

CRÍTICA À LEITURA DE HANS KELSEN SOBRE A FILOSOFIA DO DIREITO DE THOMAS HOBBS

CRITICAL READING OF HANS KELSEN ON LEGAL PHILOSOPHY OF THOMAS HOBBS

Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹

Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Rubin Assis de Souza²

Mestre em filosofia (UFPel) e mestrando em Direito – PPGD/UFSC

RESUMO: O artigo analisa a leitura crítica de Hans Kelsen acerca da concepção jurídico-política de Thomas Hobbes, considerando críticas posteriores à própria interpretação de Kelsen. Para tanto, investigou-se primeiramente a posição de Kelsen sobre o jusnaturalismo buscando esclarecer conceitos centrais como os do ser e dever-ser e como o autor os associa a Hobbes. Nesse sentido, observou-se a limitação da leitura de Kelsen em

relação à filosofia jurídica do autor – uma doutrina jusnaturalista metafísica, tendo na regra de ouro o fundamento natural para o direito positivo. Em contraposição, procurou-se apresentar uma postura crítica, que contesta a posição jusnaturalista atribuída a Hobbes e sustenta a tese de que o autor inglês é um precursor do positivismo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Kelsen; Hobbes; jusnaturalismo; juspositivismo.

¹ Possui pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidad de Granada, Espanha, Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Autor de diversas obras jurídicas de direito público e artigos para periódicos e revistas científicas.

² Professor substituto do curso de filosofia da UFSC, bolsista CAPES.

ABSTRACT: *The article analyzes the critical reading of Hans Kelsen on the legal-political conception of Thomas Hobbes, considering critics of own interpretation of Kelsen criticism. To do so, first we investigated the position of Kelsen on jusnaturalism seeking to clarify the central concepts of being and must-be and how the author associates them with Hobbes. In this sense, there was a limitation of reading Kelsen's legal philosophy in relation to the author – one metaphysical doctrine of natural law, and the golden rule of the natural foundation for the positive law. In contrast, we sought to provide a critical position, challenging the natural law position assigned to Hobbes and supports the thesis that the English author is a precursor of legal positivism.*

KEYWORDS: *Kelsen; Hobbes; jusnaturalism; juspositivism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As teses de Hans Kelsen sobre o jusnaturalismo; 2 A concepção jusnaturalista de Hobbes segundo Kelsen; 3 Críticas à concepção jusnaturalista – Hobbes como precursor do positivismo jurídico; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Hans Kelsen's theses on natural law; 2 The natural law conception of Hobbes second Kelsen; 3 Criticism of the natural law conception – Hobbes as a forerunner of legal positivism; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo, preliminarmente, procura apresentar sucintamente as teses de Hans Kelsen sobre a concepção jusnaturalista de Thomas Hobbes e uma posterior crítica sobre as suas hipóteses. Tal investigação mostra-se importante na medida em que contribui para elucidar a forma como a filosofia política de Hobbes foi recepcionada, tanto por jusnaturalistas quanto por juspositivistas hodiernos, especialmente pela leitura de Kelsen.

Inicialmente, procura-se dar ênfase ao caráter dogmático conferido à doutrina jusnaturalista de Hobbes, pela interpretação de Kelsen, tendo demonstrando, este último, a pretensa irracionalidade dos pressupostos hobbesianos para legitimar o Direito. Com tal procedimento, fica esclarecida a suposta função do jusnaturalismo hobbesiano para Kelsen – uma função exclusivamente conservadora e reacionária, embora mais sincera do que as teses de seus predecessores e contemporâneos jusnaturalistas –, pois admite o legalismo e conservadorismo em que recaem todas as teses metafísicas postulantes de um direito natural.

Logo a seguir, apresenta-se o contraponto à leitura kelseniana por meio de uma interpretação mais atual de autores que irão redimensionar o contexto histórico de Hobbes e seus artifícios retóricos para fundamentar o direito por meio do *Leviatã*. Ficará demonstrado que a filosofia jurídica de Hobbes não pode ser lida apenas sob a ótica da metafísica naturalista clássica. Analisando-se as considerações propostas pelo filósofo inglês, verifica-se a necessidade de interpretá-lo ponderando os conceitos de lei civil pela sua não necessária contradição com o direito natural e a irreversível formação da sociedade civil.

Considera-se, por fim e como já mencionado, o contexto histórico em que estão inseridos alguns intérpretes contemporâneos que irão rever a leitura de Kelsen sobre Hobbes. Para tal fim, adota-se um procedimento investigativo-bibliográfico, remetendo-se a algumas das obras de relevância para a filosofia do direito que citam o autor inglês e contestam a interpretação de Kelsen, tais como Bobbio, M. Villey e Simone Goyard-Fabre.

1 AS TESES DE HANS KELSEN SOBRE O JUSNATURALISMO

Hans Kelsen, já na teoria pura do direito, averigua os objetivos e princípios do jusnaturalismo e conclui a irrelevância de tais argumentos para a validade de uma ordem jurídica sustentando o aspecto exclusivamente teológico da doutrina, sendo que a mesma requer sempre a derivação de um *dever-ser* por meio de um *ser*. Argumento que necessariamente peticionará princípios por ser evidentemente uma falácia naturalista. Essa hipótese, argumenta Kelsen, necessariamente postula a ideia de uma divindade, seja ela na forma naturalística, seja na forma de razão prática, ou mesmo irracional e teocrática (Kelsen, 2006, p. 74 e ss.). Isso porque não há na possibilidade do conhecimento humano distinguir o que é natural ou não.

Os objetivos de uma teoria do direito natural, segundo o autor, são apenas manter uma técnica absolutista e arbitrária de domínio invariavelmente antidemocrática: um verdadeiro pensamento de “peixe grande”, diz o autor. Para Kelsen, na natureza o peixe grande engole o pequeno e não se justifica por tal; entre os humanos, entretanto, o peixe grande teme ser engolido por um maior, o que lhe autolegitima criar uma justificativa ilusória de absolutismo moral em que a sua vontade adquire *status* de obrigação universal capaz de submeter o adversário, ou os valores opostos, ao seu julgo (Kelsen, 2001, p. 9).

Conforme o jusnaturalismo, afirma Kelsen, a natureza funciona como autoridade normativa, como legisladora dos valores humanos. Quem está de

acordo com suas normas atua justamente. Tais normas são consideradas imanentes à conduta humana, a qual é descoberta, no jusnaturalismo racionalista, por meio de uma atenta análise do comportamento, sendo, portanto, cognoscíveis. Não são normas do direito positivo, variáveis no tempo e no espaço, mas normas dadas anteriormente ao surgimento do Estado e do Direito, com características sobre-humanas de invariabilidade e imutabilidade. São, sempre, normas ilusórias de um conhecimento *numênico* inacessível (Kelsen, 2003, p. 71).

Como, no entanto, a natureza encontra-se em constante mutação, isto é, como o *ser* da natureza é um constante *dever*, um *tornar-se a ser*, as normas da natureza não podem constituir um conhecimento da regularidade observável do acontecer fático. Apenas é cognoscível a permanência das mutações dos fenômenos naturais concretos fenomenologicamente fundamentados por meio de um método transcendental do contexto dos estados de coisas, ou seja, sob iguais condições surgem as mesma consequências, mas o oposto não pode ser descartado³. Ou, apenas o conhecimento, entendido kantianamente da satisfação da convicção tanto subjetiva quanto objetiva, fenomenológico, possui fundamento válido em Kelsen. Quando a doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa, o que faz é transformar regras do “ser” em normas do “dever-ser” através de uma tese cognitivista-realista e produzir a ilusão de um valor imanente à realidade, representadas como fins objetivos da natureza, isto é, a natureza é interpretada como um todo ordenando com uma finalidade conhecida por privilegiados. Ou seja, é apenas uma concepção metafísico-religiosa do mundo, que se radica na ideia de que a natureza foi criada por uma autoridade transcendente, incorporadora em si do valor moral absoluto ou do acontecer fático da realidade (Kelsen, 2003, p. 73).

Neste sentido, as normas ditas naturais (o jusnaturalismo) adquirem sempre um caráter teológico, as quais obrigatoriamente admitem que a natureza possa ser encontrada a partir de um direito justo. A natureza poderia ser interpretada, assim, como um todo organizado com uma finalidade quando se admite que sejam postos certos fins ao acontecer natural por aparte de uma vontade transcendente. Como tal, essa validade é tida como absoluta e imutável, como consequência exclusiva da sua origem divina cognoscitivamente acessível

³ Sobre o método de fundamentação epistemológica adotado por Kelsen na teoria geral das normas, *vide* TGN, 1986.

por poucos privilegiados, os quais governarão de forma incontestada (Kelsen, 2003, p. 75).

O que visa ao direito natural, dessa forma, consciente ou inconscientemente, afirma Kelsen, não é uma função revolucionária, como de costume se acredita, mas tem sempre uma função reacionária, pois sempre acaba legitimando o detentor do poder, dando-lhe atributos políticos incontestáveis, vistos serem “naturais” ou “humanos”. Ou seja, há sempre um caráter conservador no jusnaturalismo, exercendo a função de justificar indiscriminadamente as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Tal como apresentado por seus defensores, o jusnaturalismo serviu para justificar as ordens jurídicas existentes e as suas instituições políticas e econômicas como naturalmente harmônicas. Ou seja, um caráter inteiramente político conservador (Kelsen, 2003, p. 106). Ora, depois da mudança revolucionária do Estado, depois da “práxis” revolucionária estar em conjunto ao andar da história, obviamente o governo revolucionário impedirá qualquer tipo de mudança, pois logicamente a negação da negação é a própria afirmação do primeiro argumento negado. O que de fato, racionalmente, não se sustenta. Como afirma Kant na dialética transcendental, proposições com pretensão de verdade e válidas, sendo opostas, são contraditórias e, portanto, um erro lógico e formal (Kant, 2005, p. 273 e ss.)⁴.

Essa mesma postura antijusnaturalista kelseniana ocorre quando o autor interpreta Thomas Hobbes – todos os elementos anteriormente expostos do jusnaturalismo são imputados também a Hobbes. Para Kelsen, o autor inglês é lançado ao rol dos absolutistas morais, tais como Platão, Aristóteles e Kant, e, portanto, um adversário da doutrina pura e do positivismo jurídico. Hobbes, entretanto, é diferenciado dos outros jusnaturalistas por ter mais facilidade e coerência em encontrar um argumento capaz de motivar o sujeito a sair do estado de natureza e fundar o estado civil, justificando o seu conceito de justiça como invariavelmente relacionado com a legalidade e, conseqüentemente, reconhecendo seu conservadorismo metafísico legalista. Vejamos no próximo capítulo tal compreensão e como é articulado por Kelsen a variável da regra do outro como fundamento cognoscitivo do direito natural em Hobbes.

⁴ A tese do surgimento da doutrina jusnaturalista também pode ser compreendida a partir da obra *A ilusão da justiça*, de Kelsen, na qual o autor sustenta o homossexualismo reprimido de Platão como origem da ilusão da justiça absoluta e, conseqüentemente, a ilusão de um jusnaturalismo (Kelsen, 2000).

2 A CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA DE HOBBS SEGUNDO KELSEN

A citação de Kelsen sobre a filosofia política e jurídica de Hobbes está presente essencialmente no artigo “A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência”, sistematizada na edição brasileira “O que é justiça?” (Kelsen, 2001, p. 137 e ss.).

Para Kelsen (2001, p. 137), Hobbes, apesar de se manter fiel aos conceitos jusnaturalistas, é o único filósofo a evitar a contradição de justificar e validar o direito positivo por meio do direito natural na medida em que aquele corresponda a esse – em Hobbes, o direito positivo suplanta a suposta natureza egoística dos homens, os quais no estado de natureza têm uma vida curta e vã, pois estão em constante enfrentamento, consequência da igualdade natural, a qual equipara todos com as mesmas forças e habilidades, levando-os à indefinição de ordem e hierarquia na distribuição dos bens primários, tais como a vida, a propriedade, etc. No estado de natureza, nenhum valor está garantido, porque sedo todos iguais e as forças equivalentes, a vida tornar-se-ia um constante embate para a garantia desses bens mais básico.

Portanto para Hobbes, diferentemente dos outros autores jusnaturalistas estudados por Kelsen, o direito positivo não é supérfluo diante da existência de um ordenamento justo presente nos homens na condição do estado natural; não é uma atividade dos legisladores em tentar “iluminar a luz do sol” (Kelsen, 2001, p. 142), tal como a contraditória doutrina de Rousseau e Kant. Nesse sentido, não há a contradição, na filosofia política de Hobbes, existente na maior parte das doutrinas do direito natural – a qual sustenta que a natureza humana é fundamentalmente boa, mas são necessários institutos positivos para reprimir a “maldade natural humana” e garantir a propriedade privada (Kant) ou a liberdade individual (Rousseau). Se de fato à natureza humana atribui-se a bondade, e a corrupção à sociedade civil, não há justificativa forte o suficiente para motivar a saída daquele estado natural para o Estado civil.

Hobbes, segundo Kelsen, sustenta então que o reconhecimento da igualdade no direito natural tem a competência de legitimar o poder ilimitado para o homem em estabelecer o direito positivo, o qual instituirá uma hierarquia positiva responsável pelo encerramento dos conflitos egoísticos: não serve de arquétipo para a política do Estado e da nação, mas apenas justifica a criação de um ser artificial, fundado por contrato, pela vontade das partes, responsável pelo não regresso do homem civilizado ao seu estado natural egoístico. O homem no seu estado de natureza, supõe Hobbes, é egoísta, e, portanto, uma

ordem artificial é criada no intuito de civilizá-lo, garantido assim a convivência e aumentando-lhe a força por meio da soma da força dos indivíduos (Kelsen, 2001, p. 143). Nesse sentido, a igualdade natural é considerada pejorativamente por Hobbes, a qual será responsável pela guerra de todos contra todos.

Essa linha de argumentação, para Kelsen, equivale à negação lógica, embora autorreferente, do direito natural pelo próprio direito natural. Hobbes originalmente não põe o direito positivo na posição subalterna ao direito natural, mas o equipara quando o considera a garantia do não retorno ao estágio primitivo. Nesse sentido, o argumento de Hobbes vai além e sustenta que o próprio direito positivo de forma alguma pode ser contraditado pelo direito natural, porque o direito civil é, como tal, também parte dos ditames da natureza. Portanto a obediência ao direito civil também é uma ordem da lei da natureza. Ou seja, o direito não pode ser contrário à razão. Enfim, há a identificação do direito positivo com o direito natural, não a superioridade desse em legitimar ou orientar aquele (Kelsen, 2001, p. 145). Assim, o direito positivo não pode ser contra ou favorável à razão e, portanto, o direito natural não traça arquétipos ao legislador, cuja não observância geraria o conflito entre o soberano e a sociedade civil.

A questão posta por Kelsen a partir desse ponto refere-se a qual tipo de razão Hobbes se refere. Segundo Kelsen, Hobbes não alude a nenhuma razão particular, da qual surgem inevitáveis e ilimitadas contradições, contestações e equívocos. Também a razão política hobbesiana não se coaduna com uma lógica formal ou uma razão prática tomista. Para Hobbes, apenas a razão do Estado, da nação, determina o conteúdo do direito, e esse direito é tanto positivo quando simultaneamente direito natural. Essa razão do Estado é a razão de seu comandante, do seu representado e, portanto, não contraditória, pois não há hierarquia maior à dele. Assim a razão do Estado é, concretamente, a própria vontade do soberano. Mesmo quando haja qualquer contradição normativa, o problema pode ser facilmente solvido por meio da interpretação ou mesmo a alteração da norma unicamente pelo soberano⁵ (Kelsen, 2001, p. 145).

Para Kelsen, torna-se evidente que, nessa doutrina, o direito natural não tem nenhuma outra função que não a de justificar o direito positivo, qualquer que seja o governo – um jusnaturalismo legalista que procura nos princípios da autodefesa e da paz sua base argumentativa para o arbítrio estatal na figura do governante. Essa figura do governante está fundada na necessidade dos

⁵ Vide Hobbes, 2004, p. 215 e ss., sobre a interpretação normativa.

indivíduos abandonarem o caótico estado de natureza, os quais, necessariamente para Hobbes, escolhem outro tipo de liberdade para sua sobrevivência. Abdica-se da liberdade natural para promover a liberdade civil, a qual sustenta a existência de um impedimento legítimo de movimentos físicos dos cidadãos. Esse impedimento de movimentos, ou seja, a tese mecanicista de Hobbes, é uma escolha dos indivíduos cedendo um tipo de liberdade, natural, por outra, civil, mais restrita, porém sustentável. Ocorre que essa liberdade garante o bem principal para Hobbes – a vida –, sendo esta fundamentada por uma regra que suplanta a simples vontade (razão) do soberano – a regra de ouro, isto é, só fazer aos outros o que se quer para si mesmo.

Para Kelsen, então, não há que se interpretar Hobbes como um precursor do juspositivismo porque o autor ainda requer princípios metafísicos tais como a vida individual e a sua proteção como base da formação do Estado e do Direito. Tem-se, nesse sentido, na regra de ouro, a racionalização típica do contratualismo seiscentista de Hobbes como fundamento essencialista do conceito de humanidade e Estado, com diversos problemas epistemológicos – uma petição de princípios e uma falácia naturalista. Estaria, para Hobbes, na essência humana superar o egoísmo do estado de natureza por meio da formação de uma sociedade civil, fundamentado tal essência na própria regra de ouro.

Para Hobbes, portanto, apenas a razão do Estado e o direito positivo são legítimos, sendo as opiniões e requisições dos autores e filósofos moralistas inteiramente subjetivas e não representativas da razão do Estado e do Direito, tudo fundado na suposta racionalização da reciprocidade da regra de ouro. Todos os julgamentos, exceto do soberano, são subjetivos e tratam de forma relativa o que se considera bem e mal. A indeterminabilidade é oriunda das concepções empirista e emotivista que Hobbes tem acerca da moralidade comum. Para o autor, bem e mal são criações e nomeações dadas por diferentes doutrinas e significam a diversidade dos nossos apetites e aversões. Tais discordantes opiniões dos filósofos estão determinadas por variados temperamentos e costumes de onde se encontram, não apenas pelo desagrado dos sentidos, mas também pela noção de conformidade com a vida comum do doutrinador. Desta conturbada discussão doutrinária e filosófica surgem controvérsias e disputas que, por fim, levam à guerra (Kelsen, 2001, p. 146).

Consequentemente, Hobbes argumenta que a indefinibilidade das chamadas leis da natureza da sua época são excessivamente discordantes, contraditórias e inconciliáveis. Todos os autores haviam falhado em definir leis e direitos naturais, tal como foram infelizes na definição de uma natureza humana.

Como consequência das diferenças de juízos de valor surgem rompimentos da paz fruto da discordância da consideração do bem e mal, do certo e errado, mesmo para as medidas comuns dos homens (Kelsen, 2001, p. 146).

Para Hobbes, portanto, a medida comum, ou a reta razão, conceitos cultivados durante a patrística e a escolástica, são discordantes entre si e inflexíveis diante dos argumentos opostos. A descoberta da razão natural não foi elucidada pelos filósofos a ponto de criar arquétipos ao comando do soberano e fundamentos para o desrespeito à lei civil. Considera Hobbes que a correta razão é inexistente para a massa de indivíduos; tal ocorre apenas quando um homem, deva ocupar, através da sua vontade, lugar do soberano. Esse ditará (ou promulgará, no caso de uma república) o correto e o justo e possuirá a razão do Estado: o que é correto ou errado, vício ou virtude é assunto de sua exclusiva competência. Ou seja, não é o indivíduo quem delibera sobre a lei natural, mas apenas o Estado personificado na figura do seu soberano, apoiado sobre a regra de ouro. Nesse sentido, Kelsen cita Hobbes (Kelsen, 2001, p. 147):

A interpretação das leis da natureza em uma nação não depende dos livros de filosofia moral. A autoridade dos autores sem a autoridade da nação não faz de suas opiniões Direito, por mais verdadeiras que sejam. Aquilo que escrevi neste Tratado no que concerne às virtudes morais e à sua necessidade para prover e manter a paz, embora seja a verdade evidente, não é agora Direito por causa disso; mas sim porque, em todas as nações do mundo, é parte do direito civil; pois, embora seja razoável naturalmente, é pelo poder soberano que é Direito; do contrário, seria um grande erro chamar as leis da natureza Direito não escrito; por isso vemos tantos volumes publicados, e neles tantas contradições de um para outro e deles consigo mesmos.

Desta forma, Hobbes é visto por Kelsen como qualquer outro jusnaturalista, entretanto mais legalista, sincero e consequente. Não vê uma função revolucionária em Hobbes, mas conservadora, a consequência inevitável de qualquer jusnaturalismo. Conclui-se, assim, que Hobbes também compõe a chamada doutrina naturalista do Direito, a qual irá requerer regras da razão dadas anteriormente ao direito posto. Ocorre que Hobbes, segundo Kelsen, é mais consequente que seus contemporâneos, afirmando o caráter legalista desse jusnaturalismo – a lei da natureza, apresentada por Hobbes como a regra

de ouro (não fazer aos outros o que não queres que te façam), não justifica a rebelião ou a contraposição das normas do Estado, mas apenas o justifica na forma de necessidade natural humana para a sobrevivência⁶. A filosofia de Hobbes, nesse sentido, destaca-se pela sinceridade na exposição de tal indubitável consequência legalista e conservadora da regra moral. Ocorre que todas as versões do direito natural tem essa função, mas seus doutrinadores não a reconhecem sinceramente nos primeiros argumentos de suas obras. As doutrinas metafísicas, diferentemente de Hobbes, são abstrusas unicamente tendo em vista o que Hobbes admite abertamente em sua filosofia jurídica – *o princípio do direito natural é justificar a ordem vigente*.

Dentro dessa leitura, pode-se classificar Kelsen na interpretação postulante por um Hobbes jusnaturalista e não juspositivista de acordo com a interpretação classificatória de Mark Murphy (*Was Hobbes a Legal Positivist?*) (Murphy, 1995, p. 845 e ss.), o qual, da mesma forma, dá ênfase à interpretação do direito natural, isto é, uma liberdade natural, anterior à lei civil, ou seja, uma obrigação autorizada por um direito anteriormente nomeado. Nesse sentido, para os filósofos, tanto Kelsen quanto Murphy, Hobbes não abdica do direito natural em nenhum momento de sua obra para justificar um legalismo positivista do soberano. Há de se considerar também a lacuna deixada por Hobbes quando sustenta a possibilidade de revolta dos cidadãos na hipótese do soberano não mais corresponder às necessidades do homem em manter-se vivo e íntegro fisicamente e com garantias de reciprocidade na consecução da sociedade civil – essa seria, para Hobbes, a forma principal da aplicação da regra de ouro. Dentro das críticas desenvolvidas por Kelsen ao jusnaturalismo, a dirigida a Hobbes insere-se na tentativa de racionalização de um dogma da liberdade e da garantia da paz, e, conseqüentemente, Hobbes também recai na derivação do *dever-ser* pelo *ser*, consequência inevitável para todo jusnaturalista.

3 CRÍTICAS À CONCEPÇÃO JUSNATURALISTA - HOBBS COMO PRECURSOR DO POSITIVISMO JURÍDICO

A leitura de Kelsen sobre o direito natural de Hobbes não foi seguida pelos seus sucessores positivistas, tais como Bobbio e Simone Goyard-Fabre. Para tais autores, há de se criticar a visão de Kelsen sobre a filosofia política e jurídica de Hobbes e vê-lo como um precursor do positivismo jurídico.

⁶ A regra de ouro como máxima de ação em Hobbes aparece no *Leviatã* no capítulo XV, como outras regras da natureza. Também Hobbes, 2004, p. 211.

O primeiro filósofo a destacar a interpretação juspositivista de Hobbes utilizado por nós neste artigo será Bobbio, essencialmente na obra *O positivismo jurídico* (Bobbio, 1995). Segundo o filósofo italiano, pode-se, ao contrário do pensamento de Kelsen, aproximar a filosofia jurídica de Hobbes aos primórdios do positivismo jurídico, encontrando no *Leviatã* elementos fundamentais para a fundação da escola positivista do Direito.

Segundo Bobbio, o positivismo jurídico possui uma série de diferenciações em relação à doutrina jusnaturalista, entre os quais: a) é particular e não universal; b) é mutável e não imutável; c) a fonte do Direito é relativa e não natural; d) o conhecimento do direito positivo é conhecido pela experiência, não deduzido pela razão, isto é, o direito positivo é conhecido pela declaração de vontade do legislador; e) o positivismo jurídico é indiferente em relação aos valores (Bobbio, 1995, p. 23).

A partir desses critérios, podemos investigar a posição de Bobbio em relação ao pensamento de Hobbes, identificando a interpretação juspositivista do autor inglês. Podemos observar que a filosofia de Hobbes ignora os valores relativos à fundamentação do Direito. Hobbes preocupa-se com o fato de que, sem regulação jurídica e sem poder coercitivo dos sujeitos, estes tendem a degradar-se, tendo como consequência o aniquilamento geral. Ou seja, não se discute a partir do direito natural se a soberania de tal e qual governo é boa ou má, apenas identifica-se o fato do egoísmo humano e, a partir de tal, formula-se uma doutrina do Estado. Da mesma forma, Bobbio irá relacionar Hobbes também em outros aspectos à sua classificação de positivismo jurídico. O problema da coerção, da fonte exclusiva e do monopólio da força pelo Estado representado pelo soberano; a particularidade das opiniões e divergência das doutrinas naturalistas contestadas por Hobbes, etc.

Ocorre que o contexto histórico, afirma Bobbio, irá explicar a razão de Hobbes ser o precursor do positivismo. Hobbes, segundo Bobbio, tinha a missão de combater a *common law*, ordem jurídica considerada retrograda e medievalista. Para isso, criou as bases para a fundação do pensamento juspositivista. Segundo Bobbio, “aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, quanto que pode ser considerado como o direito precursor do positivismo jurídico” (Bobbio, 1995, p. 34).

Nessa mesma linha de argumentação de Bobbio, Michel Villey (2005, p. 675 e ss.) sustenta a tendência juspositivista de Hobbes. Segundo Villey, Hobbes é o responsável direto pela fundação do positivismo jurídico. Para Hobbes, afirma, o direito é composto por regras editadas por um poder externo,

isto é, por regras positivas. Nesse sentido, o positivismo de Hobbes estende-se também à moralidade e à religião. Com efeito, o direito não é mais disposto por Deus ou por seus representantes, da mesma forma que não é formalizado (como na *common law*) por meio da moralidade comum dos costumes, mas apenas pela vontade dos homens. Essa é a percepção do autor quanto à criação normativa por parte do soberano. Não há um consentimento universal ou regras divinas (Villey, 2005, p. 727).

Consequentemente, a criação normativa para Hobbes, afirma Villey, é reservada apenas para a lei do Estado e para a razão do Estado. Nas palavras de Villey (2005, p. 725): “O Direito é postulado apenas pelo Estado e por essa lei por excelência que aos olhos dele é a lei civil – essa lei cuja fórmula expressa está gravada em ‘sinais’ manifestos”.

Hobbes chegou, desta forma, segundo Villey, ao positivismo jurídico. Nesse ponto, alerta o autor, está contido o erro de Kelsen ao conceituar Hobbes como jusnaturalista. Segundo o autor, Kelsen confunde a lei e o Direito em Hobbes. Para Villey, o direito natural do estado de natureza é substituído no estado civil por um direito que é somente positivo (Villey, 2005, p. 728).

Assim Villey interpreta Hobbes como um juspositivista sustentando que as leis civis serão, para o autor inglês, constituintes do Estado e exclusivas dele. Isso porque as mesmas equivalem ao direito natural⁷. A lei civil gera todo o conteúdo de obrigação estrita, pois edita inclusive os valores do que é bom ou ruim. O Direito também, nesse sentido, é produto apenas da lei civil humana positiva, não resultante do direito natural, *mesmo não resultando da regra de ouro*. Diz Villey (2005, p. 745):

Se por direito entendo um sistema de relações sociais, de obrigação e de direitos claramente definidos (e é o que o *jus* se torna para Hobbes no estado civil), *esse direito não é produto da lei natural*, apenas da lei civil humana positiva. Por isso nos parece equivocado pôr em Hobbes, como fazem muitos autores contemporâneos, o rótulo de “jusnaturalista”. Nós o consideramos o fundador do positivismo jurídico. (grifos nossos)

⁷ De fato, Villey está correto em sustentar a identificação da lei da natureza com a lei civil. Diz Hobbes (2004, p. 209): “Portanto, a lei de natureza faz parte da lei civil, em todos os Estado do mundo. E também, reciprocamente, a lei civil faz parte dos ditames da natureza. Porque a justiça, quer dizer, o cumprimento dos pactos e dar a cada o que é seu, é um ditame da lei de natureza”.

Também Simone Goyard-Fabre (2007, p. 48 e ss.) segue nessa linha de argumentação, requerendo à interpretação de Hobbes uma compreensão reconhecedora dos princípios do juspositivismo. Embora Hobbes de fato mantenha-se atrelado ao pensamento jusnaturalista, em sua filosofia do direito pode-se encontrar fundamentos para a formulação das regras que apenas viriam a ser sistematizadas com maior rigor no século XIX. Hobbes, então, não repudia a ideia do direito natural, apenas transforma o conceito, tornando-o justificador do direito positivo.

Nesse sentido, Goyard-Fabre sustenta que Hobbes constrói um sistema de convencionalismo jurídico, inimigo mortal do direito natural clássico, o que constitui, para a autora, uma revolução epistemológica da filosofia política, pondo em evidência os conceitos caros para Hobbes e sua época, tal como o mecanicismo e o racionalismo cartesiano. Nas melhores palavras da autora (Goyard-Fabre, 2007, p. 50):

A metamorfose mais espetacular reside nesse convencionalismo mediante o qual Hobbes transforma a fonte, a forma e o sentido da juridicidade, uma vez que, a seu ver, cabe à forma da lei determinada pela única autoridade legiferante do poder público definir o direito e conferir-lhe força obrigatória. Nessa metamorfose antinaturalista, encontra-se o princípio do que, três séculos depois, se chamará “positivismo jurídico”. A intuição “positivista” de Hobbes fica ainda mais forte porque o formalismo legalista que caracteriza a dinâmica funcional do Estado-Leviatã parece bastar-se a si mesmo a ponto de repudiar qualquer referência a um horizonte normativista ou axiológico. [...] é preciso sublinhar aqui a importância que o autor do Leviatã atribui ao cálculo de interesses que a razão efetua e ao artificialismo político-jurídico daí decorrente. O direito do Estado é essencialmente um direito positivo determinando por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à experiência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrimento estatal que é obra de razão, e

seu valor provém apenas do poder de decisão do poder público.

Conforme Goyard-Fabre (2007, p. 53), então, o direito natural em Hobbes é uma instrumentalização analítica de um argumento para o fim específico de legitimar apenas a positividade do Direito. Ou seja, o direito natural hobbesiano, diferentemente da interpretação de Kelsen, é apenas uma estratégia argumentativa, não uma composição substancialista do Estado. O direito natural revela-se apenas como elemento analítico da síntese política. Essa hipótese, afirma a autora, revela as raízes mecanicistas modernas do pensamento de Hobbes, refutando a concepção metafísica tradicional da escolástica.

Ainda, em uma arqueologia do positivismo, Goyard-Fabre observa em Hobbes uma intuição positivista em virtude de sua postura iconoclasta, embora, enfatiza a autora, necessitem-se precisão e cuidado em classificar Hobbes como um positivista moderno, condição anacrônica. Não se deve, afirma, negligenciar os limites que Hobbes impõe a essa postura positivista. Ocorre que, mesmo sendo um de seus precursores, Hobbes ainda mantém-se hesitante quanto ao abandono das concepções tradicionais de justiça, recorrendo, por exemplo, à regra de ouro para fundamentar sua posição naturalista. Nesse sentido, Hobbes encontra uma série de limites à postura positivista – primeiro a arquetônica do Estado-Leviatã não se reduz ao formalismo da legislação civil, pois a lei civil confere efetividade, porém a lei natural evita a arbitrariedade; da mesma forma Hobbes não rompe com o a-historicismo do pensamento clássico do direito (Goyard-Fabre, 2007, p. 78 e 79).

Entretanto, apesar dessas limitações restritas temporalmente, Hobbes manteve a ousadia de romper os paradigmas escolásticos e propor uma revolução dos fundamentos da ordem jurídica, dando, desta forma, bases conceituadas para a formação do pensamento jurídico moderno, especialmente para o positivismo contemporâneo.

Nas palavras da autora (Goyard-Fabre, 2007, p. 79):

Como Grotius, e com a necessária prudência que a inversão das teses tradicionais impunha na época, Hobbes destaca o fato de que o universo jurídico é um universo profano: já não se lê a essência do Direito no Céu. O único direito que é verdadeiramente jurídico é o *jus civile*; ele traz a marca do racionalismo e do voluntarismo que a instituição do Estado e o exercício

de sua autoridade exigem. No estado, o Direito, determinado e definido pela lei civil, nada mais tem a ver com o direito de natureza. Ele se desenha como um tecido de regras prescritivas e obrigatórias que, em seus comandos ou suas proibições, conferem teor e limites ao justo e ao injusto, ao lícito e ao ilícito, mas também à propriedade, ao roubo, ao direito de família, etc.

Enfim, pode-se aduzir, ao fim deste tópico, que parte da doutrina analisada brevemente sobre Hobbes diverge da concepção de Kelsen. A ênfase que esse autor dá ao programa jusnaturalista de Hobbes é revista no sentido de considerá-la mais como estratégia argumentativa do que propriamente uma fundação metafísica clássica. Mesmo a regra de ouro e a excepcionalidade de uma revolta ou revolução justa, vistas sob uma perspectiva histórica, refutam a interpretação kelseniana.

CONCLUSÃO

No livro *A reconstrução dos direitos humanos*, Celso Lafer, citando o poeta Arquíloco, distingue os filósofos como raposas ou ouriços. Aqueles são filósofos mais dinâmicos e abertos a outras concepções éticas – Aristóteles, Marx e Hannah Arendt são exemplos de raposas. Kelsen, no entanto, pode ser definido perfeitamente na metáfora do ouriço – porque o autor fecha-se diante de concepções filosóficas diversas.

No caso da leitura de Kelsen sobre Hobbes, a metáfora de Lafer mostra-se perfeita. A impressão que se tem do texto de Kelsen é a de refutação absoluta das teses de Hobbes, mesmo sem considerar as peculiaridades da sua filosofia jusnaturalista. Observa-se a profunda refutação de Kelsen a toda e qualquer doutrina jusnaturalista. Como filósofo positivista, Kelsen não poderia deixar de responder às teses dualistas de Direito, fornecendo, portanto, uma vasta bibliografia dirigida ao tema da filosofia de Hobbes. Com isso, ficou demonstrado para Kelsen o caráter exclusivamente teológico da doutrina naturalística do filósofo inglês. Acontece que Hobbes, para Kelsen, mantém-se como um dualista metafísico do Direito, requerendo para a sua fundamentação jurídica princípios e leis naturais, tal como a regra de ouro.

Ocorre que tal tese de Kelsen, como demonstrado, não se sustenta quando se verificam as demandas do contexto histórico, tal como Bobbio e Goyard-Fabre o fazem, e a sistematicidade do pensamento do autor, o qual esclarece a formação de princípios para a fundação de um positivismo jurídico originado

no século XIX, assim como explicado por Goyard-Fabre e Villey. Enfim, ficou prejudicada a leitura de Kelsen quanto ao dualismo metafísico de Hobbes e entende-se melhor interpretar o *Leviatã* de forma sistemática e contextualizada. Consequentemente, tal prejuízo na interpretação de Kelsen enfatiza o caráter fechado e combativo da obra e da personalidade do autor.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 2004. Coleção os Pensadores.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Valerio Rohden e Udo Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 2005. Coleção os Pensadores.

KELSEN, H. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. 3.ed. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça: a Justiça: o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURPHY, Mark C. Was Hobbes a Legal Positivist? *Ethics*, Chicago, n. 105, 1995.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Stéphane Rials. São Paulo: Martins Fontes, 2005.