

1 Introdução

A presente dissertação é um trabalho de teoria do direito. Como o título sugere, seu objetivo é expor alguns aspectos da contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico no cenário contemporâneo. Utiliza como referência a reinterpretação da teoria jusnaturalista por John Mitchell Finnis e seu diálogo com o positivismo jurídico contemporâneo.

Não se tem a pretensão de demonstrar que o debate entre as duas correntes esteja definitivamente encerrado, mas o objetivo de esclarecer concepções e tentar afastar alguns equívocos que o permeiam.¹

1.1 Delimitação do tema, objetivo da dissertação e perspectiva de análise

Essa dissertação se justifica, na medida em que os estudos relacionados à teoria do direito tomaram novos rumos a partir da revitalização do jusnaturalismo por John Finnis, nos albores dos anos 80 do Século XX. A publicação do livro “Lei Natural e Direitos Naturais” desencadeou uma rica produção doutrinária, não apenas por novos teóricos jusnaturalistas como também por positivistas, que, podemos dizer, reestruturaram o juspositivismo com a finalidade delimitar as divergências entre esses dois grandes movimentos teóricos, reconhecer pontos de convergência que antes eram rechaçados e, por que não, tornar o debate mais “específico”.

¹ Finnis, John M. Lei Natural e Direitos Naturais. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp.67-103 e pp. 105-135. Ainda que não seja o propósito dessa dissertação explicar os pontos-chaves da metodologia jurídica de Finnis é pertinente enumerar os bens básicos com os quais ele trabalha e os requisitos básicos da razoabilidade prática. Para ele existem sete bens básicos auto-evidentes, incomensuráveis e pré-morais: a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade ou sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião, todos ligados ao “florescimento humano”. Os requisitos básicos da razoabilidade prática é que tornam a maneira de aplicar esses bens básicos na vida prática de forma a melhor dirigir as escolhas, conferindo, assim, uma dimensão moral que será aplicada ao direito. São nove: a razoabilidade guia nossa busca dos bens, um plano coerente de vida, não ter preferências arbitrárias por valores, não ter preferências arbitrárias por pessoas, desprendimento e compromisso, relevância limitada das conseqüências: eficiência dentro dos limites do bom senso, respeito por cada bem básico em cada ato, requisitos do bem comum, seguir os ditames da própria consciência. O produto desses requisitos é a moral.

A escolha do autor Finnis como marco no debate entre jusnaturalismo e positivismo, justifica-se porquanto ele foi o primeiro jurista a sistematicamente procurar desfazer mal-entendidos acerca do direito natural e a ressaltar os pontos de aproximação e as efetivas controvérsias entre o positivismo jurídico contemporâneo e o jusnaturalismo tomista ou clássico. É emblemático que um dos mais importantes positivistas do século passado, Herbert L. A. Hart, orientador de Finnis na tese de doutoramento em Oxford, tenha sido justamente quem o incentivou a escrever a obra com o título sugerido pelo próprio Hart: “Lei Natural e Direitos Naturais”.

A época da publicação da obra principal de Finnis, “Lei Natural e Direitos Naturais”, o jusnaturalismo sofria de certa apatia e perda de prestígio nos meios acadêmicos sendo estudado, na prática, como objeto de disciplinas ligadas à história do direito e nos círculos religiosos católicos que se mantiveram como repositórios quase que únicos dessa doutrina. É certo que após o Segundo Pós Guerra, houve uma reação contra o positivismo jurídico em nome de um renascimento do jusnaturalismo. Todavia, essa reação veio acompanhada de um conjunto de acusações, digamos, falaciosas contra o positivismo jurídico, sob a influência de um viés ideológico reforçado pelo choque pós-traumático causado pelo predomínio do “Nazi-Fascismo” e pelo “Stalinismo” por considerável período de tempo na Europa e outras regiões do Globo. Não se quer afirmar aqui, que não havia, a todas as épocas, autores e teorias jusnaturalistas importantes, mas acreditamos que, com Finnis, o jusnaturalismo ganhou fôlego e foi capaz de fertilizar o diálogo empreendido entre positivistas e jusnaturalistas dos mais diversos matizes.

O presente trabalho não tem o propósito de expor de modo sistemático o pensamento de John Finnis, nem, tampouco, apresentar as principais teses finnissianas e o conteúdo de sua intrincada doutrina. Em consequência, não nos deteremos na explicação exaustiva dos conceitos que compõe a estrutura dorsal de sua teoria como os ‘bens básicos’, ‘requisitos da razoabilidade prática’, ‘bem comum’, ‘caso central’ etc. Para o leitor que deseje uma visão sobre o assunto sugiro a leitura, dentre outros, dos seguintes trabalhos que prestam auxílio valioso na dissecação do pensamento de Finnis: A Reabilitação da Teoria do

Direito Natural em John M. Finnis: Pressupostos e Implicações. in *Justiça, Processo e Direitos Humanos; Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009; SGARBI. Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito; O Bem Comum, a Razoabilidade Prática e Direito: a Fundamentação do Conceito de Bem Comum na Obra de John M. Finnis*; e, por último, mas não menos interessante, *O Positivismo Conceitual de Hans Kelsen e o Neojusnaturalismo finnisiano: um debate em torno da Justiça*.²

1.2

Universo e método da pesquisa

O universo que procuraremos desbravar não inclui o resgate histórico dos pensamentos positivistas e jusnaturalistas. Essa tarefa já foi realizada com maestria pelos mais ilustres historiadores e filósofos do direito, sendo ocioso e improdutivo percorrer novamente esse caminho, o que em nada contribuiria para os propósitos aqui visados. Malgrado conscientes de que não esgotaremos o assunto, pela riqueza que o envolve, nos contentaremos em contrapor o pensamento de autores contemporâneos dos juspositivistas e jusnaturalistas, muito embora a rotulação se faz cada vez mais problemática. Nesse passo, faz-se imprescindível descrever as doutrinas advogadas por esses autores e apresentar uma análise crítica com base na dialética instaurada pelo denso debate instalado entre eles.

Centraremos nossa pesquisa em explanar o pensamento de Finnis e de juristas juspositivistas contemporâneos como H.L.A. Hart, Jules Coleman e Brian Leiter no ponto em que tratam das controvérsias entre as teses básicas de cada uma das doutrinas. Não se trata de preferências pessoais a esses autores ou às

² ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *In: A Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: Pressupostos e Implicações*. in *Justiça, Processo e Direitos Humanos - Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; SGARBI. Adrian. *In: Clássicos de Teoria do Direito*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; OLIVEIRA, Elton Somensi. *In: O Bem Comum, a Razoabilidade Prática e Direito: A Fundamentação do Conceito de Bem Comum na Obra de John M. Finnis*, Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; e CAMPELO, Matheus Bevilacqua Campelo. *In: O Positivismo conceitual de Hans Kelsen e o Neojusnaturalismo finnisiano: um debate em torno da Justiça*. Rio de Janeiro, 2010. 129p., Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, de Matheus Bevilacqua Campelo.

suas posições doutrinárias, em detrimento de outros de mesma envergadura intelectual, mas de uma eleição fundada nos diálogos travados entre as obras escritas por eles³ e por Finnis⁴ e, ainda, nas menções a eles direcionadas por autores jusnaturalistas que atualmente gozam de bastante prestígio nos meios acadêmicos, como, por exemplo, Mark C. Murphy.⁵

O que pretendemos com isso é sermos pontuais quanto às zonas de efetivo atrito entre as duas correntes doutrinárias e evitar acusações genéricas e abstratas que poucos esclarecimentos trazem sobre o tema.

1.3 Nova Escola do Direito Natural - o direito natural na perspectiva contemporânea

A fim de apresentarmos as características marcantes da Nova Escola do Direito Natural cabe, de pronto, alçar Finnis à principal figura dessa vertente teórica, embora não se possa esquecer de destacar o papel do filósofo e teólogo Germain Grisez, que forneceu importantes subsídios doutrinários a Finnis, e que passou a contar com diversos colaboradores, dentre os quais podemos apontar Joseph Boyle, Robert P. George, dentre outros. Logo na sequência, cabe ressaltar que essa corrente contemporânea do jusnaturalismo tem como ponto nodal a “razoabilidade prática”.⁶

O mérito dessa escola jusfilosófica foi o de desfazer equívocos que eram recorrentes na interpretação da doutrina jusnaturalista, defender as teses

³ LEITER, Brian. *In: Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence* American Journal of Jurisprudence, volume 48, 2003; COLEMAN, Jules. *In: The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁴ FINNIS, John. *In: Law and What I Truly*. American Journal of Jurisprudence, volume 48; FINNIS, John. *In: Natural Law: The Classical Tradition*. Jules Coleman and Scott Shapiro ed., The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law. Oxford: University Press, 2002.

⁵ MURPHY, Mark C. *In: Natural Law in Jurisprudence*. Cambridge Journals, <http://journals.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011.

⁶ GRIZEZ, Germain. *In: O Primeiro Princípio da Razão Prática: Um Comentário à Summa Theologiae* 1-2, Questão 94, Artigo 2, publicado originalmente em 1965. Revista Direito GV, volume 3, nº 2, 179/218, edição de jul-dez de 2007, p. 179. A sistemática da “razoabilidade prática”, falando de uma maneira simplificada, busca definir o melhor modo de se agir com vistas à realidade consubstanciada em bens auto-evidentes. Por ora, cabe mencionar que tal concepção se resume na fórmula de seu primeiro princípio, cunhado por Tomás de Aquino: “o bem deve ser realizado e buscado e o mal deve ser evitado”.

acertadas da tomismo e procurar sanar falhas e suprir lacunas deixadas pela doutrina de Tomás de Aquino. Somando-se a isso, a Nova Escola do Direito Natural procurou fundar seus conceitos em fontes sociais e não em fontes metafísicas ou transcendentais. Desta feita, se caracterizam pela seu secularismo tendo no ser humano o cerne de suas atenções, não se deixando descartar pela chamada “Lei de Hume”⁷ e, tampouco, incidindo na “Falácia Naturalista” (G.E. MOORE).⁸

A doutrina da Nova Escola do Direito Natural capitaneada por Finnis trabalha com a explicitação da visão de Aquino: uma aplicação de questões éticas, mas com atenção especial aos problemas da teoria social em geral e com a ciência jurídica analítica em particular. Além de se pautar na perspectiva de Aquino, a Nova Escola do Direito Natural, se aproxima da abordagem de Germain Grisez que buscou solucionar as lacunas mantidas entre os valores básicos pré-morais e a orientação para se guiar em consonância com a moral, buscando resolver a omissão explicativa deixada por Tomás de Aquino, combatida ferozmente por Hume.⁹

1.3.1

Ajustando as concepções - desfazendo uma compreensão equivocada

Segundo o jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, a essência do jusnaturalismo abarca concomitantemente as duas seguintes teses:

- a) Uma tese de filosofia ética que sustenta que há princípios morais e de justiça que são universalmente válidos e acessíveis à razão humana;
- b) Uma tese sobre a definição do conceito de direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de

⁷ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 48. A assertiva de Hume de que de que “nenhum conjunto de premissas não-morais (ou, de forma mais geral, não-valorativas) pode acarretar uma conclusão moral (ou valorativa)”.

⁸ *Ibid.*, pp. 49/50. Diz Finnis: “(...) essas eternas e necessárias diferenças entre as coisas tornam **adequado e razoável** que as criaturas ajam assim; elas (iii) fazem com que seja seu dever, ou impõem a elas a **obrigação** de assim fazê-lo; mesmo a vontade positiva ou o mandamento de Deus sendo distintos da consideração dessas regras.” (ênfases do próprio Clarke, de acordo com Finnis). Citação de Finnis de trecho de um resumo, feito pelo próprio Samuel Clarke, da sua obra *A Discourse concerning the Unchangeable Obligation of natural Religion*, que, segundo Finnis, continha a doutrina combatida por Hume no seu *Treatise of Human Nature*, ou seja, de que o dever-ser tem como alicerce a ordem do ser, quer dizer, a natureza das coisas.

⁹ BIX, Brian. *In: Jurisprudence: Theory and Context*. Durhan: Carolina Academic Press, 5ª edição, 2009, p. 75.

“jurídicos” se contradissem ou não passassem pelo crivo dos princípios mencionados no item a.¹⁰

Em resumo, para os jusnaturalistas, o direito só poderia ser concebido como tal, uma vez que se conformasse a uma ordem moral universal (tese ontológica a respeito da existência desses princípios universais) e acessível a todos os homens de boa razão (tese epistemológica ou lógica). Ainda que não trate especificamente sobre o tema, Noel Struchiner, ao abordar as espécies de positivismo, menciona, de passagem, as versões forte e fraca do jusnaturalismo.¹¹ Conforme a primeira versão, o direito deve, necessariamente, identificar-se com princípios morais. De acordo com a segunda, o direito, ainda que não se confunda com princípios de ordem moral, não podem contradizê-los. Nomenclatura semelhante - “versão fraca” e “versão forte”, do direito natural - é empregada por Mark C. Murphy - “leitura forte” e “leitura fraca” do direito natural -, um importante jusnaturalista contemporâneo, e será bastante utilizada nessa dissertação como sinônimas, respectivamente.¹²

Struchiner afirma que, para os jusnaturalistas, “direito justo” seria um pleonasma, ao passo que “direito injusto” seria uma contradição em termos.¹³ Em seu raciocínio, Struchiner cita uma terceira tese que seria compartilhada pelos jusnaturalistas: “tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos têm a obrigação moral de obedecer ao direito”. O autor assinala que as teorias jusnaturalistas divergem quanto às fontes do direito, ou seja, quanto à “natureza” da qual emanam os princípios universalmente válidos. Na mesma ocasião, Struchiner transcreve as

¹⁰ NINO, Carlos Santiago. *In: Introducción al Análisis del Derecho. Colección Mayor de la Filosofía e Derecho 5*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2ª edición, ampliada e revisada, 12ª reimpresión, p. 31.

¹¹ STRUCHINER, Noel. *In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*, Tese de Doutorado, Puc-Rio, Departamento de Filosofia, 2005, p. 22.

¹² MURPHY, Mark C. *In: Natural Law in Jurisprudence*, Cambridge Journal, <http://journals.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011. Buscando demonstrar que o jusnaturalismo clássico não comungaria propriamente com a visão de Ross e outros positivistas, Mark C. Murphy apresenta uma concepção que promove uma escala ou uma gradação entre “direito justo” (o “caso central” do direito) e suas formas defectivas, que, nem por isso, poderiam ser afastadas do campo da compreensão jurídica. Vale frisar, que um direito com certo grau de defecção, não deixa de ser direito, pois seu significado focal lhe é correspondente.

¹³ STRUCHINER, Noel. *In: Para Falar de Regras: O Positivismo Conceitual como cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito.* Tese de Doutorado, Puc-Rio, Departamento de Filosofia, 2005, p. 22.

contundentes críticas ao jusnaturalismo expostas por Alf Ross, que chega a chamar o direito natural de prostituta apta e disposta a servir a qualquer interesse, na medida em que estaria escorado em apreensões de cunho particularista, na “contemplação evidente” e na intuição. Via de consequência, o direito poderia ser imposto de acordo com a perspectiva de cada um, o que levaria a sociedade assim regulada à anarquia ou ao seu antípoda perfeito, ou seja, o totalitarismo. Afirmação, aliás, que já havia sido feita por Bentham.¹⁴ A crítica de Ross é aguda, ao ponto de valer transcrevê-la em seus próprios termos:

Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural. E, na verdade, como poderia ser diferente considerando-se que o fundamento principal de todo direito natural se encontra numa apreensão particular direta, uma contemplação evidente, uma intuição?

Por que minha intuição não será tão boa quanto a dos outros? A evidência como critério de verdade explica o caráter totalmente arbitrário das asserções metafísicas. Coloca-as acima de toda força? controle Intersubjetivo e deixa a porta aberta para a imaginação ilimitada e o dogmatismo.¹⁵

Como se verifica do trecho acima transcrito, para Ross, a evidência não pode ser critério de verdade. A compreensão do que seria “auto-evidente” acompanha muitas asserções verdadeiras, mas a mesma compreensão pode vir ligada a falácias. Crer na verdade de determinada proposição, segundo o autor, não deve nunca prescindir de uma que lhe corresponda, não podendo ser, jamais, a própria justificação em si.

As críticas ao jusnaturalismo não param por aí. Norberto Bobbio, que, como já dito, encontra-se entre os positivistas jurídicos da Escola Analítica, ao tratar do verbete “jusnaturalismo” em seu famoso Dicionário de Política apresenta uma crítica pontual ao jusnaturalismo que se apresenta nos termos transcritos na sequência:

(...) Certo apenas se desvinculado da idéia de um direito natural metafísico, extra-histórico, eterno e imutável, o Jusnaturalismo ainda pode ter um lugar na cultura jurídico-política hodierna. E, na realidade, o próprio Jusnaturalismo católico, que sempre rejeitou a variabilidade histórica do direito natural **(aliás não excluída por S. Tomás, em quem tal Jusnaturalismo se inspira)**, parece atualmente inclinado a reconhecer-lhe uma dimensão histórica. Se concebido

¹⁴ MACCORMICK, Neil. In: H.L.A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, p. 162.

¹⁵ ROSS, Alf. In: Direito e Justiça. São Paulo: Edipro, 2000, pp. 304-305.

historicisticamente, isto é, como expressão **dos ideais jurídicos e políticos sempre novos nascidos da transformação da sociedade, e em contraste com o direito positivo (nem sempre em condições de se adaptar à tal transformação por causa da própria estrutura dos órgãos legislativos)**, o Jusnaturalismo tem hoje diante de si uma função, talvez arriscada, mas que pode ser fecunda. O problema dos fins e dos limites desta função abrange, todavia, o da relação entre **o juiz e a lei e, conseqüentemente, o das relações entre o poder legislativo e o poder judiciário, na medida em que admitir que o juiz possa invocar um "direito natural", além de poder comprometer a certeza do direito, atribui aos órgãos judiciários o poder, em resumo, de criar o direito.**¹⁶ (destaques meus)

O exame realizado pelo autor italiano, apesar de não se omitir em apontar o viés que pode se seguir da aplicação descuidada do jusnaturalismo, é, no entanto, pode-se dizer, serena e generosa, e vai ao encontro do que Hart, de certo modo, refletiu no seu *“Essays in Jurisprudence and Philosophy”*.¹⁷ Bobbio, portanto, não se presta a fazer uma apreciação simplificada dessa corrente teórica (o jusnaturalismo) que abarca tão amplas e divergentes (e ambíguas) vertentes, que talvez nem possam pertencer a mesma categoria teórica, como vem se apresentando.¹⁸

Na obra *“O Conceito de Direito”* e no seu Pós-Escrito, Hart se posicionou de modo firme como positivista jurídico. Todavia, mesmo que de modo contraditório, Hart em obra citada no parágrafo anterior, destacou as virtudes do jusnaturalismo, mas posteriormente se contradisse, voltando a criticar o jusnaturalismo como sendo uma teoria confusa e obscura.¹⁹ Assim, é importante destacar a leitura de Cristóbal Orrego Sanches quanto a essa peculiar (uma vez que esta manifestação de Hart é mais cuidadosa que as outras por ele proferidas no que toca ao jusnaturalismo) abordagem operada por Hart, em relação ao direito

¹⁶ BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO. *In: Dicionário de Política*, volume I, 11ª edição, Brasília: UNB, 1983.

¹⁷ HART, H.L.A. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford Clarendon Press, pp. 10/11. O autor expressamente reconhece que a teoria de Finnis é muito mais complementária do que contraposta a do direito positivo, parecendo admitir que, embora não tenha deixado de ser um positivista, não concebe o jusnaturalismo como um absurdo

¹⁸ MACCORMICK, Neil. *In: Natural Law Reconsidered*. Oxford Journal of Legal Studies, 1981, p. 99. “Há, enfim, tantos meios de ser um teórico do direito natural como também há ser um juspositivista, e isso precisa ser visto, com o que é defensável, seja o que for. De acordo com essa concepção, não existe uma questão única que possa representar ‘positivismo vs direito natural’” (*“There are at least as many ways of being a natural lawyer as there are of being positivist, and it needs to be seen which is defensible, if any. There is accordingly no single ‘positivism v natural law’ question”*).

¹⁹ HART, H.L.A. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford Clarendon Press, pp. 10 -11.

natural clássico ou, permitamos afirmar, pela interpretação efetivada pela Nova Escola do Direito Natural, *in verbis*:

H.L.A. Hart, figura principal no âmbito jurídico analítico, consciente de que a obra de Finnis tornava impossível continuar discutindo os temas do direito natural sobre a base das imagens e objeções tradicionais refutadas no capítulo segundo afirmou: “A flexível interpretação de Finnis sobre o direito natural é em muitos aspectos complementar à teoria jurídica positivista, mais que sua rival”. E, seguida expõe que: “O mérito principal e muito grande desta aproximação jusnaturalista é que mostra a necessidade de se estudar o direito no contexto de outras disciplinas e favorece a percepção da maneira em que assunções não expressadas, o sentido comum e os propósitos morais influem no direito e integram a prestação jurisdicional”. Naturalmente, Hart não chegou a recuperar para si a tradição jusnaturalista, que permaneceu considerando confusa. Nós só queremos destacar que, depois de Finnis, o jusnaturalismo deixou de ser, ante os olhos dos principais teóricos “positivistas jurídicos” liderados por Hart, uma posição simplesmente irracional e absurda que quase não valia à pena discutir.²⁰

A doutrina jusnaturalista, por tratar de uma realidade complexa que é o direito, não poderia deixar de demandar esforços para sua compreensão. A ciência jurídica como um todo busca encontrar ou descobrir aspectos nem sempre explicitados, dada a grande confusão terminológica e mesmo as diferentes visões de mundo que permeiam essa ciência social.

1.3.2 O direito na concepção de Finnis

Antes de iniciarmos a tratar da visão de Finnis a respeito do direito, devemos observar que a teoria do autor não fica a mercê das críticas que se tornaram típicas a respeito do jusnaturalismo, preconizadas por aqueles que o acusam de se fiar em fontes transcendentais, obscuras e supersticiosas para

²⁰ ORREGO, Cristóbal. In: *John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural. Acta Philosophica. Semestrale*, vol. 10, 2001, fasc. 1, Pontificia Università Della Santa Croce. Armando Editore. Gennaio/Giugno. P. 76. No original: “H.L.A. Hart, figura principal en el ámbito jurídico analítico, consciente de que la obra de Finnis hacía imposible continuar discutiendo los temas del derecho natural sobre la base de las imágenes y objeciones tradicionales refutadas en El capítulo segundo, afirmó: ‘La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo’. Y en seguida: ‘El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la judicación’. Naturalmente, Hart no llegó a recuperar para sí la tradición iusnaturalista, que siguió considerando confusa. Nosotros solo queremos destacar que, después de Finnis, el iusnaturalismo dejó de ser, ante los ojos de los principales teóricos “iuspositivistas” liderados por Hart, una posición ‘simplemente irracional y absurda que casi no valía la pena discutir.’”

explicar o direito. A tese de Finnis, embora se auto-reconheça jusnaturalista, se insere numa concepção que valoriza o homem como um valor em si próprio, ou seja, está em plena consonância com o antropocentrismo talhado pela modernidade. Como observa Alejandro Bugallo Alvarez, a visão contemporânea do direito natural deve ser vista a partir de um “conceito de natureza dinâmica e em construção caracterizada pela autosuperação, autodeterminação e autoconstrução” feita pelo próprio homem que, além da aptidão de fazer, possui a de “fazer-se”.²¹

Finnis sustenta que o direito só faz sentido se decorrer da aspiração humana de auto-realização, a partir de bens básicos e auto-evidentes. Com efeito, para o autor, o direito tem como fonte a **prática social** - na forma das normas **de competência** -, e é identificável por meio da **regra de reconhecimento**. No seu entendimento não há, ainda, necessariamente conexão lógica e conceitual entre o direito e a moral, mas apenas um nexu contingencial, que no mais das vezes deve ser observado. Na trilha dos ensinamentos de Hart, seu professor, o autor partilha o entendimento de que a discricionariedade com a qual o juiz profere decisões não pode ser inibida nos casos em que não há previsão legal clara de solução para determinado conflito. Essa discricionariedade é criticada por Dworkin que afirma que o direito é um sistema completo, porquanto consubstanciado por regras positivadas e princípios aos quais o juiz deve recorrer, sem jamais exercer um trabalho de criação, porém somente de descobrimento.

Se fosse possível resumir a teoria de Finnis em apenas duas expressões, teríamos que nos deter no “caso central” e na “razoabilidade prática”. Essas duas expressões possuem, na extensa obra de Finnis, repercussões tanto no aspecto conceitual como no aspecto epistemológico. A pesquisa desenvolvida pelo autor vai trabalhar com um ótica epistêmica típica das ciências práticas, com pretensão de cientificidade e universalidade, conforme salienta o professor

²¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *In: Requacionamento da concepção da natureza humana como fundamento do direito natural. Synesis*, nº 2, 2009, p. 21; ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *In: A Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: Pressupostos e Implicações. Justiça, Processo e Direitos Humanos - Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Alejandro B. Alvarez, buscando tornar factível comungar o conhecimento prático com o científico.²²

Em uma digressão sobre o assunto, pode-se resumir que a metodologia das ciências práticas consiste na “descrição analógica das realidades estudadas”. Vale dizer: na focalização de um “caso central” (“significado focal” ou “tipo-ideal”) do qual se extrai um significado principal de determinado conceito e a partir do qual se analisam suas versões diluídas - por serem defectivas ou degeneradas - do referido conceito.²³ De acordo com essa metodologia, uma versão diluída ou corrupta do “**tipo**” estudado, pode ser chamada pelo mesmo nome, ainda que não tenha, exatamente, o mesmo significado. Para o que nos propomos nesta dissertação, empregando a metodologia ora aventada, temos, por exemplo, que o “direito injusto”, ainda que seja uma corruptela do direito, continua sendo direito e, portanto, gera os efeitos típicos dessa espécie normativa. Tomás de Aquino denomina “analogia” como sendo a “relação na diferença”. O filósofo brasileiro Mario Ferreira dos Santos, por sua vez, explica que algo é análogo quando participa do mesmo *logos* de determinada coisa, mas apresenta certa diversidade entre atuante/atuado.²⁴

Essa metodologia, além de não ser algo fácil de compreender, é mais difícil ainda de se empregar no caso concreto e exige esforço intelectual por parte de quem se propõe a desbravar os campos pertencentes ao direito.²⁵ Segundo

²² ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *In: Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: Pressupostos e Implicações. Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 7-8.

²³ FINNIS, John M.. *In: Lei Natural e Direitos Naturais.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, nota de pé de página nº 13. Finnis analisando uma passagem da Suma Teológica chama a atenção para um expediente muito utilizado na filosofia social clássica que é a “subordinação elástica das palavras a um cambiante foco de interesse”. Assim, muitas vezes, o que parece ser uma contradição é, na verdade, uma adaptação linguística para esclarecer determinado fenômeno sem perder de vista as peculiaridades do caso investigado.

²⁴ SANTOS, Mário Ferreira dos. *In: A Sabedoria das Leis Eternas.* São Paulo: É Realizações, 2001, p. 82.

²⁵ FINNIS, John . *In: Lei Natural e Direitos Naturais.* São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 27. Finnis expõe que Hart afirma que se obedece ao direito por motivos sem importância como, por exemplo, o costume/hábito, o desejo de proceder da mesma maneira que os outros, interesses vislumbrados a longo prazo etc. o autor destaca que Hart e Raz utilizam essa metodologia em outras oportunidades de forma produtiva e deixam de fazê-lo em uma situação relevante que é a tarefa de descrever o direito. Ele considera que a obediência ao direito por outros motivos que não o atendimento às necessidades da comunidade é algo diferente de obedecer a norma jurídica com o intuito de aniquilar a própria ordem jurídica (como faria um juiz anarquista, para utilizar um exemplo elencado por Raz e citado por Finnis) ou então por desejar agir sem uma reflexão mais profunda de

reconhece Finnis, a análise do direito deve levar em conta as pessoas engajadas em seus propósitos, inseridas num contexto temporal e espacial. Não há, portanto, como negar a relevância do aspecto histórico nem descurar-se da multiplicidade de significados que permeiam o mundo jurídico e da premência de se diferenciar o maturo do imaturo, o perfeito do corrompido, o central do periférico etc.

Nesse ponto é que se torna útil a sistemática do “caso central”, que é de suma importância no pensamento de Finnis. Para o autor, apenas se define o “caso central” a partir do ponto de vista prático (que é o do observador do fenômeno que visa “à decisão e à ação”).²⁶ Para elucidar o “caso central” do direito, Finnis tece comparações entre as concepções de Hart e de Raz acerca do “ponto de vista interno”, e sua própria visão de “caso central”, pela qual o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica, enquanto distinta de uma ordem discricionária e/ou estaticamente consuetudinária, são encarados como um ideal moral. É, nesse diapasão, que o referido ponto de vista será o “caso central” do “ponto de vista legal”.²⁷

acordo com os costumes jurídicos ou as normas herdadas de outras gerações. Essa atitudes seriam para Finnis manifestamente casos “desencaminhados, diluídos e atenuados do ponto de vista prático que torna o direito como um tipo significativamente diferenciado de ordem social e o mantém assim. Finnis considera que o “ponto de vista a razoabilidade prática” é que deve ser empregado como padrão de referência como “ponto de vista” pelo teórico que descreve as características da ordem jurídica, a partir da inferência de que encaram como requisitos da razoabilidade prática o conteúdo das regras e dos princípios do direito e o teor do Estado de Direito instituído. Por “prático”, Finnis não quer se referir como esclarece na página 25 da obra citada nesta nota, o “exequível” em oposição a “inexequível”, o “eficiente” em oposição o “ineficiente”. Finnis faz questão de remarcar que deseja referir-se a algo “para os propósitos de decisão e ação”. Pensamento prático, prossegue o autor – seguindo como se pode perceber o pensamento de Aquino -, é pensar a respeito do que (se deve) fazer. Razoabilidade prática é razoabilidade na decisão, na adoção de compromissos, na escolha e na execução de projetos e, em geral, na ação. A filosofia prática é uma reflexão disciplinada e crítica sobre os bens que podem ser realizados na ação humana e nos requisitos da razoabilidade prática. Para Finnis, quando se diz que o teórico descritivo – cujos propósitos não são práticos – deve agir, em sua seleção e formação indispensável de conceitos, adotando um ponto de vista prático, queremos dizer que ele deve avaliar a importância ou alcance das semelhanças em seu assunto perguntando o que seria considerado importante ou significativo nesse campo por aqueles cujas preocupações, decisões e atividades criam ou constituem o assunto.

²⁶ VOEGELIN, Eric. *In: Anamnese: – Da Teoria da História e da Política*. São Paulo: É Realizações Editora., 2009, pp. 186/196. Voegelien traz no livro citado maiores explicações sobre “*phronesis*”, “*eudaimonia*” e “*spoudaious*”, que, na visão de Aristóteles, seria o homem que detém a “*phronesis*”, o homem maduro. Quem vive de acordo com esses requisitos é, assim, o “*phronimos*”. Deste modo, sustenta Finnis, alguém que viva de acordo com esses requisitos também é o “*spoudaios*” (homem maduro), sua vida é o “*eu zen*” (viver bem) e, a menos que as circunstâncias estejam contra ele, pode-se dizer que tem “*eudaimonia*” (o bem-estar ou florescimento exclusivo limitado – traduzido incorretamente como “felicidade”).

²⁷ ORREGO, Cristóbal. *In: John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural. Acta Philosophica. Semestrare*, vol. 10, 2001, fasc. 1. Gennaio/Giugno, pp. 79-80.

1.3.2.1

Os temas controversos do pensamento de Finnis

Como o professor australiano deixa exposto em diversas oportunidades, a teoria jurídica não pode se distanciar da teoria ética, da filosofia moral e dos fundamentos das ciências sociais. Desta forma, Finnis, ao fazer suas análises do direito não dispensa as investigações de cunho ético e filosófico.²⁸ Com efeito, apesar da extensão de sua produção teórica, é permitido ressaltar que as principais questões debatidas em seus escritos dizem respeito (i) a relação entre “ser” e “dever-ser”, entre metafísica e ética, entre natureza humana e razão prática;²⁹ (ii) ao caráter evidente dos bens humanos básicos e dos primeiros princípios da razão prática e a ausência de hierarquia entre eles - devido a sua incomensurabilidade – precisamente por causa de sua bondade intrínseca enquanto valores; (iii) a distinção, no universo da razão prática, entre o campo “pré-moral” dos bens básicos e o campo “moral” da razoabilidade prática; (iv) a contraposição entre sua teoria em conjunto com a de Germain Grisez e Joseph Boyle e a pluralidade de bens básicos pré-morais incomensuráveis, e as teorias morais “do fim dominante”, entre as quais a tese de origem aristotélica, mas adotada por Tomás de Aquino acerca da existência de um único “fim último” (a contemplação da verdade e, para alguns intelectuais cristãos a “glória de Deus”); (v) o modo de compreender a relação entre a moral e o conhecimento humano de seu fundamento último transcendente (Deus), e, por último, (vi) a controvérsia com os teóricos do “proporcionalismo ético” e com os moralistas do dissenso teológico, que condiciona, em grande medida, o modo de raciocinar do autor quando trata sobre os fundamentos da moral e da teoria da ação.³⁰

²⁸ MURPHY, Mark C. In: *Natural Law Jurisprudence*. Cambridge Journals, p. 244, <http://journals.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011. O autor citado nesta nota chama a atenção para dizer que o termo “moral” (“*morality*”) é uma noção indubitavelmente moderna e tratar o direito natural de forma simplória, como se fosse uma questão de “separabilidade” ou não em relação à moral é insatisfatório. É levando em conta as ambiguidade e eventuais celeumas que a utilização desse termo provoca, que Finnis pretere o termo “moral” em favor da expressão “razoabilidade prática”.

²⁹ GRISEZ, Germain. In: O Primeiro Princípio da Razão Prática: Um Comentário à *Summa Theologiae* 1-2, Questão 94, Artigo 2, publicado originalmente em 1965. Revista Direito GV, volume 3, nº 2, 179/218, edição de jul-dez de 2007.

³⁰ ORREGO, Cristóbal. In: *John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural*. *Acta Philosophica. Semestrare*, vol. 10, 2001, fasc. 1, Gennaio/Giugno, pp. 79-80.

Para o que nos interessa na presente dissertação, abordaremos somente os pontos de dissenso ou contraposição entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, não nos importando comentar debates inseridos no âmbito jusnaturalista, que, apesar da sua importância, foge da controvérsia que predomina nos círculos jurídicos mais relevantes da atualidade. Assim, veremos que, talhado pelo encargo de defender a doutrina jurídica preconizada pela Igreja Católica Romana junto a um público laico, Finnis, procurou defender os princípios do jusnaturalismo sem incorrer na “Falácia Naturalista” ou violar a “Lei de Hume”, tidas como paradigmas modernos da racionalidade. É notório que nos pontos caros à doutrina católica, o autor manteve uma visão conservadora, mas essa compreensão em nada parece comprometer o rigor técnico com o qual aborda a teoria do direito e, tampouco, ofusca as contribuições por ele carreadas ao mundo jurídico.

Não cabe, no entanto, no curso desta dissertação, aprofundarmos em todas as questões enfrentadas por Finnis. Isso é uma tarefa que transcende essa espécie de trabalho acadêmico. Nesses termos, restringiremo-nos aqui apenas a abordar os temas que guardam pertinência com a contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, a partir das inovações teóricas trazidas pelo autor. Relevantes para nossos propósitos, ressaltamos, são as questões do “ser” e do “dever-ser”, da fonte do direito, da relação entre direito e moral e da natureza normativa do direito. Esses pontos são os que nos interessam no debate “juspositivismo vs jusnaturalismo”.

Como combatido por David Hume e toda a doutrina positivista que se seguiu, não é logicamente admissível deduzir-se um “dever” a partir de um “ser”, ou seja, chegar-se a proposições valorativas ou prescritivas, a partir de premissas puramente fáticas ou descritivas. Finnis, assume essa perspectiva, muito embora reconheça que algumas correntes jusnaturalistas - notadamente as que se auto-titulam “tomistas”, “racionalistas e “estóicas” - realmente pretenderam deduzir a moral de uma observação da “natureza” - mesmo que “humana” - e de uma visão especulativo-teorética (que Aristóteles relaciona com a busca da verdade). Todavia, segundo Finnis e outros jusnaturalistas contemporâneos, essa perspectiva decorreria de uma distorção que não reflete o efetivo pensamento de

Tomás de Aquino. O autor procura esclarecer que os autores jusnaturalistas clássicos (Aristóteles e Tomás de Aquino), jamais derivaram o “dever-ser” do “ser”, e que plasmaram suas doutrinas na “razão prática” e não na “razão especulativa”. Jamais violaram, como muito se acusa, a exigência lógica de que a dedução dos preceitos pode ser realizada a partir da natureza, ainda que essa “natureza” seja “humana”.³¹

No seio do pensamento jusnaturalista, alguns autores remarcadamente os que autodenominam “tomistas” – e aqui destaco Henry Veatch, Ralph McInerny, Russel Hittinger e Lloyd Weinreb – viram a postura de Finnis como uma traição à tradição clássica do jusnaturalismo e condenaram sua visão como uma completa “separação e independência entre a ética, de uma lado - como uma forma de “saber prático” - e a antropologia e a metafísica, de outro - “como modelos de ‘saber especulativo’”. Vale dizer: acusam Finnis (e também Grisez e Boyle) de negar a relevância da metafísica e do conhecimento especulativo da natureza humana” e das “deliberações morais”.³² McInerny e

³¹ ADLER, Mortimer. *In: Aristóteles Para Todos: Uma Introdução Simples a um Pensamento Complexo*. São Paulo: É Realizações, 2010, pp. 30-31. O autor traz uma breve explicação acerca do que diferencia a “razão prática” da “razão especulativa” e aponta os interesses que motivam cada um desses tipos de pensamento.

³² GEORGE, Robert P., *In: In Defence of Natural Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 3, 17-18; ORREGO, Cristóbal S. *In: John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la Ley Natural*. Acta Philosophica. Semestrare, vol. 10,2001, fasc. 1, Gennaio/Giugno, pp. 79-80. Do original: “A eso se le llamaba ‘fundamental’ la ética en la antropología y en la metafísica. Finnis, em cambio, sostiene que los principales autores iusnaturalistas (v.gr., Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino) reconocieron la distinción lógica entre “ser” y “deber” y la plasmaron en sus explicaciones sobre la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica con sus respectivos puntos de partida evidentes por sí mismos (los primeros principios especulativos y prácticos). **No infringieron, por ende, la exigencia lógica de no deducir los preceptos a partir de los hechos de la naturaleza humana. El conocimiento práctico es práctico desde sus primeros principios evidentes, no deducidos de un conocimiento especulativo de la naturaleza humana. Algunos autores tomistas - singularmente Henry Veatch y Ralph McInerny (17Cfr. H. VEATCH, Natural Law and the ‘Is’-‘Ought’ Question, «Catholic Lawyer», 26 (1980-81), pp. 251-265, y Review of Natural Law and Natural Rights, «The American Journal of Jurisprudence» — vieron esta postura como una traición a la tradición tomista, 26 (1981), pp. 247-259, y R. MCINERNY, The Principles of Natural Law, «The American Journal of Jurisprudence», 25 (1980), pp. 1-15. Finnis tuvo en cuenta estas obras al elaborar - y clarificar - sus exposiciones posteriores; pero puede verse, adicionalmente, R. MCINERNY, Ethica Thomistica. The Moral Philosophy of Thomas Aquinas, The Catholic University of America Press, Washington 1982, especialmente pp. 36 ss.) sobre la ley natural, y la interpretaron como una completa separación o independencia entre la ética - saber práctico - y la antropología y la metafísica - saber especulativo -, es decir, como una negación de la fundamentación metafísica y antropológica de la ética y una negación de la relevancia del conocimiento especulativo de la naturaleza humana en las deliberaciones morales. Nosotros pensamos que Finnis sólo se ocupa de la tesis lógica de la inderivabilidad del deber a partir del ser, teniendo a la vista las críticas al derecho natural como la “ley de Hume” o la “falacia naturalista” (G.E. Moore); pero no niega**

Hittinger, particularmente, imputam a Finnis e Germain Grisez, os teóricos mais representativos da “Nova Escola do Direito Natural”, a defesa de ideias essencialmente, kantianas e humeanas, pois admitem a “moderna ideia de um abismo lógico entre o “ser” (“*is*”) e o “dever” (“*ought to*”), algo impensável para esses autores, que vêem esses elementos como algo único e indissociável.

Todavia, Finnis, embora siga David Hume quanto à impossibilidade da derivação direta do “dever-ser” (*ought*) a partir de um “ser” (“*is*”), não compartilha das concepções humeanas de que não haveria princípios objetivos e de que a motivação para as ações humanas não passariam da busca da realização de “desejos” e sentimentos meramente “emotivos” e que, jamais, poderiam ser objetos da razão.³³ Ademais, como sugere Orrego, Finnis somente se ocupa com a perspectiva lógica da inderivabilidade do “dever” a partir do “ser”, tendo em vista as críticas contra o direito natural expressadas na “Lei de Hume” e na “Falácia Naturalista” (G.E. Moore em “*Principia Ethica*”), porém não nega a fundamentação metafísica e antropológica da ética nem a influência efetiva do conhecimento especulativo no conhecimento prático.³⁴

Aliás, Finnis afirma de modo claro que “se a natureza do homem fosse diferente, também seriam seus deveres”, pois “as formas básicas do bem apreendidas pelo entendimento prático são o que é bom para os seres humanos dada a natureza que eles têm”.³⁵ . Essa compreensão acerca da motivação humana para agir com esteio na razão havia sido contestada por Hume que afirmou que “a razão só pode ser escrava das paixões e não pode pretender mais que servi-las e obedecê-las”.³⁶ Nesse ponto, como se pode observar, Finnis não adere ao abandono da “razão” e segue a compreensão clássica no sentido de que a conduta

la fundamentación metafísica y antropológica de la ética, ni la relevancia del conocimiento especulativo en y para el práctico. Finnis afirma clara y sucintamente «que “si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes”» (O’Connor, Aquinas and Natural Law, p. 18). Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen.” (destaque meus)

³³ CIANCIARDO, Juan. In: *Modernidade y ‘Falácia Naturalista’*. Chia, Colômbia: Dikaion año/vol. 18, número 013, 2004, Universidade La Sabana, pp.27-42.

³⁴ ORREGO, Cristóbal S. In: *John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la teoría de la Ley Natural. Acta Philosophica. Semestrare, vol. 10 (2001), fasc. 1. Gennaio/Giugno*, p. 80.

³⁵ FINNIS, John . In: *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 45.

³⁶ HUME, David. In: *Tratado de la Naturaleza Humana* Editores Porrúa: México, 1987, p. 267 (livro iii, parte i, seção i).

humana se inspira nela e que o direito “(...) é expressão de certa prudência e inteligência”.³⁷ Norteando-se, portanto, por uma concepção originariamente aristotélica “(...) querer o reino da lei é querer o reino exclusivo de Deus e da razão (...), pois a lei é a razão livre de apetites (...)”.³⁸

A alternativa ao reino do direito é o “governo dos homens”, que nada mais é senão o domínio do homem pelo homem, o império da força bruta. Sem o direito, instaura-se a arbitrariedade. Abandonar o direito é entregar a ação social à irracionalidade, porque, se “a lei é a regra e medida dos atos”, há de se concluir que o direito é produto da razão, uma vez que “a regra e medida dos atos humanos é a razão”.³⁹ A razão que produz o direito é a “razão prática”, que dirige os atos humanos ao bem agir, orientados pela virtude da prudência.⁴⁰ O direito é uma “proposição universal da razão prática”⁴¹ ou uma “regra da prudência” escrita.⁴² O direito, então, para além de uma predição, deve ser também concebido como uma medida, isto é, um padrão (*standard*) que qualifica as ações como obrigatórias, permitidas ou proibidas.

Na defesa da razão, Finnis nega que a doutrina clássica do direito natural tenha incidido nas falácias a ela atribuídas e sustenta que as teorias propostas pelas suas principais figuras, Platão, Aristóteles e, a mais relevante de todas, Tomás de Aquino, são acusadas sem justificativas sensatas. Como dito, os pensadores citados jamais ignoraram a lacuna que separa o “ser” do “dever” (ou a descrição de algo e a prescrição da conduta adequada). No entanto, Finnis admite - e por seu turno busca trazer soluções - que os referidos pensadores não resolveram o atormentador problema de estabelecer a “ponte” que conecta a realidade que “é” com o “dever” que dela se evidencia. A essa difícil tarefa se

³⁷ ARISTÓTELES. *In*: Ética X, 9, 1180^a. Onde se lê “lei”, deve-se compreendê-la em seu sentido amplo, ou seja, como direito.

³⁸ ARISTÓTELES. *In*: Política III, 16, 1287^a. Onde se lê “lei” deve-se compreendê-la em seu sentido amplo, ou seja, como direito.

³⁹ AQUINO, Tomás. *In*: S.T., I-II, q. 90, a.1.

⁴⁰ O termo “prudência”, não deve aqui ser compreendido na sua concepção semântica moderna como cautela, cuidado ou mesmo indecisão, mas sim no sentido de agir corretamente. É a reta razão aplicada ao agir (*prudentia - recta ratio agibilium*). AQUINO, . Tomás de. *In*: A Prudência: A Virtude da Decisão Certa, São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. IX-X, introdução de Jean Lauand.

⁴¹ AQUINO, Tomás. *In*: S.T. I-II, q. 90, a.2.

⁴² *Ibid.* q. 57, a.1.

propôs, inicialmente, o filósofo e teólogo católico Germain Grisez, que logo passou a contar com a adesão de Finnis e de Joseph Boyle. Basicamente, Grisez elaborou uma teoria deontológica que, ao contrário das teorias ontológicas, descarta a ideia de uma “ordem normativa natural” e identifica os princípios normativos sem derivá-los da “natureza”, uma vez que insiste na separação entre “razão teórica” e “razão prática”; do “ser” e do “dever”; da “metafísica” da “ética”.⁴³

1.3.2.2 A relação entre direito e moral

Nunca deixando de creditar os méritos dessa inovação teórica a Grisez, Finnis argumenta que a natureza humana não tem relevância (ou, ao menos, tanta importância) para a construção da “razoabilidade prática”. O professor australiano compreende que o objeto de reflexão do direito é consubstanciado em uma ordem de “coisas práticas” (direito como uma ordem prática). O pensamento prático é pensar acerca do que (deve-se) fazer. Segundo sustenta, para se conseguir uma descrição precisa que permita distinguir o direito de outras práticas sociais, é necessário diferenciar o “caso central” da realidade analisada dos casos “periféricos” ou “diluídos” (“*watered-down*”, “*licuados*” ou “*aguados*”) dessa mesma realidade. Se a realidade pesquisada é o direito, então o que interessa demarcar é o “caso central” do direito. Como já mencionado, para resolver esse problema, Finnis utiliza uma técnica que já fora instrumentalizada por Aristóteles: a analogia.⁴⁴

Cabe salientar, que o emprego dessa metodologia por Finnis visa, deliberadamente, enfrentar um argumento bastante explorado pelos positivistas jurídicos que é o suposto equívoco jusnaturalista, de identificar dois fenômenos que seriam claramente distintos: o direito e a justiça. Essa concepção, tida

⁴³ GEORGE, Robert P. In: *Ley Natural y Naturaleza Humana. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.37, nº 110, 2004, pp.2-3.

⁴⁴ FINNIS, John. In: *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 32. Essa técnica consiste na diferenciação entre o analogado primeiro dos analogados secundários. O analogado primário é a realidade em toda sua plenitude, absoluta (*simpliciter*), ao passo que os analogados secundários (*secundum quid*) dizem respeito a uma matização da realidade. Referem-se, portanto, à realidade em certa medida. Descrevem ou dizem algo dessa realidade, mas não tudo. São uma espécie de defecção da realidade. Ver também nota referente ao item I.3 do Capítulo I do *Lei Natural e Direitos Naturais*.

supostamente como a base da doutrina jusnaturalista teria como emblema o brocardo “*lex iniusta non est lex*”. Dessa confusão é que se destaca Finnis na a teoria do direito e que, por sua vez, motivou a escolha do tema dessa dissertação: sob nítida inspiração de Aquino, mas com uma perspectiva distinta, proposta por Grisez, Finnis não adere de forma simplória à assertiva de que “direito injusto não é direito”. Aliás, pelas formas tomadas pelo jusnaturalismo e pelo juspositivismo na atualidade, a visão de Finnis, encarada de modo menos acurado, parece-se mais com uma visão positivista contemporânea do que com o jusnaturalismo.⁴⁵

Dado que aqui se afirma que Finnis não adere ao brocardo “*lex iniusta non est lex*”, o leitor deve estar, com toda razão, se indagando: por que, então, esse autor não se insere entre os positivistas jurídicos? A essa perplexidade pode-se tentar responder esclarecendo que Finnis, além de expressamente se classificar como jusnaturalista (ainda que da “Nova Escola”), não compartilha da completa aversão acerca do “mérito” do direito como critério de validade. Ainda contrariamente ao propugnado pelos positivistas jurídicos, Finnis não relega a outros campos do conhecimento, aspectos que, sob sua ótica, são atinentes à ciência jurídica, dentre os quais desponta a aplicação do direito e o dever de obediência que, para ele, emana do direito.

Com efeito, para o autor, tanto o direito justo quanto o injusto integram o objeto da ciência jurídica. Nesse aspecto, portanto, a teoria de Finnis está em sintonia com o cerne da teoria positivista. Struchiner, preocupado com a precisão terminológica e conceitual na análise jurídica destaca, com base em John Gardner e Martín Farrel, e em desconformidade do jusnaturalismo de Finnis, que a observância do direito e a sua validade – fenômenos que vão flertar com a ideia de “justiça” – não são objetos a serem estudados pela ciência do direito, mas sim por outras disciplinas que possuem momentos e escalas próprios. Vejamos:

O positivismo conceitual é um exercício analítico de identificação do direito sem qualquer pretensão de realizar, necessariamente, um insulamento da prática jurídica. Sendo assim, ele deixa as perguntas

⁴⁵ HART, H.L.A. *In: Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford Clarendon Press, p. 10 e 16. O autor citado expressamente afirma que a doutrina de Finnis é muito **mais complementar** do que contraposta a do direito positivo. (traduzindo: “*Finnis's flexible interpretation of natural law is in many respects complementary to rather than a rival of positivist legal theory.*”) (destaques meus)

certas para o momento certo. Conforme mencionado, ele deixa as portas abertas para investigações adicionais sobre como lidar com o direito identificado como válido. O positivismo conceitual permite a realização de experimentos controlados acerca do material normativo identificado de acordo com o critério de fonte. Talvez o leitor não concorde que o critério de fonte seja um critério suficiente para qualificar algo como jurídico. Não obstante, ainda assim vale a pena investigar esse material, já que ele apresenta uma pretensão forte de autoridade em nossas sociedades contemporâneas. Logo, no decorrer da tese, passamos a discutir, mais detidamente, os problemas que podem afetar o material normativo e as diferentes formas em que esse material pode integrar o raciocínio prático dos operadores do direito, principalmente os juízes.⁴⁶

1.3.2.3 O ponto de vista prático

Finnis compartilha da tese do “ponto de vista interno” desenvolvida por Hart, que pressupõe como observador do direito alguém submetido às regras que quer examinar e que, vale lembrar, as emprega como “*standards*” para medir a conduta própria e alheia. Da mesma forma, adere aos pontos de vista destacados por Raz (o do “homem comum” no livro “*The Concept of a Legal System*”, 1970; e 2ª edição, 1980” e o “*legal*”, no livro “*Practical Reason and Norms*”, 1975; e 2ª edição, 1990). Todavia, o autor não para por aí e critica as posições de Raz e Hart qualificando-as de instáveis e insatisfatórias, pois recusam-se a atribuir um significado às diferenciações (peculiaridades) que o protagonista, que está submetido à norma jurídica, certamente iria considerar importante na prática. Segundo Finnis, Hart e Raz, no entanto, não empregam a ferramenta do “caso central” quando tratam dos pontos de vistas que preconizam, ainda que não ignorem que o ponto de vista adotado por alguém como um “juiz anarquista” – aquele que aplica o direito com o intuito de destruir os sistema jurídico como um todo –, é, certamente, um ponto de vista corrompido que faz do direito um tipo significativamente diferenciado de ordem social e o mantém assim.⁴⁷

O autor chega a mostrar certa perplexidade e não compreende por que Hart e Raz, à certa altura, abandonam o método do “caso central”, cuja

⁴⁶ STRUCHINER, N. *In: Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito. Tese de Doutorado, Puc-Rio, Departamento de Filosofia, 2005, p.54.*

⁴⁷ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 270-273.*

importância já havia sido admitida por ambos na análise descritiva do direito e na eleição do ponto de vista de quem irá estudar o fenômeno. O autor indaga-se: se a utilizam na descrição do direito internacional, que, por ter como referência (“caso central”) o direito dos estados-nações, é reputado como periférico, por que não fazem o mesmo quando descrevem o “ponto de vista do observador”?⁴⁸ O autor, apesar de iniciar suas análises do ponto de vista do observador do direito, a partir da trilha pavimentada por Hart, acabou se distanciando da doutrina de seu mestre. Com efeito, levando em conta a perspectiva pela qual o observador estuda o direito, Finnis afirma que:⁴⁹

Se existe um ponto de vista sob o qual uma obrigação legal é tratada como, pelo menos presumivelmente, uma obrigação moral (e, assim, como de “grande importância”, a ser mantida “em oposição ao impulso das fortes paixões” e “ao custo de sacrificar considerável interesse pessoal”), um ponto de vista segundo o qual o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica em distinção a uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária são encarados como um ideal moral, quando não uma exigência premente de justiça, então tal ponto de vista irá constituir o caso central do ponto de vista **legal**. Pois apenas segundo tal ponto de vista é uma questão de suma importância que faz o direito, conquanto distinto de outras formas de ordem social, deva passar e existir e, assim, se tornar um objeto da descrição do teórico. Mas o termo moral tem uma conotação um tanto incerta. Logo, é preferível formular nossa conclusão em termos de razoabilidade prática (veja V.1, V.10, VI.1, XI.1 e XI.4). Se existe um ponto de vista segundo o qual a instituição do Estado de Direito (X.4) e a obediência a regras e princípios de direito de acordo com o teor são encaradas como requisitos pelo menos presumíveis da própria razoabilidade prática, tal ponto de vista é aquele que deve ser usado como padrão de referência pelo teórico que descreve as características da ordem jurídica.⁵⁰

Embora Finnis, como já observado, concorde com os positivistas jurídicos no sentido de que, quando se fala em direito, é imprescindível ter como principal referência as regras jurídicas positivadas - o “caso central” para Finnis -, o autor acrescenta um elemento que vai restringir o espaço destinado ao campo exclusivamente jurídico. Esse elemento é a “razoabilidade prática”. Se, por um lado, sua teoria não exclui o direito injusto do material investigado pelo jurista, por outro, ele não o compreende como um fenômeno social em sua máxima

⁴⁸ HART, H.L.A. *In: O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 5ª edição, 2007, pp. 229-253.

⁴⁹ FINNIS, John M. *in Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 27-28. no trecho acima descrito foi destacada em negrito a palavra “legal” a fim de se consignar nesta nota que a melhor tradução do termo para o português ao meu ver seria a palavra “jurídico”.

⁵⁰ *Ibid.* No trecho acima transcrito foi destacada em negrito a palavra “legal” a fim de se esclarecer que a melhor tradução do termo para o português ao meu ver seria a palavra “jurídico”.

densidade, senão como um caso diluído, defectivo ou defeituoso de direito.⁵¹ Todavia, embora permaneça fazendo parte do objeto jurídico, o “direito injusto”, passa a ser periférico. E, por outro lado, a “justiça” ou “injustiça” da norma jurídica, não deixam de ser pertinentes ao direito para serem relegadas a outros campos de estudo tais como a filosofia política ou a ética, como defendem os positivistas.⁵²

O jurista argentino Santiago Legarre chama a atenção para a visão do jusnaturalista Javier Hervada acerca do que seria direito.⁵³ Para o professor da Universidade de Navarra – que, para fins didáticos será aqui rotulado como “realista jusnaturalista” e que, diga-se, tem um pensamento doutrinário muito próximo ao de Michel Villey” –, o direito seria “o justo”. Mas o que seria o justo? Para essa vertente de pensamento, o “justo” é dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), e pouco tem a ver com a norma positiva que apesar de ser atinente ao direito não é algo a ele idêntico.⁵⁴ A concepção “jusnaturalista

⁵¹ LEGARRE. Santiago. In: *El Concepto de Derecho em John Finnis*. Persona y Derecho, Pamplona, v. 10, 1999, p. 68-69. “(...) não se deve cair, portanto, na tentação na qual, segundo alguns positivistas, havia incorrido o jusnaturalismo em relegar questões como a atinente ao direito justo a outras ciências, aduzindo sem mais que ‘*lex iniusta non est lex*’: deve-se proceder sem ignorar nem expulsar a outra disciplina os casos das matérias em estudo que sejam imaturos, primitivos, corrompidos, desviados ou que de qualquer outra forma sejam exemplos apenas em ‘um sentido restrito’ ou bem ‘em um sentido amplo’. Essa aceitação de que o direito injusto é direito (*secundum quid*) não é estranha, por certo ao pensamento de Tomás de Aquino, como demonstra Finnis. No original: “no se debe caerse, por tanto, en la tentación, en la que según algunos positivistas habría incurrido el iusnaturalismo, de relegar cuestiones como la atinente al derecho injusto, a otras ciencias aduciendo sin más que ‘*lex iniusta non est lex*’: debe procederse ‘sin ignorar ni expulsar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo ‘en un sentido restringido’ o bien ‘en un sentido amplio’(...). Esta aceptación de que el derecho injusto es derecho (*secundum quid*) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra Finnis.”

⁵² Sobre o tema, destaco o texto “¿Discusión Entre El Derecho Natural y El Positivismo Jurídico?” de Martín D. Farrel, in *Doxa*, 21 – II, 1998, pág. 128, no qual o autor, que é positivista, afirma que, se a discussão relativa ao momento da avaliação moral do direito – momento em que a lei é produzida e momento em que a lei é aplicada -, não tem importância, e que, se o que é realmente importante é a discussão acerca de qual a teoria moral a ser aplicada para a valoração do direito – se, por exemplo uma teoria utilitarista ou deontológica kantiana -, então o tema mais importante da filosofia do direito – vale dizer: da aplicação ou da elaboração de uma lei justa ou injusta - seria um tema de discussão pertinente à ética e não à filosofia do direito.

⁵³ HERVADA, J. In: *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.132-133.

⁵⁴ Michel Villey é um crítico ferrenho do pensamento jurídico moderno. Entende que houve uma total distorção na noção de direito romano e que a maior causa disso tudo se deu por conta do moralismo estóico e judaico-cristão. Essas duas correntes de pensamento confeririam, segundo Villey, ênfase a normatização da conduta das pessoas e não à técnica da partilha das coisas ou bens. Coisas essas que são externas ao ser. O verdadeiro direito (*to dikaion*) decorreria da “justa-medida”, do “meio-termo”, como se vê no Livro V da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles.

contemporânea” é a de que a lei é apenas um aspecto do direito, do qual também participam o costume, os precedentes judiciais, a doutrina jurídica e os princípios decorrentes do sistema que não estão positivados.⁵⁵

Da mesma forma que Finnis, Hervada utiliza a analogia como ferramenta e, por esse motivo, as normas jurídicas receberiam o nome de direito. Entretanto, apesar de reconhecer a importância da lei (direito positivado), o autor resiste em alçá-la ao objeto principal do direito. Para ele, as leis só interessam ao direito (ao jurista) quando se tratam de “leis justas”. Afora isso, são assuntos políticos e não jurídicos. Finnis usa a analogia para explicar o direito injusto, posto que identifica direito positivo à lei. Hervada, por seu turno, não permite identificar uma lei injusta com o direito. Finnis e Hervada concordam, no entanto, que o direito positivo é derivado do direito natural, na medida em que esse precisa se concretizar no plano espacial e temporal. Ambos, também, estão de acordo em que, para que o direito positivo produza razões para a ação e, portanto, seja respeitado, ele deve se adequar às universais perenes da “lei moral”, ou, na terminologia de Finnis, às exigências ou requisitos básicos da “razoabilidade prática”.⁵⁶

O professor da Universidade de Oxford apresenta os princípios do direito natural e indica os fatores que dariam sentido à expressão direito natural. São eles: (i) princípios práticos básicos; (ii) conjunto e requisitos metodológicos de razoabilidade prática; (iii) um conjunto de padrões morais gerais.⁵⁷ Nas seções IX.2, X.2, X.5, X.6, XI.4, XII.3, XII.4, do livro “Lei Natural e Direitos Naturais”, o autor busca corrigir a imagem distorcida do direito natural concebida pelos juspositivistas que, de um modo geral, o vêem da seguinte forma:⁵⁸

Kelsen corretamente salienta que, de acordo com as teorias do direito natural, não existe qualquer noção específica de validade jurídica. O único conceito de validade é a validade de acordo com o direito natural,

⁵⁵ Essa concepção vai ao encontro do que é propugnado pelos positivistas especificamente quando tratam da “tese das fontes sociais” do direito.

⁵⁶ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 106-136. Conforme dito na introdução, não é a intenção dessa dissertação explicar detalhadamente os diversos pontos da doutrina de Finnis, mas demonstrar de uma forma geral, os esclarecimentos que ele oferece em relação ao jusnaturalismo na sua versão clássica.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 38.

⁵⁸ RAZ, Joseph. *In: Kelsen's Theory of the Basic Norm. American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, p. 100.

isto é, a validade moral. Os jusnaturalistas só podem considerar um direito como moralmente válido, ou seja, justo, ou, então, como moralmente inválido, isto é, errado. Não podem dizer de um direito que ele é juridicamente válido mas moralmente errado. Se é errado e injusto é também inválido no único sentido de validade que eles reconhecem.

Finnis critica a argumentação de Kelsen contra a pretensão de que o direito natural é que fundamentaria o direito positivo por meio de uma delegação. Na visão de Kelsen, essa derivação é logicamente impossível, posto que a delegação, na verdade, só conferiria validade jurídica às normas por terem sido criadas pelo poder delegatário, que poderia, simplesmente, ignorar o direito natural e “positivar” o direito que lhe fosse mais conveniente. Para Kelsen, e outros positivistas jurídicos de envergadura, a moral é relativa e não passa de um julgamento de ordem pessoal e político, sem nenhuma validade objetiva e, por conta disso, não pode servir como justificativa de validade do direito.⁵⁹

Sucedo que esse argumento de Kelsen seria sofismático, na medida em que o direito positivo deve surgir de modo juridicamente válido (em sua acepção mais restrita, por intermédio das “fontes sociais”) e que não é materialmente injusto nem em seu conteúdo, nem nas circunstâncias relevantes em que é postulado. Tomás de Aquino elaborou a conexão entre o direito natural e o direito positivo de modo que o delegatário não tenha discricionariedade para simplesmente substituir um pelo outro. A delegação é restrita e deve obedecer os limites dessa restrição. Ou seja: a delegação é condicional.

Kelsen demonstra não ter percebido as conexões existentes entre o direito natural e o direito positivo e, por conta dessa deficiência, afirma de modo categórico que os jusnaturalistas sustentam que o direito natural é a origem de toda a validade do direito positivo. Este último, segundo Kelsen, seria para os jusnaturalistas uma mera reprodução da verdadeira “lei”, ou seja, do direito natural.

Essa visão caricatural de Kelsen sobre o direito natural não se sustenta na perspectiva de Finnis. Tomás da Aquino, séculos antes, já explicava a

⁵⁹ KELSEN, Hans. *In: O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.137.

conexão entre esses dois aspectos do direito: embora Tomás realmente afirme que o direito positivo deriva sua validade do direito natural, ele, concomitantemente, mostra como aquele não é mera emanção, ou uma cópia deste, e constata como o legislador goza de toda a liberdade criativa de modo análogo a um arquiteto.⁶⁰ Aquino crê que o **direito positivo** é necessário por duas razões. Uma delas é a de que o próprio direito natural “de alguma forma já existente” não fornece todas ou mesmo a maioria das soluções para a vida em comunidade.⁶¹ A outra função do direito positivo, na visão de Aquino, é a de suplementar os requisitos “naturais” da moralidade, compelindo aqueles que não cumprem espontaneamente as regras da vida em comunidade a agirem de modo razoável.⁶²

Nada mais equivocado, entretanto, do que a ideia de que o direito natural opera com uma noção hermética de verdade, no sentido de que todos os homens se dedicariam aos mesmos objetivos, bens e ideais. Embora Hart afirme que o direito natural tem a pretensão de fornecer uma verdade universal, não revela, contudo, a fonte desse pensamento. Finnis, por sua vez, citando cientistas sociais do porte de Heinrich Rommen e Leo Strauss, procura demonstrar que os jusnaturalistas clássicos – incluindo-se Tomás de Aquino, que se inspira em grande medida na concepção aristotélica de direito - compreendem a variedade de bens e a intensidade pela qual cada indivíduo se dedica a eles. Leo Strauss chega a afirmar que “o conhecimento da variedade indefinidamente grande das noções de certo e errado está longe de ser incompatível com a ideia de direito natural que é a condição essencial para a emergência dessa ideia: o entendimento da variedade de noções de certo é o incentivo para a busca do direito natural”.⁶³

⁶⁰ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 276-277.

⁶¹ KELSEN, Hans. *In: O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 142, nota nº 9 (p. 387). É oportuno reforçar que, de acordo com Finnis, Kelsen tem uma visão distorcida do direito natural clássico, na medida em que bebeu de fontes jusnaturalistas que estariam “contaminadas”. No ponto referenciado nesta nota, vê-se que Kelsen cita como paradigma jusnaturalista Hugo Grotius, pensador que, por sua vez, se inspirou não na escolástica tomista mas na “escolástica tardia” de Suarez, Vitoria, Vasquez e outros, que não representam, com exatidão, o pensamento tomista, e está repleto de influências estoicas e de influências consonantes com o contexto político e econômico da época na qual a conquista e a exploração das colônias ultramarinas demandavam por um direito com pretensão de validade global.

⁶² AQUINO *In: ST I-II*, q. 90, a.3 ad.2; q.95, a.1.c e ad.2; q. 96, a.5c; PLATÃO, *In: A República*, 519; e, ARISTÓTELES. *In: Ética a Nicômaco*, X: 1180a.22.

⁶³ STRAUSS, Leo. *In: Direito Natural e História*. Lisboa: Edições 70, pp. 40-41.

Para se compreender esse sofisticado pensamento acerca do direito natural, é de grande importância conhecer a tríplice categorização de Aquino, quanto a seus princípios e preceitos.⁶⁴

(i) *communissima* (princípios mais gerais). Esse conceito é o mais próximo que a teoria de Aquino, chega da asserção feita por Hart em sua crítica ao jusnaturalismo de que os homens teriam os mesmos objetivos. Aquino sustenta que todos os seres humanos que chegam a “idade da razão” são aptos a reconhecer os bens básicos essenciais para a existência humana.

(ii) distorção e obscuridade das noções morais mais elementares pelos mais diversos motivos como equívoco, preconceito etc., por parte do homem e de grupos (culturais) humanos inteiros. Algumas pessoas se recusam a enxergar suas obrigações morais para com outrem e supõem que desde que não façam mal a terceiros, tudo lhe é permitido;

(iii) Há questões morais que só podem ser resolvidas por pessoas sábias e que se dediquem a encontrar uma saída correta para elas, obviamente porque são muito complexas e inacessíveis ao homem mais simplório.

O argumento de Hart de que a concepção de “finalidade ou bem **humanos para o homem**”, que foi concebida, segundo crê, pelos “expoentes clássicos” do jusnaturalismo, seria algo “complexo”, “discutível” ou “questionável”, não retira, em absolutamente nada, segundo Finnis, o mérito do jusnaturalismo, na medida em que o “verdadeiro problema da moralidade e do propósito ou significado da existência humana não está em discernir os aspectos básicos do bem-estar humano, mas em integrar esses vários aspectos em compromissos, projetos e ações inteligentes e razoáveis que contribuam para compor uma ou outra das muitas formas admiráveis de vida humana”.⁶⁵

Finnis explica que os teóricos do direito natural, notadamente Aristóteles e Tomás de Aquino, jamais negaram a dificuldade do ser humano em compreender o que seja “evidente por si mesmo”. Do mesmo modo, o autor reconhece que a ética demanda uma discussão entre pessoas maduras e experientes. Apesar de não dizer expressamente, Finnis sugere que essa dificuldade não é um “problema” específico da teoria do direito natural e pondera que há princípios epistemológicos ou normas da racionalidade teórica que, apesar de não poderem ser demonstrados, e, acrescente-se, talvez serem

⁶⁴ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais.* São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 40- 41.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 42.

incompreensíveis para alguns, permanecem considerados como “evidentes por si mesmo”.⁶⁶

1.3.3 Pós-positivismo

Qual a característica digna de nota ou a essência da doutrina chamada de pós-positivismo? Ronaldo Dworkin e Robert Alexy talvez sejam os maiores expoentes do movimento pós-positivista, que confere um novo destaque aos valores, sob a roupagem dos princípios.⁶⁷ Neil MacCormick, na nota de “Acréscimo à Segunda Edição” do livro “H.L.A. Hart”, explicitamente reivindica o rótulo de pós-positivista (“*post-positivist*”) para o conjunto de sua produção teórica. Struchiner mostra-se cético em relação ao que ele denomina de “o mais novo clichê” que permeia o mundo acadêmico e que sustenta que a filosofia do direito contemporânea superou a dicotomia entre a teoria do positivismo jurídico e a do direito natural. Com efeito, segundo Struchiner, pulula a rotulagem de “novas doutrinas” que passariam a integrar a filosofia do direito tais como: “direito pós-moderno”, “pós-positivismo”, “não-positivismo principiológico” etc. O autor expõe sua preocupação com esse quadro, que considera grave, notadamente porque essa “onda” não se apóia em uma verificação acurada dos fundamentos das teses apresentadas e dos conceitos que lhes conferem respaldo. Não falta razão ao mencionado professor, posto que, de fato, o assunto, no mínimo, é abordado de “maneira simplória” ou, talvez, até equivocada, o que parece estar se tornando uma constante, e não apenas no cenário nacional.⁶⁸

Nessa linha de raciocínio, também envereda o jurista italiano Aldo Schiavello, que argumenta que existem aspectos em relação aos quais a divergência entre as duas tradições de pesquisa jurídica permanecem bastante acentuadas e merecem ser evidenciadas. Ou seja, ao contrário do que afirmam os defensores do sincretismo (autores pós-positivistas) entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, não seria possível uma aproximação entre ambas as vertentes

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 42-43.

⁶⁷ VIGO, Rodolfo L. In: *El Antipositivismo Jurídico de Ronald Dworkin*. Anuário Jurídico XV, Ciudad Universitaria, México, Unam, 1988, p. 297-332.

⁶⁸ STRUCHINER, Noel. In: *Para Falar de Regras. O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito*. Tese de Doutorado. Departamento de Filosofia. Puc-Rio, 2005, p. 22.

posto que as disparidades entre as duas grandes correntes não teriam desaparecido. Com efeito, Schiavello afirma:⁶⁹

Se é verdade, como sustenta Neil MacCormick que “a melhor forma de juspositivismo conduz-nos, por muitos aspectos relevantes, a conclusões similares àquelas versões mais plausíveis do jusnaturalismo, é entretanto verdadeiro que são também aspectos em relação aos quais a divergência entre as duas tradições do estudo jusfilosófico permanece bastante acentuada e merece ser evidenciada”.

Não importando o rótulo - “pós-positivismo”, “*não-positivismo*”, “anti-positivismo”-, o importante é registrar que, embora não assuma uma identidade jusnaturalista, a referida doutrina basicamente vincula, mesmo de que diversas maneiras a moral ao direito. É comum aos adeptos dessa corrente teórica - se é que se pode dizer que disso que se trata -, esposarem que o direito deve expressar valores de determinada sociedade e, ainda, que devem estar fixados na constituição política que rege essa sociedade.

Como já afirmado, há de se concordar com a falta de uma análise mais rigorosa quanto aos conceitos empregados na sustentação de teses jurídicas que pretendem representar uma “nova era” do direito. Deveras, não é fácil manter o rigor analítico, quando se quer representar uma realidade extremamente complexa como é a estudada pelas ciências jurídicas. Nesse ponto, também deve ser questionada, como faz o jurista americano Mark C. Murphy, a postura dos positivistas jurídicos que não se preocupam, segundo afirma, em explicar os casos em que o direito objeto de seu estudo apresentam deficiências ou defecções.⁷⁰

O referido autor faz uma crítica interessante no sentido de que há um sem número de teóricos do direito que desmerecem outras doutrinas,

⁶⁹ SCHIAVELLO, Aldo. In: “*L’eterno ritorno della contraposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo: Una replica a Salvatore Amato*” (O eterno retorno da contraposição entre o juspositivismo e o jusnaturalismo: Uma réplica a Salvatore Amato), em <http://www.uilpadirigentiministeriali.com/Documentazione/Articoli,%20interventi,%20contributi/2009/maggio%202009/24-5-009/L%E2%80%99eterno%20ritorno%20della%20contrapposizi.doc>, último acesso em 2/02/2012. No original: “*Se è vero, come sostiene Neil MacCormick, che «le forme migliori di iuspositivismo conducono, per molti importanti aspetti, a conclusioni simili a quelle delle versioni più plausibili di giusnaturalismo», è altrettanto vero che vi sono anche aspetti in relazione ai quali la divergenza tra le due tradizioni di ricerca giusfilosofiche rimane abbastanza accentuata e merita di essere evidenziata.*” Para mais detalhes a respeito do positivismo jurídico de MacCormick ver o artigo do referido autor “*Law, Morality and Positivism*”, *Legal Studies, Volume I, Issue 2, p. 131/145, 1981.*

⁷⁰ MURPHY, Mark C. *Natural Law In Jurisprudence and Politics. Cambridge Studies On Philosophie And Law.* Cambridge University Press: New York, 2006, pp.23/24.

notadamente o jusnaturalismo, mas não se preocupam em fazer qualquer análise detida dos conceitos jurídicos e, via de consequência, de suas das formas defectivas. Direcionando suas baterias aos positivistas jurídicos, Murphy sustenta que quem se propõe a apresentar determinado objeto ou realidade pura também tem o ônus de mostrar suas formas corrompidas ou defectivas. Alguém que se propõe a apresentar o que seria uma teoria descritiva completada do direito tem, então, o ônus de demonstrar o que seria uma teoria descritiva incompleta. Quem diz o que é perfeito tem que saber o que é imperfeito e não fazer uma definição negativa pelo método de exclusão.⁷¹

⁷¹ MURPHY, Mark C. *In: Natural Law in jurisprudence. Cambridge Journals*, em <http://journal.cambridge.org>, acessado em 27 de abril de 2011, pp. 263-264.