

3

A contraposição entre o positivismo metodológico/conceitual e o jusnaturalismo ¹⁸⁰

Para que uma teoria “X” se contraponha efetivamente a uma outra teoria (denominemos de teoria “Y”), precisa oferecer um fator epistemológico que a supere. Esse fator poderia ser uma descrição mais precisa bem como uma capacidade explicativa mais extensa. Embora possa admitir-se que essa afirmação seja uma tanto quanto imprecisa, uma vez que não tem aptidão para afetar eventuais conflitos teóricos e, ainda no que toca ao mérito, tem-se, como senso comum, que o conflito entre duas teorias só se instala quando ambas abordam o mesmo assunto e as conclusões delas emanadas não chegam nunca a se harmonizar.¹⁸¹ Disso pode-se extrair que a complementação de uma teoria à outra indica que não existe contraposição real, porém apenas uma visão parcial de cada uma, que, no transcurso do tempo, após alguma maturação, pode se encaixar a outra de modo a revelar uma visão mais completa do objeto pesquisado, no caso, a natureza do direito.¹⁸²

Nesta dissertação, tem-se por objetivo demonstrar que a “versão fraca” da teoria jusnaturalista, conforme defendida por Finnis, não é totalmente incompatível com o positivismo conceitual. Essa assertiva baseia-se na pressuposição de que se logrou demonstrar no transcurso do texto que a “versão fraca”, não só encampa em sua concepção as linhas do positivismo jurídico, como

¹⁸⁰ SGARBI, Adrian. *In: O Significado do Direito. Perspectivas Atuais de Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, O autor esclarece que toda ciência do direito implica a explicitação de uma metodologia jurídica e a define como “(...) um conjunto de expedientes intelectuais que permite uma concepção da realidade indagada, mediante incursões de algum modo.

¹⁸¹ CASEY, Brian. *In Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p.87. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

¹⁸² STRUCHINER, Noel. *In: Para se falar de regra: O Positivismo Conceitual como Cenário para uma Investigação Filosófica acerca dos Casos Difíceis do Direito.* Tese de Doutorado, Puc-Rio, p. 20. No que diz respeito à contribuição que cada teoria pode oferecer é interessante transcrever o seguinte trecho: “Conforme salientam os jusfilósofos argentinos Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, no livro *Normative Systems* (1971, p.9), ‘um modelo abstrato não pode reproduzir toda a realidade, mas não existe nenhum aspecto da realidade que não possa ser reproduzido em algum modelo’. O direito é uma dessas realidades extremamente complexas, cuja essência ou natureza não pode ser capturada por um único modelo abstrato. Daí a pluralidade de perspectivas, movimentos e escolas teóricas que surgiram sobre o direito.

também a pressupõe para que se perscrute a validade jurídica de determinada norma. Reputamos, portanto, necessário apresentar uma teoria geral do direito apta a descrever, com o cuidado exigido, a normatividade específica apresentada pelo direito. Para tanto, impõe-se uma pesquisa acerca da sua natureza, considerando-se que as ideias atinentes ao positivismo jurídico somente oferecem uma visão descritiva que atribui ao direito um poder de obrigar, independentemente de possuir e fornecer razões para a ação.¹⁸³

Embora se tenha abordado duas maneiras pelas quais o positivismo jurídico tenta explicar a normatividade do direito, mantendo a tese da separabilidade entre direito e moral, não se investigou os méritos dessas explicações. Voltemos então agora a essa empreitada, com vistas a questão de como se poderia apresentar uma teoria geral do direito que explicasse a normatividade inerente ao direito. O debate acerca da melhor maneira de teorizar sobre o direito na ciência jurídica pode ser denominado como “problema de metodologia”.¹⁸⁴ Como se tentará mostrar na sequência, para se sustentar a alegação de que o direito prevê normas que as pessoas racionais deveriam ter como guias para sua conduta, a “tese da leitura fraca do direito natural” esposta que uma explicação completa da natureza do direito exige uma aplicação da razoabilidade prática. Em contraste, um defensor do “positivismo jurídico metodológico”, nos termos antes definidos, vai afirmar o seguinte: ao teorizar-se sobre a natureza do direito, não se demanda um julgamento moral ou valorativo.

Voltemos ao argumento de que a “versão fraca do direito natural” exige o emprego da “razoabilidade prática” para explicar de modo integral a natureza do direito e por que o “positivismo jurídico metodológico”, por outro lado, não o faz com a mesma força persuasiva que a primeira. Com vistas a

¹⁸³ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p.87. *A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.*

¹⁸⁴ A expressão “problema metodologia” foi nesse contexto utilizada por Brian Leiter em *Beyond the Hart/Dworkin Debate: the Methodology Problem in Jurisprudence*, pp. 17-51. Dois ensaios recentes sobre o atual debate metodológico sobre como teorizar sobre a natureza de direito são: Jules Coleman, “*Methodology*”, in Jules Coleman e Scott Shapiro ed., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002) 311-351; e Julie Dickson, . In: *Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey*. Oxford: Oxford University Press, 2001, também fornece uma visão panorâmica sobre esses debates.

alcançar esse intento, mostraremos as origens do “descritivismo” em Hart e, na sequência, veremos as críticas que John Finnis suscita esse respeito, apresentando dois argumentos a fim de justificar a exigência da **aplicação da razoabilidade prática** na análise da natureza do direito. Após o estudo da refutação finnisiana, abordaremos a crítica bastante comum, mas que entendemos equivocadas, aos argumentos de Finnis. Na sequência, apresentaremos os posicionamentos de Jules Coleman e Brian Leiter sobre esse tema.¹⁸⁵ Por fim buscaremos demonstrar que as teorias positivistas não se preocupam em tentar explicar a normatividade do direito ao passo que a “tese fraca do direito natural” busca compreender a capacidade do direito de fornecer razões para agir.

3.1 O descritivismo sociológico de Hart

Hart começa o texto original de “O Conceito de Direito”, alegando que “não obstante a sua preocupação com a análise, o livro também pode ser encarado como um ensaio de sociologia descritiva.”¹⁸⁶ Assim, apesar do título da obra, pode-se perceber que Hart não estava interessado unicamente na análise conceitual do direito, ao menos numa visão tradicional, considerando-se que não tentou identificar as condições necessárias e suficientes para a aplicação do direito. Pelo contrário, Hart reconhece que há dois tipos de direito, os casos claros e os “casos-limite”, que geram bastante celeuma. Todavia, não abandona sua tentativa de explicar por que continua a ser interessante perguntar “O que é direito?”.¹⁸⁷ Para entender e, finalmente, para responder à questão básica acerca da natureza do direito, Hart afirma que o teórico deve investigar os aspectos intrigantes do fenômeno social, o que faz com que a tentativa de desvelar a natureza do direito valer a pena.¹⁸⁸ Assim, a “sociologia descritiva” de Hart

¹⁸⁵ Escolhemos especificamente esses autores, não apenas pelo destaque que conquistaram no cenário teórico atual, mas por ambos serem citados no artigo do jusnaturalista Mark C. Murphy “*Natural Law Jurisprudence*” como estudiosos ainda que opositores da teoria jusnaturalista contemporânea.

¹⁸⁶ HART, H.L.A. . In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 1, prefácio.

¹⁸⁷ *Ibid.* pp. 7-8. Hart observa que além dos casos-padrão evidentes, constituídos pelo ordenamento jurídico dos estados modernos, existem também casos duvidosos, dos quais são principais exemplos “o direito primitivo e o direito internacional”.

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 21-22. Hart conclui o primeiro capítulo de “O Conceito de Direito”, observando que o propósito do livro “não é fornecer uma definição do direito”, mas é o de “antes fazer avançar a teoria legal, facultando uma análise melhorada da estrutura distributiva de um sistema jurídico

procura identificar os aspectos da natureza do direito que o distinguem como um fenômeno social único.

Ao passo que o texto original de “O Conceito de Direito” segue a metodologia descrita em suas páginas iniciais, Hart retorna explicitamente à questão da metodologia no “Pós-Escrito”, em que explicita sua teoria sobre a natureza do direito como aquela que é, concomitantemente, geral e descritiva. Co efeito, Hart afirma que sua teoria é geral “no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como uma instituição social e política complexa (...)”, mas que é meramente descritivo e moralmente neutro, não tendo propósitos de justificação”.¹⁸⁹ Nesse diapasão, Hart tem como objetivo metodológico explicar e descrever um fenômeno social complexo que é o direito, sem tentar avaliá-lo ou justificá-lo moralmente. Assim, ele procura fornecer uma explicação teórica, apontando a diferença entre seus casos claros e os casos de penumbra, sem tecer considerações do tipo: os casos claros são moralmente melhores.

Enquanto que no capítulo V do texto original, Hart apresenta a distinção entre os pontos de vista externo e interno, a fim de demonstrar que é possível visualizar o direito de uma sociedade “como um observador que não as aceita, ou como um membro do grupo que as aceita e as usa como normas de conduta”.¹⁹⁰ De acordo com o autor, é somente por meio do “ponto de vista interno” ou seja, o ponto de vista daqueles que aceitam as regras de uma sociedade como guia de conduta, que se pode explicar o direito em termos de “noções de regras dependentes da obrigação e dever em oposição a meras ‘regularidades observáveis de comportamento’”.¹⁹¹ Dizendo de outro modo, quando a conduta daqueles que agem no âmbito de um sistema jurídico é vista “externamente”, a partir do ponto de vista do observador não engajado, só se vislumbram padrões previsíveis de conduta. Assim, deve-se adotar o “ponto de

interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômeno social.

¹⁸⁹ HART, H.L.A. . *In*: Pós-Escrito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 300-301.

¹⁹⁰ *Ibid.*, capítulo V.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 304.

vista interno”, que leve em conta as decisões práticas tomadas por aqueles que agem dentro do sistema jurídico, para se entender o direito como um sistema de regras que os indivíduos aceitam e que fornece razões que justificam suas ações e decisões.¹⁹²

Ao recorrer ao “ponto de vista interno”, o autor nos dá a pista de que a perspectiva do observador não é mais moralmente neutra. Em particular, pode-se argumentar que, ao exigir-se do teórico uma visão do direito a partir da posição daqueles que o aceitam porque ele confere razões para a ação, conclui-se que ele deve fazer uma escolha moral em virtude dessa peculiaridade do direito. Se isso for verdadeiro, então não haveria obstáculos a impedir o direito de ter, como característica, a “generalidade” - no sentido que Hart confere ao termo - e, concomitantemente, não ser desprovido de conteúdo moral.

Hart esclarece no “Pós-Escrito” o uso que ele faz do “ponto de vista interno”, enfatizando que “não há nada efetivo no projeto da ciência jurídica descritiva, como exemplificado no meu livro que impeça que um observador externo não-participante descreva as maneiras com as quais os participantes vêm o direito de um tal ponto de vista interno.”¹⁹³ Segundo Hart, a adoção do “ponto

¹⁹² TOH, Kevin. In: *Hart's expressivism and his Benthamine Project. Legal Theory*, nº 11, 2005, pp. 76-77. Característica significativa da concepção de Hart quanto à normatividade do direito é a noção de “aceitação”, que ocorre quando um indivíduo “aceita” que um dado sistema jurídico é a autoridade prática de tal maneira que as regras desse sistema criam razões para agir. Hart entende que essa aceitação é algo muito importante para se verificar, mas as peculiaridades da sua teoria a respeito dessa aceitação não influenciam os argumentos que ora se perscrutam e, por essa razão, devem ser ignorados neste momento. Toh afirma que “*With some rational reconstruction, what could be called Hart's “oblique” analysis of internal legal statement can be characterized as follows: in uttering an internal legal statement, a speaker expresses his acceptance of norms that make up the legal system. What Hart offers then is an expressivist or noncognitivist analysis of internal legal statements.*” (traduzindo: “Com uma reconstrução racional, o que poderia ser chamado de ‘análise oblíqua de Hart do ordenamento jurídico interno’ ser caracterizada como o seguinte: em um ordenamento jurídico interno estabelecido, um orador expressa sua aceitação às normas que compõe o sistema jurídico. O que Hart oferece é uma análise expressivista não-cognitivist do ordenamento jurídico interno). Na nota de rodapé nº3 do referido artigo, que faz alusão aos termos “expressivista e “não-cognitivist”, Kevin Toh afirma que: “Eu devo ser grato a John Devlin por ter sido o primeiro a sugerir que ‘O Conceito de Direito de Hart’ foi não-cognitivist ou mesmo expressivista-normativo. Apenas depois encontrei escritos de Joseph Raz classificando Hart como um não-cognitivist. Ver Raz, 1981; 1993. Também estou particularmente em débito com David Hills, quem levou-me a enxergar que a hipótese de atribuir o expressivismo a Hart não é tão fácil como *a priori* aparenta”. No original: “*I owe special gratitude to John Devlin for first suggesting to me that the Hart of The Concept of Law may have been a noncognitivist and even a norm-expressivist. Only subsequently did I encounter Joseph Raz's writings classifying Hart as a noncognitivist. See Raz 1981; 1993. I am also particularly indebted to David Hills, who led me to see that the case for attributing expressivism to Hart is not as easy as it may first appear.*”

¹⁹³ HART, H.L.A. In: *O Conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 304.

de vista interno” não exige que o teórico adote o ponto de vista prático real daqueles que agem dentro de um dado sistema jurídico, isto é, que aceite para si as mesmas razões para agir aderidas por aqueles que performam no bojo desse sistema jurídico. Pelo contrário, o teórico deve apenas tentar esclarecer como aqueles que agem dentro do sistema incorporam o direito tendo em vista a razoabilidade prática. Hart descreve esse panorama da seguinte forma:

É verdade que, para este objectivo, o teorizador jurídico descritivo deve *compreender* o que é adotar o ponto de vista interno e, nesse sentido limitado, deve estar apto a pôr-se, ele próprio, no lugar da pessoa de dentro do sistema, mas isso não é aceitar o direito, ou partilhar, ou sustentar o ponto de vista interno da pessoa de dentro, ou, de qualquer outro modo, renunciar à sua postura descritiva.¹⁹⁴

Nesses termos, mesmo quando o observador do direito o visualiza sob a perspectiva do “ponto de vista interno”, Hart acredita que ele pode, e presumivelmente deve, manter destacada a visão de um terceiro observador, característica típica das ciências naturais (podemos denominar essa perspectiva como sendo a do “ponto de vista interno sob a perspectiva da terceira pessoa”). Por intermédio da utilização do “ ‘ponto de vista interno’ sob a perspectiva de uma terceira pessoa”, Hart acredita atingir seus objetivos teóricos e manter seus dois compromissos metodológicos. Hart afirma fornecer uma teoria geral do direito, que identifica as características que distinguem o direito como um fenômeno social único e relevante, prescindindo da utilização de uma valoração moral para justificar essas características.¹⁹⁵

3.2

As refutações de Finnis à teoria do direito de Hart.

Finnis rejeita a alegação de Hart de que uma teoria geral do direito pode ser moralmente neutra. Para demonstrar isso, apresenta dois argumentos distintos. Para o autor, a explanação de uma “teoria geral do direito” vigorosa exige o emprego do conceito denominado “caso central”, que significa o discernimento do direito por aqueles que o tratam como um aspecto da “razoabilidade prática”: o ponto de vista daqueles que “não apenas apelam para a

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ CASEY, Brian. In: *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p.93. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

razoabilidade prática, mas também são razoáveis na prática”, em suas avaliações acerca de como devem agir.¹⁹⁶ Para Finnis, em suma, o que constitui o “caso central” do direito é o ponto de vista segundo o qual o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica distinta de uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária são encarados como um ideal moral, quando não uma exigência premente de justiça. Desta feita, apenas sob a perspectiva desse ponto de vista o direito assume uma maior relevância em relação a outras formas de ordem social e passa a ter uma existência imprescindível e, com efeito, tornar-se um objeto da descrição do teórico.¹⁹⁷

Considerando-se que Finnis compreende a “razoabilidade prática” como a atividade intelectual voltada a responder à indagação acerca do que é “bom, vale a pena fazer, para obter, para ter e ser”¹⁹⁸, podemos concluir que, para se ter sucesso em uma teoria jurídica explicativa e geral, deve-se operar com “ética”. Ou seja, é preciso refletir sobre como se deve agir.¹⁹⁹ Essa conclusão, por sua vez, fornece a única teoria jusnaturalista possível, de acordo com Finnis: a que concebe uma teoria geral do direito que explique adequadamente sua capacidade de fornecer razões para a ação “independentemente de conteúdo”. Vale dizer, uma teoria que não dispensa ao menos algum tipo de raciocínio moral.²⁰⁰

No primeiro capítulo da obra “Lei Natural e Direitos Naturais”, Finnis sustenta que uma explicação proveitosa do direito exige avaliações morais.²⁰¹ Ele começa sua abordagem tratando sobre o “ponto de vista interno” e

¹⁹⁶ FINNIS, John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 28.

¹⁹⁷ FINNIS, John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos. 2006, pp. 27/28.

¹⁹⁸ FINNIS, John. *In: Fundamentals of Ethics*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983, p. 12.

¹⁹⁹ FINNIS, John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos. 2006, pp. 32-33. Neste ponto, Finnis prefere não distinguir maneiras eventualmente diferenciadas. A razoabilidade prática pode ser simplificada pelo emprego da expressão “operar com ética”, evitando-se sempre entrar em discussões sobre o que seja moral ou ética, debate que não nos interessa nesta dissertação; FINNIS, John. *In: Fundamentals of Ethics*, Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983, capítulo I. Nesse capítulo, Finnis sustenta que o objetivo da “ética” é o estudo da ação humana.

²⁰⁰ FINNIS, John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais* Editora: Unisinos. 2006, p. 17. Finnis afirma isso da seguinte forma: “um teórico não pode fornecer descrição teórica e uma análise dos fatos sociais, a menos que ele também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas, e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática.”

²⁰¹ Há críticos dessa explicação como Brian Leiter *In: Beyond the Debate Hart/Dworkin: the problem of methodology*. American Journal of Jurisprudence, vol. 48, p. 18: “I shall say relatively

afirma que, assim como invocar o “ponto de vista interno” ajuda a explicar como o direito, enquanto fenômeno social, difere de outros fenômenos sociais, focar o objeto da pesquisa em uma instância particular, ou no “caso central” do “ponto de vista interno”, discriminará melhor o fenômeno identificado como direito.

Em resumo, argumenta que o “ponto de vista interno sob a perspectiva de uma terceira pessoa” proposto por Hart é descritiva e explicativamente menos eficiente para identificar as características verdadeiramente distintivas do direito do que uma definição mais restrita que enfatize um “ponto de vista interno na perspectiva da primeira pessoa”. Uma vez que essa avaliação leva em conta a inserção do observador no contexto social em que determinado direito é observado, temos que esse argumento representa uma modalidade social da explicação do direito.²⁰²

Para Hart, o “ponto de vista interno” é necessário para explicar como a normatividade do direito difere das sanções respaldadas por ameaças e das ações sociais habituais, mas não requer do teórico a determinação de como e por que o direito é tão diferente de outro tipo de norma também prescritiva. Finnis se indaga por que Hart não desenvolve sua teoria para além do “ponto de vista interno”, uma vez que parte da premissa de que Hart se contenta em adotar apenas a perspectiva do indivíduo que aceita as regras de certo sistema jurídico como provedoras de razões para a ação e que ainda permite diferentes explicações para a

little about the Hart/Raz debate, since it is intramural, taking place against a background of some shared positivist assumptions. The methodology debate, by contrast—at least as it has been shaped by renewed appreciation of John Finnis' s seminal challenge in Natural Law and Natural Rights - is, in my view, more significant: it promises to show that there is a relevant sense in which law and morality are not separable by challenging the methodological presuppositions of legal positivists. If the very enterprise of understanding the concept of law requires positive moral appraisal of law, then it turns out that questions about the moral foundations of law can not be treated as conceptually severable from questions about the nature of law. No português: “Direi relativamente pouco sobre o debate Hart/Raz, uma vez que é intramuros, contra uma base de conhecimento de pressupostos positivistas compartilhados. O debate acerca da metodologia, em contrário, pelo como tem sido moldado pela renovada perspectiva do desafio seminal de John Finnis no Lei Natural e Direitos Naturais - é, na minha opinião, mais importante: ele promete mostrar que há um sentido relevante em que o direito e a moral não são separáveis, desafiando os pressupostos metodológicos dos positivistas jurídicos. Se o próprio empreendimento da compreensão do conceito de direito exige avaliação moral positiva do direito, logo verifica-se que as questões sobre os fundamentos morais do direito não podem ser tratadas como se fossem separáveis das questões sobre a natureza do direito.”

²⁰² CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p.95. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

aceitação do agente. Por exemplo, um indivíduo pode aceitar como normativas as regras de um determinado sistema jurídico por razões instrumentais a fim de atingir um objetivo ou mesmo de aumentar a riqueza pessoal e seu bem-estar.²⁰³

Essas razões são “internas”, segundo a perspectiva de Hart, e invocadas pelos indivíduos com o escopo de aceitarem as regras de um determinado sistema jurídico como fontes de razões para a ação, consistentes com a compreensão individual da obrigatoriedade das regras jurídicas, ao invés de orientadoras ou guias de conduta. No entanto, a aceitação do direito de certa sociedade como fonte de razões para ação, não dispensa, segundo Finnis, uma justificativa acerca do modo como a normatividade do direito surge.

O autor entende que a única explicação plausível acerca da normatividade do direito faz parte do “caso central” do direito. Com essa assertiva, o professor australiano quer dizer que, de todas as possíveis motivações para a aceitação de um sistema jurídico como fonte de razões para a ação, há uma explicação única que permite identificar o direito. A demonstração dessa característica, argumenta Finnis, exige do teórico a realização julgamentos práticos sobre o que se deve fazer. Via de consequência, se aceitarmos a perspectiva de Finnis de que o emprego de julgamentos práticos (que lançam mão da “razoabilidade prática”) é o mesmo que o desenvolvimento de juízos morais, devemos concluir, então, que uma teoria geral descritiva do direito requer uma avaliação de conteúdo moral.

O denominado “argumento da explicação social” do direito, no entanto, não é o único fundamento que leva à conclusão de que uma teoria geral

²⁰³ HART, H.L.A. *In*: O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 219: “Não só pode grande número de pessoas ser coagido por leis que não considera como moralmente vinculativas, mas nem mesmo é verdade que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema devam considerar-se como moralmente vinculados a aceitá-lo, embora o sistema seja mais estável quando o façam. De facto, a sua lealdade ao sistema pode ser baseada em considerações muito diferentes: cálculos acerca de interesse a longo prazo; preocupação desinteressada quanto aos outros; atitude não crítica, herdada ou tradicional; ou mero desejo de fazer como os outros fazem. Não há na verdade qualquer razão pela qual os que aceitam a autoridade do sistema não devessem examinar sua consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo, muito embora continuem a fazê-lo por várias razões.

acerca da natureza do direito exige raciocínio prático sugerido por Finnis.²⁰⁴ No capítulo II (“Imagens e Objeções”) do “Lei Natural e Direitos Naturais”, que assume contornos de uma introdução ou explicação sobre essa obra, Finnis enfatiza a separação lógica entre o discurso factual e o discurso normativo, que, não só ocorre em todo o transcurso da tradição jusnaturalista, como, também, foi articulada na mais famosa - e por que não dizer, polêmica - afirmação atribuída a Hume, de que um “dever” não pode derivar de um “ser” (“*the ‘is’ and the ‘ought to’ question*”).²⁰⁵ Fica claro, com isso, que aplicar os requisitos da razoabilidade prática no âmbito do que se deve fazer é radicalmente distinto do raciocínio teórico (ou especulativo) acerca do que é ou não é o fenômeno perquirido.²⁰⁶

Uma das interpretações possíveis dessa observação de Finnis nos permitiria concluir que não se pode seguir as prescrições do direito sem se fazer um julgamento prático sobre o que está em jogo e ter em mente que a obediência ao direito é algo valioso de se realizar. Outra maneira de ver o mesmo problema é por meio de afirmações aparentemente conflitantes do tipo, por exemplo, (i) de que uma certa norma “é” (“*is*”) um direito válido em determinado sistema jurídico por razão puramente fática ou histórica e, por outro lado; (ii) de que o direito válido pode fornecer uma razão para agir, ou seja, ele pode fornecer orientação para o que se “deve” (“*ought to*”) fazer.

Em um importante artigo, Finnis aborda diretamente a tensão entre os sentidos “factual e normativo” do direito e identifica um dos enigmas centrais colocados para qualquer teoria do direito, indagando-se “como pode o fato puramente descritivo de uma norma ser um direito de determinado sistema jurídico válido por si só e fornecer uma razão para a ação?”. Na sequência, Finnis tenta dar uma resposta a essa pergunta, explicando que.²⁰⁷

²⁰⁴ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, pp.96-97. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In *Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy*. Decembrer 2007.

²⁰⁵ FINNIS, John. In: *Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 44-47. Finnis argumenta, de modo firme, que as conclusões práticas não podem ser tiradas a partir apenas de premissas factuais e, ao fazê-lo, corrige um equívoco comum tanto **de dentro e como de fora da tradição do direito natural**, registrando que “... **nem os expoentes clássicos da teoria sonhavam em fazer tal dedução**”. Ou seja, os expoentes do direito natural clássico não incidiram na falácia naturalista. (destaque meus)

²⁰⁶ FINNIS, John M. In: *Fundamental of Ethics, Chapter I (The Practicality of Ethics)*. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1983, pp. 1-25.

²⁰⁷ FINNIS, John M. In: *The fairy tale’s moral*. *Law Quarterly Review*, vol. 115,1999, p. 170.

O direito tem uma vida dupla. Ele está em vigor como uma questão de fato; historiadores e observadores contemporâneos podem descrever - e fazer previsões sobre os seus conteúdo e efeitos, atendendo às opiniões e práticas predominantes entre certas pessoas e grupos, especialmente os tribunais e seus funcionários. Mas tem uma força que dirige o raciocínio prático das pessoas e grupos. E, uma vez que se envolve em um raciocínio prático para chegar a conclusões normativas (tais como o que deve ser feito, não deveria, ou é desejável, permitido etc.), fatos são levados em conta na razoabilidade prática apenas em virtude de alguma premissa normativa a mais como a fonte da direção da razão para a decisão e ação. O direito estabelecido, em tal raciocínio - pelo menos no raciocínio judicial -, é estabelecido como uma norma e existe como direção para guiar decisões e ações, validando ou invalidando essas operações, e assim por diante, justamente por ser em si justificado como parte de um conjunto de tais normas. A existência do direito, força e efeito - sua vigência - pode, então, sempre, ser entendida como simples fato (histórico ou previsível) ou, alternativamente, como um padrão diretivo.

A conseqüente necessidade de se usar a “razoabilidade prática” para chegar a uma conclusão sobre a normatividade do direito sugere duas premissas: (i) premissa maior: a melhor teoria explicativo-descritiva do direito prevê uma elucidação de todos os aspectos centrais do direito, incluindo sua normatividade; e (ii) premissa menor: só se pode explicar a normatividade do direito, aplicando a “razoabilidade prática” para determinar as circunstâncias em que seria ou não razoável para o direito fornecer uma razão para a ação; daí (iii) conclusão: portanto, a melhor teoria explicativa do direito exige que o teórico, para fazer um julgamento prático, deve atentar para essas circunstâncias em que seria ou não razoável para o direito fornecer uma razão para a ação.²⁰⁸

Essa argumentação em defesa da normatividade do direito é uma aplicação direta da afirmação de Hume de que não se pode derivar uma conclusão prática a partir de premissas apenas factuais. Ela procede da suposição comum de que uma teoria adequada do direito deve deixar claro o seu potencial normativo. No entanto, o potencial normativo do direito não pode ser explicado sem o uso de um raciocínio prático, conforme se ilustrou mais acima

²⁰⁸ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, p.103. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 2007.

Stephen Perry, reconhecendo explicitamente sua dívida intelectual para com Finnis, afirma que “é plausível pensar que a explicação da normatividade do direito é uma tarefa central da ciência jurídica, se não a tarefa central”.²⁰⁹ Em seguida, afirma que “o problema da normatividade do direito é filosófica: deveras, o direito nos obriga a seguir um caminho que ele quer para nós? Essa é uma questão que surge no âmbito da filosofia da razão prática e parece ser inevitável que a sua resolução demande argumentos normativos e, provavelmente, morais”.²¹⁰

A partir dessas duas premissas, Perry chega à conclusão de que uma teoria jurídica, se tiver como intento uma abordagem sobre a normatividade do direito, requer argumentos de índole moral.²¹¹ O autor, no entanto, revela sua versão sobre a normatividade do direito em termos diferentes das versões precedentes, sinalizando que Hart, ou qualquer teórico jurídico que fornece uma “análise conceitual” do direito, não está utilizando o “método descritivo-explicativo” qualquer que ele seja.²¹²

Finnis não deixa de lado a perspectiva moral do direito, ao qual ele, como já mencionamos, a denomina de “razoabilidade prática”. Conforme salienta, o direito cria uma obrigação que tem por fim a realização do bem comum, por meio da adoção dos requisitos básicos da “razoabilidade prática”. Essa obrigação

²⁰⁹ PERRY, *Stephen R. In: Hart's Methodological Positivism*. 330-331. Nesse ponto de sua argumentação, Perry evita fazer acusações sobre supostas falácias (*question begging*), enfatizando que, ao “elucidar a normatividade do direito estou sendo deliberadamente vago, de modo a subsumir pontos de vista díspares como... a tese do direito natural de que cada norma jurídica propriamente dita é moralmente obrigatória, e... a tese de Holmes de que obrigação jurídica é um conceito vazio.”

²¹⁰ *Ibid.* pp. 335-336

²¹¹ *Ibid.* pp. 348. É interessante notar, porém, que, ao contrário Finnis, Perry estrutura seu argumento em um nível de abstração que deixa em aberto se uma teoria do direito derivado por meio de um método, clarifica as condições sob as quais o direito demanda o cumprimento de obrigações e que são justificadas. Por essa razão, Perry conclui que: “uma teoria filosófica que tem o objetivo de esclarecer a nossa maneira de conceituar nossas práticas sociais deve tentar, do nosso ponto de vista, fazer essas práticas transparentes para nós. No caso do direito, isso significa demonstrar que a demanda pela autoridade do direito é sempre justificada, mostrando que se justifica somente sob certas condições (que nem sempre se mantêm), ou demonstrando que nunca é justificada.”

²¹² *Ibid.* pp.319-325. De acordo com Perry, Hart oferece uma “análise conceitual externa” do direito porque não busca investigar o seu potencial normativo a partir de uma perspectiva de primeira pessoa, enquanto a sua própria metodologia preferida faz e, conseqüentemente, proporciona uma “análise interna conceitual” do direito.

torna factível o processo de escolha moral, desde que se leve sempre em conta os sete bens básicos de natureza “pré-moral” e universal.²¹³

Assim, o direito é uma realidade que é composta por regras e por instituições destinadas a garantir a vigência e a eficácia dessas regras (seguindo aqui a sistemática hartiana das regras primárias e secundárias, em que as últimas precisam existir para dar efetividade às primeiras, obedecidas espontaneamente somente por homens virtuosos, sem qualquer tipo de estrutura que os coaja ao seu cumprimento), mas que perde sua autoridade a partir do instante que abandona o foco no “bem-comum” e passa a ser uma expressão arbitrária da vontade do legislador.

Nesse sentido, Santiago Legarre destaca que a doutrina finnisiana é “normativa” e poderia facilmente ser classificada como positivista, considerando-se que o direito natural, leia-se, a “moral” apenas se plasmará ao direito positivo quando estiver presente o objetivo de solucionar problemas jurídicos, ficando restrito a esses limites. Vale dizer: o jurista não se detém em problemas morais mais amplos, mas apenas se debruça sobre eles quando espraiam seus efeitos sobre as regras jurídicas, porquanto seu trabalho é o de verificar se e quando o direito e a moral se entrecruzam.²¹⁴ Legarre, no mesmo artigo, sustenta que Finnis, diferentemente dos jusnaturalistas que o precederam, compreende o direito positivo como o “caso central” do direito e, portanto, o direito natural não tem o condão de consubstanciar o direito em sentido forte ou absoluto (*simpliciter*), mas direito tão-só em sentido analógico (*secundum quid*).²¹⁵

É e nesse ponto que a teoria jusnaturalista de Finnis se aproxima das teorias juspositivistas contemporâneas e se afasta de outras vertentes jusnaturalistas como as esposadas pelos juristas Michel Villey e Javier Hervada, por exemplo. Esses autores sustentam que Aquino dissocia o direito positivado (lei) de justiça – polêmica relativa à distinção entre “*lex*” e “*ius*”-, e sua

²¹³ FINNIS, John. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 24.

²¹⁴ LEGARRE, Santiago. *In: El concepto de Derecho en John Finnis. Persona y Derecho, Pamplona*, volume 10, 1999, p. 70.

²¹⁵ FINNIS, John M. *In: Lei Natural e Direitos Naturais*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, pp. 270-273.

concepção compreenderia o entendimento de que direito injusto não pode ser considerado direito, seguindo a lição aristotélica no Livro V da obra “Ética a Nicômaco”. Finnis, em refutação a esses jusnaturalistas, sustenta que há elementos consistentes para se afirmar de modo categórico que Aquino utiliza as duas expressões em acepções evidentemente distintas, ou, ao menos, não de modo relevante. Nesse diapasão, Finnis busca reafirmar que a questão legal é central ao direito, e não depende de harmonização com a justiça, acepção que está em conformidade com o que é esposado pelos positivistas jurídicos.

Tanto a justificativa baseada na normatividade do direito como a fundada na explicação social parecem ser versões diferentes do mesmo argumento. Ambas compartilham a mesma premissa central, qual seja: para se determinar se é praticamente razoável reconhecer o direito como fonte de razões para a ação, exige-se a utilização da “razoabilidade prática” ao invés de uma razão puramente teórica. Nesses termos, os métodos puramente descritivos não são métodos aptos a justificar o motivo pelo qual as pessoas se comportam em conformidade com o direito.

De acordo com o que já foi dito mais acima, a conclusão de que o direito por sua natureza tem o potencial de fornecer razões para agir, não é exclusividade das teorias do direito natural. Entretanto, há uma contribuição única, no que toca à natureza do direito, que é dada pela tradição jusnaturalista, incluindo-se, aí, a leitura fraca do direito natural, que é a tônica desse trabalho. É reserva da tradição jusnaturalista reconhecer que sempre que determinado sistema jurídico fornece razões para a conduta, esse fenômeno é explicado no âmbito da “razoabilidade prática”.

3.3

A avaliação moral contra a avaliação epistêmica

Antes de abordarmos uma série de objeções aos argumentos da explicação social e normativa do direito, é oportuno nos determos, de início, numa crítica que é feita a esses aspectos por quase todos seus opositores, mas que, no entanto, não nos parece ser muito bem elaborada. Brian Casey, trata do tema de modo acurado e afirma que é certo que uma teoria descritiva adequada do direito

não prescinde de valoração. Todavia, essas ponderações valorativas, não passam de avaliações teóricas que, apenas em certa medida, permitem uma participação mínima da “razoabilidade prática”.²¹⁶

Conforme esse raciocínio, parece não ser interessante que o teórico descritivo do direito efetive uma valoração, porquanto cada um constrói sua teoria com atenção a valores epistêmicos como a simplicidade, a finalidade descritiva e a aptidão explicativa. Não obstante, a exigência ao pesquisador de fazer avaliações de ordem epistêmica, por si só, não apresenta nenhum obstáculo ao emprego da moral na determinação das características típicas do direito.

Pelo contrário, a aceitação do ponto de vista de um indivíduo que, na prática, é racional na avaliação de que as regras de certo sistema jurídico fornecem razões para a ação, requer a aplicação de um raciocínio prático; isto é, o teórico deve fazer uma escolha moral considerando a razoabilidade da obediência às regras em questão;²¹⁷ e de que apenas pode-se explicar a normatividade do direito pela aplicação da “razoabilidade prática” a fim de determinar as circunstâncias nas quais seria ou não razoável para o direito fornecer uma razão para a ação, permitem apenas duas conclusões acerca dos julgamentos morais: (i) ou não podem ser usados para formular uma teoria descritiva do direito; (ii) ou não são necessárias para formulá-las.

Como diz a “sentença de Hume”, de um “ser” (“*is*”) não pode derivar um “dever-ser” (“*ought to*”). No entanto, essa noção humeana, se levada ao extremo - de que julgamentos morais não podem ser usados para formular uma teoria descritiva do direito - estaria fadada ao fracasso. Em contrariedade a essa

²¹⁶ Isso fica bem claro, quando se lê a introdução da tese de doutorado de Noel Struchiner, mencionada nesta dissertação, que explicita o objetivo de fornecer uma visão conceitual das regras mediante: “uma investigação sobre as regras e suas notas características contingentes e as **diferentes maneiras por meio das quais elas podem integrar o raciocínio prático dos seus destinatários.**” (destaque meu)

²¹⁷ HART, H.L.A. *In: Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory.* New York: Clarendon Press, p.18. Hart afirma, na página ora indicada, basicamente, que sistemas jurídicos simples incluem a atribuição de um comando e que uma razão jurídica autoritativa há de ser reconhecida ao menos nos tribunais, os quais declaram uma regra de reconhecimento como aquela que constitui razões para a ação e decisão. Razões deste tipo ele designa como “peremptórias” e de “conteúdo-independente” e elas constituem guias jurídicos para a ação e padrões jurídicos de valoração.

concepção de Hume, a não derivação direta da norma de uma realidade prévia pode ser amenizada, vale dizer, fatores sociais permitem-nos afirmar que, em certa medida, considerações de ordem factuais são aptas a influenciar uma teoria geral do direito. Não há razões para supor que juízos de índole moral não possam ser utilizados para apoiar uma teoria descritiva do direito, admitindo-se, no entanto, que outras considerações descritivas merecem ser devidamente sopesadas.

Assim, parece que a única versão sustentável admitida por essa visão seria a proposta de maneira mais atenuada, qual seja, a de que julgamentos morais não são necessários para a formulação de uma teoria do direito, mas podem ser empregados para tanto. Explicando melhor: uma teoria geral do direito factível pode ser concebida empregando-se tão somente de avaliações epistemológicas para tanto, entretanto, não apresentam nenhuma vedação quanto à utilização de critérios morais na confecção dessas teorias. E isso porque, como visto, as avaliações morais poderiam ser feitas, desde que somadas a avaliações epistemológicas necessárias.

Essa crítica merece uma nova apreciação mais à frente por ocasião em que apresentaremos argumentos contrários à explicação social e à normatividade do direito. Na sequência, abordaremos a defesa ao “positivismo jurídico metodológico”, nas visões dos juristas contemporâneos Jules Coleman e Brian Leiter. Por meio desse tratamento pontual, traz-se à tona as supostas contraposições entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo em suas versões mais recentes.

3.3.1 As críticas de Jules Coleman

O autor americano apresenta críticas tanto às premissas centrais da “explicação social direito” quanto às do “argumento normativo do direito” e, ainda, uma justificativa que oferece uma via alternativa à normatividade do direito limitada a uma “metodologia jurídica positivista”. Coleman, da mesma forma que Hart, acredita que uma teoria jurídica positivista pode esclarecer e explicar de

modo cabal o conceito de direito.²¹⁸ O autor defende que um positivista jurídico admite, sem maiores problemas, que o direito tem o potencial inerente de perceber ou manifestar um comando, ao mesmo tempo em que continua a defender a “tese da separabilidade entre direito e moral”, ainda que essa separação não seja completa. Entretanto, Coleman acredita que ainda há espaço para uma teoria jurídica moralmente neutra, que vai além da validade jurídica “intrassistêmica” e que descreve de modo aceitável o conceito do direito.

Embora Coleman negue, sua teoria, na realidade, não se contrapõe aos argumentos jusnaturalistas de Finnis que, volto a dizer, entende que a melhor explicação sobre a capacidade do direito fornecer razões para ação exige que o teórico adote o ponto de vista do indivíduo que faz um julgamento prático. Ou seja, o ponto de vista daquele que observa as regras de um determinado sistema jurídico como sendo aquelas que são provedoras de razões para agir e que é racional em seus julgamentos práticos (os julgamentos que dizem respeito às ações humanas). A fim de demonstrar a “aptidão do direito em atrair a moral”,²¹⁹ Coleman chama a atenção para o fato de que determinado fenômeno pode assumir diferentes características. Para ilustrar essa “polivalência”, o autor traz como exemplo o martelo, que consiste num objeto que pode servir tanto como uma arma como também como um peso para não deixar papéis voarem (“paperweight”), além de, é óbvio, ser usado como uma ferramenta para cravar pregos. Ainda que assuma essas distintas características, Coleman destaca que o martelo não poderia, no entanto, ser conceituado como um peso para papel.

No que tange ao direito, o autor reconhece seu potencial de ser moralmente atrativo e que uma análise que despreze isso é deficiente. No entanto,

²¹⁸ COLEMAN, Jules. In: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001c, p. 179. Segundo Coleman, a “análise conceitual consistiria em descobrir as características mais relevantes de um conceito: aquelas que figuram de modo mais proeminente em uma explicação sobre o tipo de coisa que é o conceito de - que são fundamentais para nossa compreensão e apreciação dele”. Do original: “(...) *conceptual analysis would consist in uncovering the most salient features of the concept that reveal essential features of its instance: those that figure most prominently in an explanation of the kind of thing it is the concept of – that are central to our understanding and appreciation of it*”).

²¹⁹ COLEMAN, Jules. In: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001c, pp. 192. O autor utiliza a expressão “*morality attractive propriety of the law*”, para se referir à característica própria que o direito detém de atrair a moral.

prossegue, lembrando que essa circunstância não autoriza a afirmação que essa capacidade particular ao direito integre seu conceito. Para Coleman, portanto, muito embora o direito tenha a capacidade de atender as necessidades humanas de forma benéfica, isso não implica que essa característica seja central a ponto de estar inserida no seu conceito. É uma característica simplesmente contingencial e exterior a sua definição²²⁰. Finnis, no entanto, rebate a crítica de Coleman, acusando-a de ser absurda:²²¹

Essa confiante e indiscutida separação entre o que é interno e externo para a natureza do direito negligencia a verdade que eu venho defendendo ao longo desta preleção. Pode-se razoavelmente se passar uma vida inteira usando-se martelos sem nunca perceber que seriam bons como pesos para ou espinhas dorsais de anões de jardim. Mas não se pode começar a entender sobre o que trata o direito sem perceber não apenas que ele compartilha muito da noção de guia para conduta da mesma forma que a moral, mas - o que é muito mais importante -, que ele se comporta assim por que busca ocupar o mesmo lugar no mundo que a moral: o enquadramento decisivo das opções para a escolha no ponto em que a deliberação resulta na decisão sobre o que devo fazer e no tipo de pessoa que eu deveria ser. Sustentar que a virtude “moralmente atraente” da justiça supera em muito as responsabilidades na prestação jurisdicional nas disputas dos litígios que são decididos em conformidade com o direito da mesma forma que os martelos, de modo errático e excepcional, funcionam como pesos para papel e como apoio aos gnomos de jardim é, sugiro, uma completa *reductio ad absurdum*.

Como sugere Finnis, Coleman parece não justificar satisfatoriamente os motivos pelos quais o conteúdo da moral não está inserida no conceito de direito. O autor se limita, apenas, a expressar que o conceito de direito não abrange o conteúdo da moral, mas não explica como nem por que razão isso ocorre.

²²⁰ *Ibid.* pp. 192-194

²²¹ FINNIS, John M. *In: Law and What I Truly Should Decide*, 2003, p. 126. Na versão original em inglês: “*This confident and unargued slicing between what is internal and what external to the nature of law overlooks the truth for which I have been arguing throughout this lecture. One can reasonably spend a lifetime of using hammers without ever noticing that they would be good as paperweights or the backbones of garden gnomes. But one cannot begin to understand what law is about without noticing, not merely that it shares much of the same actionguiding vocabulary as morality, but - overwhelmingly more important - that it does so because it purports to occupy the same place in the world as morality: the decisive framing of the options for choice at the point where deliberation is ending in decision about what I should do and what kind of person I should be. To hold that the “morally attractive” virtue of justice overwhelmingly responsibilities for adjudicating disputes according to law as loosely and extrinsically as paperweights and garden gnomes stand to hammers is, I suggest, a plain reductio ad absurdum*”.

3.3.2

A explicação de Coleman da normatividade do direito

Coleman defende que a valoração moral é desnecessária para uma teoria explanatório-descritiva do direito. O autor sustenta a possibilidade de se explicar a normatividade do direito sem lançar mão de um argumento normativo. Para tanto, Coleman adota como cerne do direito a derivação do dever (*ought*) diretamente do ser (*is*). Essa tentativa de Coleman preenche uma lacuna na discussão sobre a normatividade do direito e também permite a demonstração das deficiências do positivismo metodológico em explicar o fato (descritivo) de que determinada norma é um direito válido que fornece razões para ação.

Coleman, seguindo a trilha de Hart reputa que as razões para agir fornecidas pelo direito não são morais, mas sim decorrem da autoridade jurídica que se explica pelo “fato social” (“teoria da fonte social”). Para Coleman, não há como se aceitar que haja uma explicação comum ao direito e à moral quanto ao fornecimento de razões agir, pois as razões jurídicas possuem peculiaridades próprias que as distinguem das razões de ordem moral.²²² Entretanto, devemos analisar melhor o pensamento de Coleman para verificarmos se, para ele, de fato, não há uma imbricação entre as “razões morais” e as “razões jurídicas” para as ações.

Nesse sentido, vê-se que Coleman desenvolve sua teoria em duas fases. Em primeiro lugar o autor limita o tema ao que é aceito como padrão de validade jurídica pelos funcionários mais importantes de uma determinada sociedade, tal como faz Hart, quando trata da “regra de reconhecimento”. A regra de reconhecimento é requisito obrigatório para qualquer sistema jurídico e ela se manifesta de modo mais consistente quando a elite burocrática de determinada sociedade adere aos mandamentos do direito, posto que seus componentes é que são encarregados de aplicá-lo e implementá-lo. A normatividade do direito não se originaria de outra norma precedente de modo a não entrarmos num círculo vicioso ou chegarmos na enigmática norma básica de Kelsen (“*Grundnorm*”). Coleman, então, limita-se a considerar as práticas originárias das convenções

²²² COLEMAN, Jules. In: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001c, pp. 192-194.

sociais que são aceitas e adotadas pelos funcionários que lhes darão o suporte necessário.

A segunda fase da teoria desenvolvida por Coleman diz respeito a uma “atividade cooperativa compartilhada”.²²³ Segundo o autor, essa noção descreve melhor a prática convencional dos funcionários reconhecem determinada norma como válida (“regra de reconhecimento”). No entanto, embora seja indene de dúvidas que os compromissos compartilhados pelos funcionários se insiram numa atividade cooperativa compartilhada, isso não resolve a questão de como esses compromissos surgem para guiar as condutas desses funcionários. Michael S. Green no artigo titulado “*Legal Realism as a Theory of Law*” critica Coleman, afirmando que o que explica a atuação dos funcionários de determinada sociedade de acordo com as normas jurídicas é o emprego das “expectativas justificadas” e da confiança. Segundo Green, isso faz com que as obrigações jurídicas se assemelhem ainda mais às obrigações morais.²²⁴ Na verdade, para se explicar a normatividade do direito é necessário explicitar as implicações que subjazem às “atividades cooperativas compartilhadas”.

O próprio Coleman é um pouco confuso quando trata de explicar o que é normatividade do direito, na medida em que ele admite que a noção de “atividades cooperativas compartilhadas” e mesmo outras formas de explicar as razões para ação fornecidas pelo direito não logram sucesso quando se fincam apenas nos fatos sociais. Segundo Coleman “não é a função primária da teoria do direito explicar como os deveres podem ser criados pelo direito”, na verdade, “o que precisa de explicação é algo totalmente diferente, ou seja a possibilidade de exigir tais deveres como direito”.²²⁵ Coleman, apesar de aceitar que o direito tem por natureza fornecer razões para ação, por outro lado, parece não incluir entre os objetos da teoria do direito a explicação da sua normatividade. O autor, ao invés

²²³ BRATMAN, Michael E. In: *Shared Cooperative Activity*. The Philosophical Review, Vol. 101, nº 2, Apr. 1992, p. 327.

²²⁴ GREEN, Michael Steven. In *Legal realism as a theory of law*,. William and Mary Law Review, volume 46, nº 06, 2005, p. 1948. (“*But Dworkin’s critique applies to this explanations and reliance to explain all the officials – even the hardened offenders – are obligated to conform to legal practices, it looks like a legal obligation is a species of moral obligation.*”)

²²⁵ COLEMAN, Jules. In: *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001c, p. 160.

²²⁶ *Ibid.*

de tentar explicar o que confere ao direito a capacidade de fornecer razões para a ação, atém-se em afirmar que essa explicação não pode ser feita pela teoria do direito.

Mesmo que Coleman empregue a “teoria das promessas” como exemplo, não nos parece que ele consiga fugir da conclusão de que os fatos sociais não são aptos a explicar as razões para a ação. Expectativas compartilhadas e a confiança de que a regra jurídica será por todos obedecida não se explica senão por uma justificação de caráter moral. E a tese fraca do direito natural defendida por Finnis tem exatamente esta pretensão: de ser uma teoria descritiva que explica a normatividade de uma promessa que é esperada do direito. Coleman, no entanto, descarta que a teoria do direito tenha essa capacidade e parece acreditar que somente uma teoria de corte meta-ético teria a aptidão de fornecer uma explicação acerca das razões que o direito forneceria para a ação.

Mesmo que Coleman estivesse correto em suas avaliações, não há uma incompatibilidade lógica que impeça que teoria jurídica também explique como uma norma válida fornece razões para a ação. Por outro lado, a teoria que se propõe a explicar a normatividade do direito não tem natureza “meta-ética”, uma vez que se trata, isso sim, de um teoria tipicamente de natureza “ética”, uma vez que tem por objetivo justificar a efetivação de determinadas condutas. Com efeito, os argumentos elencados por Coleman, não são capazes de desqualificar a “teoria fraca do jusnaturalismo” que expõe os motivos pelos quais a normatividade do direito é explicada.

3.3.3 As críticas de Brian Leiter

Brian Leiter, ao realizar sua abordagem sobre o “positivismo metodológico”, faz uma assertiva polêmica no sentido de que o debate sobre a metodologia não se encontra em mais nenhum lugar da filosofia, nem mesmo na filosofia prática.²²⁶ Entretanto, verificando com um pouco de mais cautela os

²²⁶ LEITER, Brian. In: *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*. American Journal of Jurisprudence, vol. 48, 2003, p. 30.

temas abordados pela filosofia prática, não parece ser essa a conclusão mais acertada. Em seu âmbito, devido sua revitalização, a partir dos Anos 60 do século passado, tem havido intensos debates sobre a existência e o conteúdo dos termos que carregam consigo, não apenas traços descritivos como também de carga valorativa. Para uma sucinta noção da importância atual da filosofia prática, é conveniente transcrever a seguinte passagem de artigo de Alejandro B. Alvarez ao tratar do ressurgimento do vigor da “razoabilidade prática”.²²⁷

O primeiro caracterizado pelo redescobrimento da atualidade dos modelos da filosofia prática, (Aristóteles e Kant) visando propor uma nova consideração filosófica de agir, com a participação de alguns filósofos políticos de origem alemã emigrados aos Estados Unidos, tais como Leo Strauss, Eric Voegelin e Hanna Arendt; o segundo, caracterizado pelo aspecto teórico-sistemático no qual participaram as principais escolas filosóficas contemporâneas: a antiga escola de Frankfurt, de inspiração hegeliano-marxista, representadas por autores como Theodor Wiesengung, Adorno e o jovem Habermas; o racionalismo crítico (Hans Albert); a hermenêutica filosófica de (Hans-Georg Gadamer e seu discípulo Rüdiger Bubner, entre outros); o construtivismo da Escola de Erlangen, de Paul Lorenzen, e por último, a escola de Frankfurt de Karl-Otto Apel e do último Habermas, com seu projeto de uma ética do discurso, fundada numa pragmática transcendental ou universal.

Leiter, tal como Coleman, também apresenta objeções à explicação social e à normatividade jurídica. Sua primeira crítica procura demonstrar que uma avaliação puramente descritiva do direito não apenas é possível, mas até necessária para a avaliação moral do direito. Para tanto, Leiter traz uma comparação analógica entre o conceitos de direito e de cidade.²²⁸ Segundo pondera, para que seja feita uma análise sobre o conceito de cidade, devemos, de início, explicitar as características comuns compartilhadas entre cidades do porte de Nova Iorque, Londres, Tóquio e Paris. Qualquer análise do conceito de cidade que não se enquadre nesses casos paradigmáticos (os quais Finnis chamaria de “caso central”) não é uma análise do “nosso” conceito de “cidade”. A segunda crítica de Leiter à explicação social e à normatividade do direito ataca todos os métodos utilizados na teoria do direito que não dão a devida atenção ao chamado do “naturalismo” de Willard Van Orman Quine (filósofo analítico norte-americano).

²²⁷ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. A Reabilitação da Teoria do Direito Natural em John M. Finnis: Pressupostos e Implicações. Nota de rodapé nº 13, pág. 4. in *Justiça, Processo e Direitos Humanos – Coletânea de Estudos Multidisciplinares*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

²²⁸ Cabe esclarecer que a palavra “city” utilizada por Leiter seria mais bem compreendida se a concebermos no sentido de “metrópole” em português.

3.3.4 Teoria da “cidade natural” de Brian Leiter

Brian Leiter, advoga que eventual avaliação acerca de termos pressupostos do que se pretende pesquisar não quer significar, ao contrário do que Finnis retrata em seu “Lei Natural e Direitos Naturais”, uma avaliação moral, senão epistemológica do objeto verificado, o que faz dos argumentos de Finnis, nas palavras de Leiter, um *non-sequitur*.²²⁹ Mas, voltando à “analogia da cidade” operada por Leiter, é importante transcrever o hipotético diálogo travado sobre o conceito de cidade com o qual o mencionado autor ilustra sua compreensão acerca de uma “teoria descritiva do direito”. Com efeito, de um lado do debate estaria um defensor do que Leiter denomina “teoria da cidade natural”, um “teórico da cidade natural” (“*the natural city theorist*”), que pondera que uma teoria descritiva de uma cidade não necessita envolver considerações de ordem moral e um defensor da análise (conceitual) descritiva, ou seja, “o descritivista” (“*the descriptivist*”), que, por seu turno, sustenta que uma teoria que tem por objetivo descrever uma cidade não precisa de uma avaliação moral.²³⁰

²²⁹ LEITER, Brian. In: *Beyond the Hart/Dworkin Debate The Methodology Problem in Jurisprudence*. American Journal of Jurisprudence, vol. 17, 2003, p. 34.

²³⁰ Para uma melhor compreensão para aqueles que se interessam a descer em minúcias transcrevo mencionado diálogo na íntegra, embora só tenha traduzido no corpo do texto os trechos mais relevantes:

NCT: How do you know that it is the features of these places-New York, Paris, London, etc.-that have to figure in an analysis of the concept of city? Why, in other words, are these the "central cases" for purposes of your analysis?

DESCRIPTIVIST: Well, because they are paradigm instances of our concept: someone who didn't think New York or Paris were paradigm instances of cities wouldn't be using the concept of "city" the way we do.

NCT: Yes, but what gives you the right to claim that they are using the concept of "city" wrongly? How, without thinking about what a city really is from a practical viewpoint, can you rule out the non-conforming usages of the concept?

DESCRIPTIVIST: Actually, I don't have to say the person who denies that New York and Paris are "cities" is using the concept wrongly; I'm not interested in regulating linguistic or conceptual practice, just in understanding what we call "cities" are actually like. If you're right that there are lots of non-conforming usages of the concept of "city," then perhaps I'll have to rename my concept "city." But it doesn't matter what you call it: the point is that places like New York and Paris and London have things in common, things that are, in fact, usually picked out with the concept of a "city." I want to understand what those places have in common, and, at the end of the day, I don't care what you call them. In point of fact, of course, they're usually called cities.*

NCT: But isn't that then just an appeal to statistically normal usage?

DESCRIPTIVIST: Yes, and that's fine for settling the quibble about terminology." The main point is that there are real places in the world-what I've been calling "cities"-that have certain important, common features that make it interesting and fruitful to group them together and ask what it is they share.

Para demonstrar a visão de Leiter, de que mesmo para que se resolva uma questão prática de qual seria a diferença entre um morador da cidade e um habitante do subúrbio ou de uma fazenda, pressupõe-se que o estabelecimento de um critério epistêmico - saber-se a diferença entre uma cidade, um subúrbio e uma fazenda -, vale destacar o seguinte trecho do diálogo já transcrito integralmente na nota de pé de página nº 242 do artigo em referência:

Descritivista: Eu justamente não vejo assim. Mesmo para responder sua questão prática – se seria um morador da cidade, ou um morador de subúrbio ou um habitante de uma fazenda? – nós já necessitamos entender a diferença entre cidade subúrbio e fazenda.

Suas questões práticas são, elas mesmas, parasitárias de uma demarcação feita com fundamento em critérios puramente epistemológicos, tais como: (i) uso comum da estatística: a maior parte das pessoas chamam Londres e Paris de “cidades” ao invés de “subúrbios”; (ii) comprovação

NCT: Ah-hah! So now you admit that you've made a value judgment about what is "important" and "fruitful," so your project is not really a descriptive one after all.

DESCRIPTIVIST: It's as descriptive as chemistry or cognitive psychology: none of us can deny the Banal Truth that our subject-matter has to be demarcated for empirical inquiry to be possible. Cognitive psychologists have to individuate the mind, and decide that neural reactions in the brain are pertinent bits of descriptive data to attend to when a subject has received sensory stimuli, while the growth of facial hair is not. We cut the joints of the world with an eye to epistemic values like simplicity, consilience, coherence with other theories, and so forth. To that extent, no project is "purely" descriptive.

NCT: But you need more than epistemic norms, you need moral and political norms to delineate your subject-matter. How, after all, can you say what a "city" is-as distinct from a house, or a farm, or a suburb, or a hamlet-without attending to the essentially practical question of how one ought to live?

DESCRIPTIVIST: I just don't see this. To even ask your practical question - ought one to be a city-dweller, or a suburbanite, or a farm inhabitant? - we already need to understand the difference between city and suburb and farm.

Your practical questions are, themselves, parasitic on a demarcation made based on purely epistemic criteria, criteria like: (i) statistically normal usage: most people call London and Paris "cities" rather than "suburbs"; (ii) evidentiary adequacy: experience reveals that there are forms of human communal life, across cultures, that differ in striking ways; the "cities," for example, all have high-density populations, elaborate systems of public transport, higher levels of asocial behavior, and so on; and (iii) explanatory consilience: it would be illuminating if we could have a unified account of the phenomena noted in (ii), rather than simply viewing them as discrete, brute facts about different countries. These epistemic considerations quite naturally lead us to demarcate "cities" from "farms" and "suburbs" (and so on) as a topic for investigation. How humans ought to live is simply a different question.

NCT: Yet surely you must admit that the fact that some human beings have organized their communal life into cities, while others remain on farms and in suburbs, reflects the practical interests and practical judgments made by these people?

DESCRIPTIVIST: Of course, there is nothing in my project that requires me to deny that the way the social world is cut up-in to cities and suburbs, in to schools and hospitals, in to legal systems and systems of informal social norms, etc.-reflects the practical concerns of people. I'm not making any claims about the etiology of these features of the social world; whatever the etiology of particular phenomena like "cities" or "legal systems", my goal is to give a satisfactory descriptive account of what we find.

adequada: a experiência revela que há formas de vida humana comunal, além de culturas que se diferem entre si de forma marcantes; todas “cidades”, por exemplo, possuem alta densidade populacional, sistemas complexos de transporte público, níveis mais elevados de comportamento antissocial; e (iii) consiliência explicativa: isso seria esclarecedor se nós pudéssemos ter uma explicação unificada do fenômeno apontado em (ii), no lugar de simplesmente vê-los como discretos fatos brutos sobre diferentes países. Essas considerações epistêmicas naturalmente nos leva a distinguir “cidades” de “fazendas” e “subúrbios” (e assim por diante) uma investigação tópica. Como os humanos devem viver é simplesmente uma outra questão.

Em suma, a proposição de Leiter é a de que não cabe a utilização de argumentos de ordem moral a fim de realizar uma análise do direito porque, sendo este um fenômeno social de caráter factual, sua análise deve, antes de tudo, começar com uma explicação descritiva. Levando em conta essa concepção de Leiter, pode-se concluir que o referido autor rejeita as premissas atinentes à explicação social e normativa do direito. Sejam quais forem as premissas e os argumentos que Leiter objetiva refutar no debate acerca da natureza da cidade, Finnis parece inferir que o autor teve uma má compreensão acerca da teoria que ele se propõe criticar.

É sintomático que, de início, Leiter já decreta que as cidades de Nova Iorque, Londres, Tóquio e Paris, seriam consideradas por Finnis como “casos centrais” de “cidade”.²³¹ Ele afirma que se alguém não compreender que essas cidades são casos paradigmáticos de cidades, como ele entende que são, então essas pessoas não estariam empregando o conceito de cidade como ele emprega. Segundo Leiter, as cidades em referência seriam casos paradigmáticos porque se acomodam melhor ao uso estatisticamente comum (“*statistically normal usage*”).

É importante salientar, no entanto, que Finnis tem uma perspectiva explicativa para o direito – adotando explicitamente a perspectiva compartilhada por Hart - que procura identificar as características únicas do direito, de modo a deixar claro que fenômenos sociais podem ser descritos, com certa precisão como tal. A despeito de haver características típicas que elevariam certos agrupamentos humanos à categoria de “cidade” como, por exemplo se faz evidente em Nova

²³¹ *Ibid.*, p. 35.

Iorque, Londres, Tóquio e Paris, o hipotético debate de Leiter não parece se adequar a uma construção do que é possível identificar, sem maiores dificuldades, como direito. E isso porque não há dúvidas de que o direito é um fenômeno social totalmente distinto de uma organização urbana. As cidades e os atributos que as caracterizam como tais não têm nenhuma pretensão, ao contrário do que sucede com o direito, de fornecer razões para guiar as ações humanas, ainda que os homens vivam nos limites de suas fronteiras.

Embora uma cidade do porte das mencionadas possam influenciar a escolha de alguém que se interesse em usufruir recursos que uma cidade pequena não proporciona, o fato isolado de uma cidade ser de tal ou qual porte não é determinante para que um indivíduo escolha aonde vai morar. Com o direito, o caso é bem diferente: ninguém pode negar que o fato de uma norma ser qualificada como jurídica já é, por si só, um fator que repercute na decisão pessoal de agir em sua conformidade.

No que diz respeito ao direito, não se pode efetuar um processo mental duplo consubstanciado primeiro na identificação de que determinada norma é direito para, sucessivamente, ponderar-se acerca da existência ou não razões para obedecê-la. De modo específico, o que justamente distingue as normas jurídicas das demais é a aptidão de fornecer, de pronto, razões para agir independentes de conteúdo.²³² Apesar de ser “descritivo”, o fato de uma norma ser considerada direito em determinado sistema jurídico, já implica que terá repercussões de caráter normativo.

Para Finnis, Leiter, se equivoca de modo semelhante a Coleman, posto que ambos não se preocupam em tentar explicar a normatividade inerente ao direito. Eles tomam por certa a concepção de que uma teoria geral do direito deve

²³² RAZ, Joseph. *In: A moralidade da Liberdade*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2011, pp. 33/35: “Uma **razão independente de conteúdo** se não houver qualquer conexão direta entre razão e ação para qual ela seja uma razão. A razão se encontra no fato aparentemente ‘estranho’ que alguém com autoridade tenha dito assim e, dentro de certos limites, o que ela tenha dito seria razão para qualquer quantidade de ações, inclusive (em casos típicos) para ações contraditórias. Uma determinada autoridade pode mandar que saia da sala ou que nela fique. De qualquer modo, seu comando será uma razão. Isto marca razões autoritativas como sendo independentes de conteúdo. Por esta característica, estas razões podem ser distinguidas de muitas outras, inclusive de vários tipos de formas de expressão que sejam razões.”

levar em conta a sua normatividade, mas satisfazem-se apenas em descrever sua existência e não em explicá-la. O autor deixa isso claro ao dizer, criticando os argumentos expostos por Stephen Perry no artigo titulado “*Hart’s Methodological Positivism*”, que o problema da normatividade do direito (a análise da obrigatoriedade jurídica e a exigência de autoridade) é claramente descritivo.²³³

3.3.5 Externalismo jurídico reconsiderado²³⁴

Antes de descartarmos que exista uma contraposição de fato entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, há uma questão que merece ser elaborada: qual a abordagem feita pela versão fraca do direito natural em relação ao “externalismo jurídico”? Cabe aos defensores do externalismo jurídico demonstrar que basta a constatação da validade jurídica de determinada norma para que surjam razões para ação, ou seja, para que sua normatividade seja revelada.

Imaginemos uma sociedade com um sistema jurídico perfeito, que satisfaça os ideais de justiça e salvaguarde as necessidades e escolhas racionais dos indivíduos que vivam sob sua égide. As normas jurídicas nessa sociedade hipotética estariam harmonizadas a todos os aspectos naturais e sociológicos dos indivíduos a elas submetidos, como, também, cada crença moral e consideração prática a elas pertinentes. As normas jurídicas seriam promulgadas em tempo hábil e contemporaneamente às mudanças ocorridas no seio social, ao passo que os aplicadores do direito prestariam a jurisdição de modo justo e cuidadoso.

Do ponto de vista de um observador, as normas jurídicas dessa sociedade hipotética sempre estariam em conformidade com a “razoabilidade prática”. Como exemplo do que poderia suceder no quadro pincelado acima, poderia-se supor que se essa sociedade perfeita reconhecesse o direito privado de propriedade sobre bens imóveis, suas normas jurídicas, então, precisariam

²³³ LEITER, Brian. In: *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, American Journal of Jurisprudence, vol.17, 2003, p. 38.

²³⁴ CASEY, Brian. *Natural Law And The Challenge of Legal Positivism*, pp. 128-131. A Dissertation presented to the Faculty of the Graduate School at the University of Missouri-Columbia. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy. Decembrer 200.

delinear os limites desses direitos e proibir interferências alheias no direito de propriedade de outrem. Essas interdições, como dito, devem estar em conformidade com os ditames da “razoabilidade prática”. Isso poderia significar, por exemplo, a suspensão do exercício dos poderes inerentes ao domínio, quando um terceiro for confrontado com uma situação de extrema necessidade. Por meio do reconhecimento dessas exceções, pode-se admitir que em situações catastróficas alguém realize saques de comidas a ele indisponíveis por qualquer motivo e cuja carência represente risco a sua sobrevivência.

Diante desse hipotético sistema jurídico, surgiria a seguinte indagação: seria racional não agir sempre em conformidade com as normas do sistema jurídico? Os externalistas jurídicos, considerando suas convicções, responderiam que não, pois essa corrente de pensamento sustenta que não faz parte da natureza do direito fornecer razões para agir independentemente de conteúdo. Segundo concebem, o fato de a norma jurídica ser válida não implica razões para cumpri-la ou descumpri-la. Para eles é imprescindível fortes motivos prudenciais e razões instrumentais para que o direito dessa sociedade hipotética seja sempre obedecido.

Tal visão não parece ser a mais correta, pelo menos para quem adota uma linha jusnaturalista. Para os jusnaturalistas, se as normas de certo sistema jurídico se conformam de diferentes maneiras aos ditames da “razoabilidade prática”, elas fornecem razões para ação, uma vez que representam uma gama variada de valores e outras considerações práticas que fornecem àqueles que vão agir o mais extenso rol de opções que o direito pode oferecer. Para os externalistas, no entanto, isso não basta. Mesmo que o direito esteja em plena conformidade com a razão, exatamente nos termos da sociedade experimental ora descrita, ainda assim seria racional que alguém o desobedecesse.

Esse modelo experimental de sistema jurídico perfeitamente justo - que devemos admitir não ser possível -, além de contestar a concepção externalista, fornece uma boa visão da contribuição que o jusnaturalismo em sua leitura fraca fornece para as ciências jurídicas, qual seja, a capacidade do direito cumprir alguns propósitos práticos, servindo como guia de conduta para os

indivíduos sujeitos a ele. Para Finnis, o objetivo prático do direito seria a resolução dos problemas de coordenação de uma comunidade na promoção do “bem comum”, mas nada impede que alguém considere que o objetivo apropriado do direito seja coisa diversa. O que ora está em foco, é a aptidão do direito fornecer razões para a ação. Ou seja, para os nossos fins, basta aceitar que o direito cumpra tal papel para que possamos demonstrar o valor teórico do jusnaturalismo na sua versão fraca. Essa teoria busca uma descrição geral do direito e também da sua normatividade, atributo que, como vimos não é explicado satisfatoriamente pelas vertentes positivistas.

Por fim, insta registrar que, como um fenômeno humano, o direito dificilmente se materializará em um sistema perfeitamente justo. Talvez isso não passe de uma quimera. O que importa, ao fim e ao cabo, é perquirir a capacidade do direito em promover a realização de atividades humanas consideradas valiosas, ainda que não consiga jamais fazê-lo de modo perfeito. Pelo contrário, é mesmo nas condições diárias do sistema jurídico “razoavelmente justo” que o direito pode direcionar a conduta de maneira a proporcionar obediência pelos agentes racionais. Compreender isso, ou sob que condições o direito *qua* direito determina a obediência racional e requer um raciocínio moral sobre o que se deve fazer é suficiente para os jusnaturalistas que seguem a sua versão fraca. O reconhecimento de que abordar tais questões é necessário para fornecer uma explicação da natureza do direito é a contribuição teórica a que aspira a tese fraca do direito natural para a ciência do direito.