem encontra uma esfera própria, profana, na qual tem a liberdade de determinar os princípios inerentes à sua essência e à realidade na qual se insere, segundo a liberdade e os atributos racionais que lhes foram concedidos por Deus. É justamente nesse aspecto que se pode dizer que o homem participa da ordenação racional do mundo.

Desse modo, o Direito Natural, para Santo Tomás de Aquino, não tem um fundamento teológico direto, na medida em que se situa exclusivamente no domínio próprio dos homens, ordenado segundo os princípios da Lei Natural. Esses preceitos naturais, por sua vez, são conhecidos pelos seres humanos a partir de sua natureza, por meio da razão prática, sem que, para isso, tenham que recorrer à justiça divina ou à vontade de Deus, situadas no seu domínio específico.

2.4. *A relação entre Direito Positivo e Direito Natural*

A relação entre Direito Natural e Direito Positivo na teoria jurídica clássica também é alvo das críticas de Hans Kelsen. Segundo ele, as teorias jusnaturalistas invocam a existência de um Direito natural superior, ao lado do Direito Positivo. A partir disso, Kelsen (2001, p. 142) questiona a necessidade das leis positivas, já que existe um Direito natural, perfeito, constituído de normas universais:

“Se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural – descobrir as regras do Direito natural por meio de uma análise da natureza; (...) então o Direito positivo é inteiramente supérfluo. Diante da existência de um ordenamento justo da sociedade, in-

teligível na natureza, a atividade dos legisladores positivos equivale a uma tentativa tola de fornecer iluminação artificial em pleno sol.”

Na doutrina tomista, é evidente a necessidade da Lei Humana (positiva). Santo Tomás argumenta que é necessário que os homens estabeleçam leis para sua própria paz e para o desenvolvimento das virtudes (TOMÁS, 2005, q. 95, a. 1). Robert P. George (2004, p. 250, tradução nossa) expõe duas razões pelas quais Tomás de Aquino defende a existência de leis postas pelos homens:

“Aquino sustenta que a lei positiva é necessária *tanto* porque os seres humanos, algumas vezes, precisam da ameaça da punição para impedi-los de fazer algo que a lei natural já proíbe (ou requer que eles façam algo que ela prescreve) como uma questão de justiça, *como também* porque estipulações impositivas são freqüentemente necessárias para coordenar a ação para o fim do bem comum.”

E, mais do que isso, a Lei Humana deve ser derivada dos princípios da Lei Natural. Santo Tomás argumenta da seguinte forma:

“Nas coisas humanas, diz-se que algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão. A primeira regra da razão, entretanto, é a lei da natureza, como fica claro pelo acima dito. Portanto, toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei” (TOMÁS, 2005, q. 95, a. 2).

Desse modo, a Lei Natural, compreendida como a manifestação primária da razão humana, deve fundamentar as regras criadas pelos homens. E uma vez criada, a Lei Humana, deve ser observada sempre em conformidade com os princípios da Lei Natural. Isso afasta outra objeção de Hans Kelsen (2001, p. 148-149) sobre a relação

entre Direito Positivo e Direito Natural nas teorias “jusnaturalistas”:

“Há um princípio advogado por todos os principais representantes da doutrina do Direito Natural, por meio do qual um conflito entre o Direito natural e o Direito positivo – caso se admita que isso é possível – é privado de qualquer efeito que possa ser perigoso para a autoridade jurídica estabelecida: trata-se do dogma de que, sob a lei da natureza, não há um direito, ou há apenas um direito restrito, de resistência.” (KELSEN, 2001, p. 148-149).

Tomás de Aquino certamente não figura entre os teóricos considerados por Kelsen como “os principais representantes da doutrina do Direito Natural”. Para Santo Tomás, a observância das regras humanas, uma vez criadas e promulgadas por aquele que tem o governo de uma comunidade, não é automática. Uma lei pode ser contrária aos princípios naturais e, conseqüentemente, ao bem comum. Nesse caso, ela é, na verdade, uma “perversão” de lei (TOMÁS, 2005, q. 92, a. 1) e gera a prerrogativa, para seus destinatários, de não a observarem, a não ser que sua inobservância provoque prejuízos ainda maiores (Idem, q. 96, a. 4). Assim, ao contrário do que afirma Hans Kelsen, a teoria de Santo Tomás de Aquino reconhece o direito pleno de resistência contra as leis contrárias à Lei Natural (Cf. GEORGE, 2004, p. 252-259).

2.5. A “falácia naturalista”

Outra objeção comum às teorias de Direito Natural, também presente na crítica de Kelsen (2001, p. 140), sustenta que as teorias jusnaturalistas incorrem na chamada “falácia naturalista”. De acordo com essa crítica, ao realizarem a “dedução” de valores a partir da natureza (mundo fático), isto é, ao derivarem um dever-ser do ser, as teorias de Direito Natural cometem um erro lógico:

“O valor não é imanente à realidade natural. Portanto, o valor não pode

ser deduzido da realidade. Não se conclui, do fato de que alguma coisa é, que ela deva ser ou deva ser feita, ou que não deva ser ou não deva ser feita. (...) Não existe nenhuma inferência lógica a partir do ‘é’ para o ‘dever-ser’, da realidade natural para o valor moral ou jurídico.”

No entanto, essa objeção não pode ser imputada à teoria naturalista clássica. Seguindo a ética aristotélica, os valores – isto é, os fins ou bens buscados pelo homem – não se encontram em uma ordem distinta do mundo fático. Esses bens ou valores (“ordem do dever-ser”) nada mais são do que desdobramentos da realidade (“ordem do ser”), pois são os fins aos quais se dirigem as inclinações componentes da natureza humana.

Nesse ponto, é necessário compreender o conceito de natureza humana na perspectiva clássica, que tem um sentido diferente daquele atribuído pela teoria moral moderna. As substâncias primárias que constituem a natureza humana, enquanto disposições, não são estáticas, como afirmam as teorias modernas, mas estão em pleno desenvolvimento. A natureza humana, portanto, é constituída por inclinações naturais que se orientam sempre em direção à realização de um fim (*telos*), consistente em um bem. O fim supremo buscado pelo homem, de acordo com suas inclinações naturais, é a *beatitudo* ou, na terminologia aristotélica, *eudaimonia*, traduzida para a língua portuguesa por felicidade ou ‘florescimento’.

A partir dessa concepção dinâmica de natureza humana, Alasdair MacIntyre (2001, p. 253), em *Depois da Virtude*, afirma que os juízos sobre o que é bom ou justo, na ética aristotélica, são “declarações factuais”, baseadas em uma biologia metafísica e, por isso, não significam uma falácia:

“Os seres humanos, bem como os membros de todas as outras espécies, têm uma natureza específica; e essa natureza é tal que eles têm

certos objetivos e metas, de modo que se movimentam pela natureza rumo a um *telos* específico. O bem é definido segundo suas características específicas.”

Anthony Lisska (1996) desenvolve o mesmo argumento, sustentando que a dicotomia fato/valor não se adequa à descrição clássica de Direito Natural, pelo fato desta implicar uma análise metafísica realista da natureza humana. Segundo Lisska (*Idem*, p. 199, tradução nossa), compreendendo a natureza humana como um conjunto de propriedades dinâmicas, direcionadas a determinados fins (bens), não se pode inferir que um valor foi derivado de um fato:

“Não há fato/valor dicotomia porque o ‘valor’ – neste caso, o ‘fim’ do processo natural – é o resultado do normal desenvolvimento do fato – neste caso, a propriedade disposicional. Não há nenhuma bifurcação radical entre fato e valor porque o valor – *i.e.* o ‘bem’ – nada mais é do que o desenvolvimento do processo estruturado pela natureza do conjunto de disposições. Segue-se, então, que um valor não é derivado de um fato através do processo de ‘adição’ de um valor ao fato. (...) O ‘fato’ desenvolve-se para o ‘valor’, tudo no plano natural.”

Michel Villey (2005) demonstra que a doutrina aristotélica, na qual Santo Tomás se baseia, oferece uma noção de natureza muito diferente daquela desenvolvida pelos teóricos modernos. A natureza, entendida como princípio da operação, não é um dado estático, como a Modernidade a compreende. Sua compreensão exige, também, o estudo das causas finais, ou seja, os fins aos quais se destinam todas as coisas. Nesse sentido, a observação da natureza constitui uma atividade valorativa, na medida em que exige a diferenciação entre aquilo que é conforme os fins e aquilo que, por desviar-se de sua finalidade, é ruim ou injusto. Partindo dessa compreensão de natureza, é plenamente possível estabelecer um “dever-ser” a par-

tir de um “ser”, já que os valores são uma decorrência necessária da natureza.

A afirmação de que os juízos de valor decorrem, naturalmente, do mundo fático é perfeitamente compreensível sob a perspectiva da filosofia clássica. No entanto, é algo que os teóricos modernos e seus seguidores não aceitam. Na verdade, é uma ideia que o pensamento contemporâneo, no contexto do liberalismo transformado em tradição (MACINTYRE, 1991), não consegue assimilar bem. Nesse sentido, é preciso compreender as objeções de Kelsen às teorias jusnaturalistas dentro do contexto específico da filosofia moral moderna e contemporânea, isto é, dentro da tradição liberal. Dessa forma, suas críticas, do ponto de vista da tradição aristotélico-tomista, são, na verdade, a expressão da desordem em que se encontram as ideias e as discussões morais na Modernidade.

Essa característica determinante da moralidade na Modernidade é analisada em *Depois da Virtude* de MacIntyre (2001), em que sustenta ter ocorrido, na passagem da Idade Média para a Modernidade, uma ruptura com a tradição aristotélica, levando à perda das bases práticas e filosóficas que justificavam os conceitos utilizados no debate moral. Não obstante, filósofos modernos se empenharam na realização do projeto de justificação racional da moral, que culminou, após uma sucessão de fracassos, na aceitação geral (e muitas vezes auto-congratatória, como é o caso, por exemplo, de Moore) da tese emotivista. A tese emotivista defende que “*não existe e não pode existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem*” (MACINTYRE, 2001, p. 43). E mais, segundo MacIntyre (2001, p. 48), a nossa cultura absorveu essa tese a tal ponto que podemos afirmar que vivemos em uma cultura predominantemente emotivista.

Desse modo, prepondera a tese, na Modernidade, de que o que é certo ou errado

depende das convicções pessoais de cada um. Isso se manifesta no relativismo kelseniano. Para Kelsen, a questão da justiça é, e não pode deixar de ser, uma questão de escolha do indivíduo. Em termos kelsenianos, “a questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base de nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas (...)” (KELSEN, 1998, p. 14).

3. Conclusão

Examinando as objeções de Hans Kelsen, especialmente aquelas contidas no ensaio *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência*, não é difícil constatar que elas não atingem a teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino, pois aquilo que Kelsen compreende como “a doutrina do Direito Natural” não abrange a descrição tomista do Direito e da prática do Direito.

Assim, a crítica elaborada por Kelsen refere-se, exclusivamente, às teorias modernas de Direito Natural. E, mais do que isso, sua crítica, como um todo, reflete como a Modernidade compreende o Direito e a prática do Direito e o quanto essa compreensão se afastou do pensamento jurídico e filosófico clássicos.

Desde a Antiguidade, em Aristóteles, passando pela jurisprudência romana e culminando em Santo Tomás de Aquino, o entendimento predominante era o de que o Direito Natural constituía uma parte do sistema jurídico, ou seja, era Direito vigente. Apenas na Modernidade, com o surgimento do positivismo jurídico, inicia-se um processo de verdadeira distorção da concepção de Direito Natural.

O pensamento moderno compreende o Direito como nada mais do que um conjunto de normas postas pelo Estado. O Direito Natural, aos poucos, foi sendo reduzido a uma ideia e seus preceitos se tornam princípios *a priori* deduzidos da razão. Mas

essa compreensão do Direito Natural é não apenas recente em termos históricos, como também desconectada da tradição clássica do Direito Natural.

Seria inconcebível, por exemplo, no contexto da teoria aristotélica, sequer pensar a possibilidade de dedução dos preceitos naturais direta e exclusivamente da razão humana. Um dos pressupostos metodológicos da teoria naturalista clássica é a observação da realidade, das experiências da *poleis*. Também a separação radical entre valor e realidade, premissa constante das teorias jurídicas modernas, não encontra lugar no pensamento clássico. Para Aristóteles e Tomás de Aquino, é perfeitamente possível derivar um valor a partir da “ordem do ser”. Nesse sentido, as normas de conduta humana são uma decorrência natural do desenvolvimento da natureza humana em direção a determinados fins.

A ruptura do pensamento moderno com a ética aristotélica levou à incapacidade de compreensão dessa noção dinâmica da realidade. Quando, nas teorias jusnaturalistas modernas, os preceitos naturais são derivados da natureza, esta já não se constitui mais em uma ordem externa, mas sim na natureza individual do homem e em sua razão interna, que se quer libertada de toda “superstição”.

E é exatamente dessa incapacidade de compreender que os valores podem decorrer naturalmente da realidade, e que, por isso, têm um fundamento objetivo e impessoal, que deriva a necessidade das teorias modernas em atribuir o fundamento das normas à vontade de alguém ou de uma coisa.

Portanto, as teorias jusnaturalistas modernas, distorcendo os conceitos aristotélicos, percorreram vias diferentes, sem encontrarem uma solução: ou dotam a natureza de vontade; ou atribuem à divindade a autoridade de criar e impor as leis naturais; ou atribuem à razão humana a capacidade de deduzir suas próprias normas, sem qualquer compromisso com

o mundo exterior. Contra essas concepções jusnaturalistas, e apenas contra elas, valem as críticas de Hans Kelsen.

Hans Kelsen é o exemplo de teórico do Direito capaz de reunir e levar ao extremo, com coerência e profundidade, as características típicas da Modernidade. Sua crítica ao jusnaturalismo desenvolve-se a partir de elaborações teóricas modernas que fracassaram na tentativa de preencher o vazio causado pela ruptura com o pensamento clássico. Desse modo, suas objeções atingem apenas as teses inseridas dentro desse mesmo contexto teórico, ou seja, as teorias jusnaturalistas modernas.

A teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino, enquanto radicalmente fundamentada no pensamento jusfilosófico clássico, não se enquadra naquilo que Hans Kelsen compreende como a “doutrina do Direito Natural”. Nesse sentido, a crítica kelseniana se mostra incapaz de se fazer valer contra a teoria de Santo Tomás de Aquino. Além disso, e ainda mais importante, a análise das objeções de Hans Kelsen às teorias jusnaturalistas evidencia a necessidade de se resgatar o realismo jurídico clássico para que se possa enfrentar, com profundidade e coerência, questões fundamentais referentes à justiça e ao Direito. Questões que não foram bem respondidas nem por jusracionaisistas nem por juspositivistas.

Referências

- TOMÁS, Aquino de, Santo. *Suma Teológica*. v. 5, II Seção da II Parte – Questões 1-56. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. *Suma Teológica*. v. 4, I Seção da II Parte – Questões 49-114. São Paulo: Loyola, 2005.
- _____. *Suma Teológica*. v. 6, II Seção da II Parte – Questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005a.
- GEORGE, Robert P. Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine. In: GOYETTE, John; LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. *St. Thomas Aquinas & the natural law tradition: contemporary perspectives*. Washington: The Catholic University of America Press, 2004.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LISSKA, Anthony. *Aquina's theory of natural law: An analytic reconstruction*. Oxford University Press, 1996.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução Jussara Simões; Revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.
- _____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.