

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

FILOSOFIA DO DIREITO

CONSTANÇA TEREZINHA MARCONDES CESAR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Clóvis Marinho de Barros Falcão, Constança Terezinha Marcondes Cesar – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-056-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

É com satisfação que apresentamos os trabalhos apresentados no GT de Filosofia do Direito do XXIV Encontro Nacional do Conpedi, realizado no campus da Universidade Federal de Sergipe. É sempre preciosa uma oportunidade de discutir um campo tão antigo, e tão importante para compreender e também testar os limites do pensamento jurídico. Os pesquisadores, uma vez mais, demonstraram como é rica e plural a produção jurídico-filosófica nas escolas de direito no Brasil. Mais do que a quantidade, precisamos aumentar a qualidade do trabalho em filosofia do direito, e o evento abraçou essa ideia.

O livro tem uma importância dupla. Por um lado, registra o trabalho desenvolvido pelos pesquisadores e apresentados à avaliação e seleção desta banca; por outro, permite ampliar a perspectiva e continuar os diálogos que apenas iniciaram nos poucos minutos destinados à apresentação de cada trabalho. A pesquisa, ainda mais quando envolve a reflexão filosófica, pede calma, e seria muito limitada se constituída apenas da apresentação e da sessão de perguntas. O texto, amadurecido e costurado pelos autores, permite o contato silencioso e calmo com cada trabalho apresentado, singularmente valioso.

Este livro é, antes de tudo, um convite à conversa e à reflexão. Entre tantos e variados temas, cada leitor encontrará uma mesa em que se sentirá mais à vontade, puxará sua cadeira e interagirá com dedicados pesquisadores. Esperamos que a publicação desses trabalhos integre mais pessoas à deliciosa conversa do dia 4 de julho de 2015.

Os coordenadores.

O CONCEITO DE DIREITO E O FUNDAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO NA TEORIA JUSNATURALISTA DE JOHN FINNIS.

THE CONCEPT OF LAW AND THE FOUNDATION OF THE LEGAL SYSTEM IN JUSNATURALIST THEORY OF JOHN FINNIS.

**Dilson Cavalcanti Batista Neto
Maria Celeste Cordeiro Leite Dos Santos**

Resumo

O presente artigo buscará apresentar as bases da proposta de John Finnis sobre conceito de direito e o fundamento do sistema jurídico. Sua concepção de direito natural, por sua formação influenciada pela filosofia analítica, que de igual forma inspirou positivistas como Herbert Hart, aponta para a necessidade de mudanças na teoria do direito a fim de enxergar o objeto jurídico a partir de uma perspectiva interna, ou seja, assumindo que o direito se trata de um jogo de linguagem socialmente reconhecido pelos seus participantes enquanto tal, não um fato do mundo, pronto, à espera de ser descoberto. Entretanto, um ponto de essencial diferença entre o jusnaturalismo de Finnis e o que os positivistas apontam como jusnaturalismo é que o primeiro nunca pretendeu propor que o direito positivo é uma derivação do direito natural, ou seja, que este seria uma ordem de normas exteriores capazes de invalidar as normas positivadas. Para tal fim, examina-se aqui a construção de Finnis em contraposição a Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart e Joseph Raz, e aponta-se que o caráter inovador de sua obra é a desconstrução de tal premissa dualista do direito natural que prega a existência de outra lei, exterior, verificável e aplicável fora do direito positivo, sendo sua fonte de validade.

Palavras-chave: John finnis; jusnaturalismo; fundamentos do direito.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present the basis of the proposal of John Finnis on concept of law and the foundation of the legal system. His conception of natural law, because of his formation influenced by analytic philosophy, which equally influenced positivists as Herbert Hart, points to the necessity for changes in the theory of law in order to see its object from an internal perspective, i.e., assuming that law it is a game of social language recognized by its participants and, as such, not a fact in the world, done, waiting to be "discovered". However, a point of essential difference between his theory of natural law and what positivists determine as natural law is that the first never intended to propose that the positive law is a derivation from the natural law, i. e., that this would be an order of foreign standards that can invalidate the positive standards. To this goal, this work examines the construction of Finnis in opposition of Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Joseph Raz, and points out that the innovative character of his work is the deconstruction of such dualistic premise of natural law

that preaches the existence of another law, outdoor, verifiable and enforceable out of positive law, and its source of validity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: John finnis; natural law; foundations of law

Introdução

John Mitchell Finnis, professor da Universidade de Oxford e Notre Dame (USA) é reconhecidamente um dos influentes propagadores do direito natural na contemporaneidade. Em sua obra, busca retomar a construção de Tomás de Aquino, quem ele aponta como um solucionador da antiquíssima guerra teórica entre direito natural e direito positivo.

Finnis foi orientado por Herbert Hart em seu doutorado em Oxford, que o encorajou a publicar o que se tornou sua principal obra, *Natural Law and Natural Rights*, em 1980. Esta ligação entre Finnis e Hart foi fundamental para a formação da sua concepção de direito natural. Já que Hart (e seus sucessores, destacadamente Joseph Raz) buscou romper com a tradição do juspositivismo e realismo através de um novo positivismo preocupado com a reformulação de conceitos como autoridade e obrigação jurídica a partir dos ensinamentos de Wittgenstein, e, por consequência, do próprio conceito de direito e sistema jurídico.

Finnis, como buscaremos demonstrar, acompanha tal empreitada, mas indicando falhas de certos aspectos, como a má interpretação da relação do direito com a moral. O que torna a obra de Finnis interessante de ser analisada quando se estuda os fundamentos do direito e do sistema jurídico, é sua inovadora forma de compreender o direito natural interligado ao direito positivo, não sendo um ordenamento externo, independente, fonte de validade do sistema, como criticam os positivistas.

Para buscar cumprir o objetivo pretendido, qual seja, abordar o fundamento do sistema jurídico para John Finnis, passaremos por três pontos: no primeiro, apontaremos a transformação proposta na teoria do direito por Hart com a finalidade de demonstrar como Finnis se liga a tal iniciativa; num segundo momento, abordaremos o conceito de direito natural em Finnis e como ele traz uma crítica aos positivistas; e, por fim, versaremos sobre sua proposição sobre fundamento do sistema jurídico em John Finnis.

1) A Perspectiva Interna da descrição do Direito

Hart, assim como Finnis, são herdeiros de Wittgenstein, cultores da filosofia analítica, e buscam criticar a ideia de verdade como correspondência no campo do

direito, ou seja, a ideia de que a norma e o sistema jurídicos são fatos brutos do mundo que podem ser descritos como faz um cientista que exerce sua atividade externamente ao seu objeto.

No “O Conceito de Direito”, Hart inicia apresentando algumas questões que geram perplexidade, pois, apesar de os teóricos do direito não estarem nem perto de consensos sobre a definição de seus objetos, surpreendentemente, cidadãos comuns conseguem sem dificuldade fornecer conceitos e exemplos de direito. Esta distinção já é um prólogo do que defenderá em toda sua obra: o direito enquanto conjunto de práticas regidas por regras sociais, não fatos brutos.

Um dos principais alvos de Hart é a teoria realista de John Austin, para quem “a chave para a compreensão do direito se encontra na noção simples de uma ordem apoiada por uma ameaça”¹, o que este chamou de “comando”. Sendo assim, conhecer e descrever o direito significa observar a dinâmica de obediência corriqueira dos subordinados a uma autoridade de quem emanam tais comandos apoiados em ameaças.

Kelsen, apesar de profundas diferenças em relação à Austin, acolhe “a mesma concepção de dever jurídico como o correlato de uma sanção e a compreensão da norma jurídica como um comando, como um ato volitivo, que se expressa factualmente.”² Para os autores, deve-se buscar uma descrição científica do direito que pode ser confirmada por meio da observação de fatos (“externos”) verificáveis externamente.

Mas, segundo Ronaldo Porto, é possível identificar que Kelsen avança em relação a Austin por não reduzir o conceito de direito com um mero empirismo que nega elementos cognitivos do agente que está envolvido no discurso jurídico. Kelsen propõe que as normas não são fatos brutos, mas esquemas de interpretação destes. Nesse sentido, afirma Kelsen:

O fato externo que, de conformidade com o seu *significado objetivo*, constitui um ato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um conhecimento especificamente jurídico - não é, pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como

¹ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Antônio Sette-Câmara (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 21.

² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o *sentido objetivo* que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação³ (grifo nosso)

O que se percebe da citação acima é que Kelsen pugna por uma forma de objetividade. Não uma objetividade que entende a norma como um fato bruto, observável externamente, mas uma objetividade que advém das normas enquanto esquemas de interpretação. Apesar de tal diferença, Ronaldo Macedo Jr. insiste em afirmar que Kelsen mantém a distinção cartesiana entre “eventos interiores” e “eventos exteriores”. “Em outras palavras, a validade de uma norma depende da validade de outras normas que, em conjunto, constituem um sistema escalonado. Esse sistema atribui o *pedigree* jurídico às normas.”⁴

Sendo assim, a objetividade do sistema kelseneano aponta para uma vontade subjetiva enquanto elemento que liga o fato bruto ao sistema. Na verdade o que propõe é uma mudança aonde se encontra o fato bruto. Não mais está na norma em si, mas no próprio ordenamento do qual deriva a validade da norma. É tanto que assevera que para que uma norma tenha vigência, esta deve pertencer a um sistema com um mínimo de eficácia. Diz Kelsen: “uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói (sic) dizer-se) é a condição da sua vigência.”⁵ Esta declaração faz com que Ronaldo Macedo conclua que “a existência de um mínimo de eficácia do sistema normativo (um fato bruto) é condição para a sua validade (objetividade jurídica). Nessa medida, o direito ainda é exclusivamente determinado também por fatos brutos.”⁶

Uma das maiores críticas de Hart à Kelsen é em relação à eleição da sanção e coação enquanto elementos diferenciadores do sistema jurídico em relação a outros sistemas de controle social. A ideia das normas secundárias faz com que se questione tal elemento identificador, já que, para Hart, as normas secundárias – diferente daqueles

³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 04.

⁴ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 81.

⁵ KELSEN, *op. cit.*, p. 12.

⁶ MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 84.

que prioritariamente preveem sanções e ditam comportamentos – conferem poderes a particulares, e pressupõem que se adote uma perspectiva interna daqueles que a exercem. Já que o direito é uma construção social de normas primárias e secundárias, este não dependerá de fatos brutos externos ao intérprete.

Willis Guerra Filho aponta aonde se encontra a insuficiência da perspectiva kelseneana: é a de ser normativista e apegar-se à tentativa de descrever um sistema jurídico, mas descuidando dos aspectos pragmáticos de tal descrição. Afirma que:

A insuficiência da teoria de Kelsen estaria no seu apego excessivo à perspectiva normativa, sendo a norma, segundo ele, o “prisma explicativo” (*Deutungschema*) da realidade jurídica, quando a conduta é que instaura as significações cristalizadas nas normas, e é ela que se deve tomar em consideração para compreender, adequadamente, as modificações por que passa um sistema normativo, sem por isso deixar de ser o mesmo sistema.⁷

Mas não se pode confundir essa perspectiva interna com os sentimentos do agente. É aqui que parte a crítica de Hart à Alf Ross⁸. Ambos utilizam-se da figura do jogo de xadrez de Wittgenstein para trabalhar a importância do aspecto interno para a determinação do conceito de direito.

Para Ross, um observador externo é incapaz de determinar quais são exatamente as regras do xadrez, pois:

Poderíamos, talvez, pensar em abordar o problema sob o ângulo comportamental - limitando-nos ao que pode ser estabelecido pela observação externa das ações, descobrindo daí determinadas regularidades. Porém, desta maneira jamais conseguiríamos atinar com as regras do jogo. Jamais seria possível distinguir as práticas vigentes, nem sequer as regularidades condicionadas pela teoria do jogo, das regras do xadrez em sentido próprio. Mesmo após observar mil partidas ainda seria possível crer que contraria as regras abrir o jogo com um peão de torre.⁹

Sendo assim, a vigência para Ross, extraída da metáfora do xadrez, é que além de qualquer elemento externo de padrão de comportamento, a regra é vigente quando

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª Ed. Henrique Garbellini Carnio (colaborador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 162.

⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Edson Bini (trad). Bauru: EDIPRO, 2000, p.

⁹ *Ibidem*, p. 38.

promove uma adesão interna no coparticipante. Ou seja, quando os jogadores sentem que devem se comportar a favor ou contra a regra vigente.

Em escrito analisando o Realismo Escandinavo, ao qual pertence Ross, Hart esclarece o conceito de validade (aqui quero entender que não se distingue de vigência) para Ross. Afirma:

Dizer que uma regra jurídica é válida [para Alf Ross] é dizer (1) que os tribunais, em condições específicas irão aplicá-la ou, pelo menos, considerá-la como especialmente importante para chegarem a uma decisão e (2) que eles o farão porque têm a experiência emocional de “estarem vinculados” pela regra. (...) a não ser pela referência aos sentimentos, e do tratamento da regra jurídica tanto como um “esquema interpretativo”, quanto como uma base para previsões, a análise de Ross não difere muito de teorias realistas e deveres jurídicos como previsões de ações oficiais.¹⁰ (grifo nosso)

Para Hart, Ross enxerga de maneira errônea a questão da perspectiva interna. Não se pode definir uma norma enquanto vigente por uma questão de “emoção”, “sentimento” ou qualquer “experiência” psicológica especial.¹¹ Reconhece, entretanto, que estes “sentimentos” poderiam até acompanhar o agente na atividade jurídica, mas não pode ser suficiente. Entende que, desta forma, Ross ainda estaria preso a uma ideia de fatos brutos determinantes do conceito de direito, que neste caso seriam psicológicos. “Para Hart, diferentemente de Ross, o conceito de *regra* envolve a existência de uma *razão* para ação. Essa razão para a ação tem uma natureza social e não se identifica a um fato mental.”¹² (grifo no original). Uma razão, enquanto regra de prática social, pode ser conhecida e aprendida independentemente de sentimentos.

2) A proposta de John Finnis de Direito Natural.

Até aqui não podemos dizer que há consideráveis divergências entre John Finnis e Herbert Hart. Ambos, com Wittgenstein, apontam a necessidade de mudanças na teoria do direito a fim de enxergar o objeto jurídico a partir de uma perspectiva interna, ou seja, assumindo que o direito se trata de um jogo de linguagem social reconhecido,

¹⁰ HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. José Ghirardi e Lenita Estaves (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 185-186.

¹¹ *Ibidem*, p. 187-188.

¹² MACEDO JUNIOR, *op. cit.*, p. 99.

desta forma, pelos seus participantes enquanto tal, não um fato do mundo, pronto, à espera de ser “descoberto”.

O que se pode estranhar, a princípio, seria o fato de Finnis ser um dos mais relevantes propagadores na atualidade do Jusnaturalismo. Não seria o direito natural uma escola do direito que pressupõe a existência de uma ordem externa de leis que são fonte de validade para o direito positivo? Ser jusnaturalista não significa acreditar na existência de “duas leis” necessariamente, aonde a lei mais geral (natural) está inserido em alguma ideia perceptível à razão humana? (numa divindade ou na natureza?)

Em sua principal obra, *Natural Law and Natural Rights*¹³, Finnis busca contrapor críticos que negam que a validade jurídica de uma norma dependa de qualidades substancialmente morais. E para tanto, busca desconstruir tal premissa dualista do direito natural que prega a existência de outra lei, exterior, aplicável fora do direito positivo e que o regula, sendo sua fonte de validade.

Hart mostra entender justamente nessa dualidade um dos mais graves erros da teoria do direito natural. Aponta o problema de um direito dependente da moral quando afirma que:

Se adotarmos o conceito mais restrito, excluiremos do “direito” essas normas moralmente ofensivas. Parece claro que o estudo teórico e científico do direito como fenômeno social nada tem a ganhar adotando o conceito mais restrito: este nos levaria a excluir certas normas mesmo quando apresentassem todas as outras características complexas do direito.¹⁴

Trata-se do problema de saber se uma lei injusta ainda seria lei. A este, voltaremos adiante. Agora passemos a apontar a estrutura base da proposta jusnaturalista de Finnis e a razão, para ele, de Hart estar equivocado em alguns pontos.

A principal crítica que Finnis propõe sobre o pensamento de Hart é que uma teoria do direito não deve simplesmente levar em consideração uma perspectiva interna (daquele quem aceita o direito enquanto válido), mas a teoria deve assumir a visão desta perspectiva porque os indivíduos que se encontram no jogo de conceitos do direito acreditam que normas válidas geram obrigações morais¹⁵. Ou seja, as práticas argumentativas experimentadas nas atividades jurídicas e judiciais buscam não somente

¹³ FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

¹⁴ HART, H. L. A. *op. cit.*, 2012, p. 270-271.

¹⁵ BIX, Brian. *Natural Law Theory*. In Dennis Petterson (ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010, p. 217-218.

ações com base em regras colocadas por uma autoridade, mas quando se argumenta juridicamente, se faz pensando em melhores ou piores argumentos e justificativas, que protegem mais ou menos bens básicos. Tal elemento valorativo não pode ser afastado do conceito do direito.

É por isso que Finnis vai sustentar a existência de uma estrutura que antecede o direito e os valores, e que serve de referência – ainda que implícita – quando se argumenta juridicamente. É a existência de bens básicos que não são meios para se chegar a valores, mas os antecedem; não são, portanto, instrumentais, mas são bens que todo ser humano busca satisfazer com suas ações. Possuem como características a objetividade, a auto evidência e a incomensurabilidade.

Os bens são objetivos, mas não quer dizer que advêm de fora da natureza humana necessariamente. Esta característica significa que os bens não são comandados pela vontade de ação, mas esta existe para satisfazê-los. Já que antecedem qualquer valor moral, também não se pode falar ainda aqui de razoabilidade dos meios adotados para a fruição de tais bens, sendo estes simplesmente são inteligíveis a qualquer ser humano. Mas isto não significa que são puramente intuitivos, mas sua autoevidência depende, segundo Finnis, da experiência, da prática. Finalmente, a incomensurabilidade significa a impossibilidade de escaloná-los em ordem de importância; fazê-los seria adotar certo padrão moral, de uma determinada época, o que contrariaria a própria construção de Finnis, já que tais bens são pré-morais.¹⁶

Uma pergunta importante é se há uma lista definitiva de bens. Finnis aponta que não e reconhece que a lista que propõe pode ser alvo de críticas. Tais bens são, para Finnis: Vida, Conhecimento, Jogo, Experiência Estética, Sociabilidade (Amizade), Razoabilidade Prática e Religião.¹⁷

Como afirmado acima, cada um destes bens é universal e eles conduzem todas as sociedades humanas, em todos os tempos. Possuem valor intrínseco, não sendo meio para atingir outros valores. Não se confundem com valores morais, mas os antecedem. A moral e os princípios de direito natural resultam da combinação de tais bens com os requisitos de razoabilidade prática.¹⁸

¹⁶ FINNIS, *op. cit.*, p. 81-99

¹⁷ Não é nosso objetivo aqui discorrer sobre cada um deles, mas somente apontá-los para que se possa, mais à frente, demonstrar como Finnis propõe seu conceito de direito natural.

¹⁸ WACKS, Raymond. **Philosophy of Law: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.14-18.

A razoabilidade prática, além de ser um bem básico, dela Finnis propõe a existência de princípios práticos, ainda não eivados de valor, de escolha de bens, mas que orientam a razoabilidade de ações, sendo base para direção destas. Para Finnis¹⁹, tais princípios são tão ascéticos quanto os princípios lógicos (que advêm do raciocínio lógico, não o prático) como o da não contradição. Por exemplo, sem a ideia de princípio prático de que um bem deve ser buscado, não adiantaria dizer que algo é um bem básico.

O requisitos da razoabilidade prática levantados por Finnis²⁰ são: 1) Um plano de vida coerente; 2) Sem preferência arbitrária por valores; 3) Sem preferência arbitrária por pessoas; 4) Desprendimento (evitar o fanatismo); 5) Compromisso (evitar a apatia ou o desinteresse por compromissos assumidos); 6) A relevância limitada das consequências: eficácia dentro dos limites do bom senso (o que não pode ser confundido com o consequencialismo); 7) Respeito por cada valor básico em cada ato; 8) Exigências do bem comum (que veremos no próximo item) e 9) Seguir a consciência.

Nosso objetivo não é discorrer sobre cada um desses, mas apresentá-los como elementos de uma estrutura que antecede o direito, e que o fundamenta. Finalmente podemos dizer que, diferentemente de Hart, Finnis não concebe simplesmente uma teoria do direito natural. O próprio autor afirma²¹ há uma diferença entre Direito Natural e teorias do Direito Natural. Estas teorias buscam fundamentar racionalmente o julgamento moral. Sendo assim, Hart e Kelsen, segundo Finnis, estariam certos se o que este propõe é mais uma teoria. Para Finnis, a correta metodologia positivista levaria a teoria do direito mais perto do direito natural. Se se levasse a sério o ponto de vista interno no conceito de direito, conseqüentemente se reconheceria a importância de uma série de estruturas naturais humanas (bens e princípios), conhecidas como lei natural.

Sendo assim, como respostas às objeções²², Finnis entende que o direito positivo não é uma delegação do Direito Natural, que pode resultar numa incoerência entre eles, mas uma derivação pressupõe, primeiramente, *a possibilidade de validade puramente jurídica*, e, em consequência, *a possibilidade de uma lei ser ainda direito mesmo sendo injusta*. Para Kelsen, os naturalistas entendem que a justiça é a fonte de validade do direito positivo, mas para Finnis a justiça é um resultado da racionalidade prática. Esta

¹⁹ FINNIS, *op. cit.*, p. 63.

²⁰ *Ibidem*, p. 100-127.

²¹ *Ibidem*, p. 27.

²² *Ibidem*, p. 23 – 55.

não depende de uma ligação umbilical com qualquer elemento moral que vem da vontade divina, por exemplo, mas com elementos pré-morais e autoevidentes.

Partindo de um ponto de vista interno, Finnis aponta que Hart deveria perceber que as razões para obedecer o direito são morais – por refletirem a busca da fruição de bens humanos – porém não há uma identidade necessária entre direito e moral.²³ Para Finnis, a função dos teóricos dos direitos naturais não deve ser a busca de um outro ordenamento natural de normas jurídicas exterior ao positivado, mas investigar e desenvolver a compreensão de quais são os bens e princípios naturais básicos humanos. Desta forma, todo direito positivo é natural, não existe dualidade, duas leis, mas uma estrutura de bens e princípios (lei natural) a serem protegidos por diversos institutos sociais, dentre eles o direito.

Deixaremos para tratar desta concepção de relação entre direito natural e positivo e suas decorrências em relação ao fundamento do direito para um momento específico à frente. Mas é importante, em tempo, trazer uma observação importante feita por Carolina Sáez: a construção do conceito de direito em Finnis não parte da identificação do que seja especificamente o direito para depois tratar da sua obrigatoriedade. Ao contrário, “*es el estudio de esta obrigatoriedad lo que le lleva de enterderlo, en general, como decisión de gobierno y a identificarlo, en particular, con un procedimiento*”.²⁴

Isso que dizer que para John Finnis, Hart está correto de entender o direito enquanto uma razão para ação, e que esta obrigação é eminentemente jurídica. Mas Finnis busca demonstrar, por sua vez, que, em último grau, toda obrigação é também moral e que no caso em tela trata-se de uma obrigação moral criada pelo direito. Em resumo, é moralmente importante que se obedeça ao direito.

3) O fundamento do sistema jurídico em John Finnis.

Seguindo a proposição de Finnis, outros conceitos são fundamentais neste mister, como o de *comunidade e bem comum*.

Como visto acima, a razão para a ação prática, dentre elas a jurídica, é a existência de bens básicos, e quando se fala em comunidade, Estado e direito, é preciso

²³ SÁEZ, Carolina Pereira. **La Autoridad del Derecho**. Un diálogo com John M. Finnis. Granada: Editorial Comares, 2008, p. 175-180.

²⁴ *Ibidem*, p. 182.

pressupor a ideia de bem comum. É por isso que, nas conclusões de Carolina Saéz, a filosofia jurídica, política e moral, em Finnis, estão interligadas, já que a prática jurídica é orientada por bens básicos (moral) e o seu conceito de autoridade do direito está ligado ao atendimento da ideia de bem comum numa comunidade (política).²⁵

Antes de continuar, então, a tratar do conceito de bem comum, é importante colocar a noção de Finnis sobre comunidade, já que são, como se observou acima, conceitos correlatos na base.

O conceito de comunidade é dividido por John Finnis em uma classificação essencial para a compreensão do seu conceito de bem comum. Elton Somensi de Oliveira²⁶ sintetiza e nomeia os tipos de comunidade²⁷ desta foma: “(a) comunidade físico-biológica ou natural [physical and biological]; (b) comunidade de cognição [our understanding itself]; (c) comunidade técnica [...cultural unity of shared language, common technology, common technique...]; d) comunidade ‘de ação conjunta’ [community of joint action; of mutual commitment to...].”

Mas tais comunidades isoladas seriam sempre incompletas, insuficientes em si mesmas. É preciso pressupor a comunidade completa sendo esta aquela que tem como dinâmica de existência a proteção e florescimento das demais espécies de comunidade nela inserida.

Trazendo novamente aqui a questão do bem comum, Finnis ressalva que “*nor is there only one reasonable life-plan or determinable set of reasonable life-plans, which the state should seek to get its citizens to commit themselves to.*”²⁸ Isso demonstra que essa comunidade completa (que em última instância engloba todas as comunidades), apesar de não ser pressuposto que siga um bem comum específico, as comunidades políticas (Estado) possuem um bem comum que é justamente trazer as condições que permitam que os membros possam cumprir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos os valores pelos quais eles têm razão em colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) em uma comunidade.

²⁵ *Ibidem*, p. 131.

²⁶ *Ibidem*, p. 99.

²⁷ Digo nomeia, pois Finnis, apesar de propor essa classificação, não se propõe a nomeá-las. Por julgarmos que Somensi foi feliz em tal tentativa, usaremos aqui sua nomenclatura já que faz íntima relação com as quatro ordens do conhecimento em Aristóteles (natural, lógica, técnica e prática).

²⁸ FINNIS, *op. cit.*, p. 155. Tradução livre dos autores: “nem há apenas um plano de vida razoável, ou número determinável de projetos de vida razoáveis, que o Estado deve procurar impor aos seus cidadãos a se comprometerem”.

Tal bem comum, em Finnis, não significa que este resulta de uma concepção que consagre um grupo mais forte, ou que prevalecerá para a maioria da comunidade.²⁹ Sua teoria de bem comum pressupõe uma noção ampla, resultante de uma “amizade”, uma necessidade de convivência. É para que se dê o florescimento dos bens básicos em tal comunidade geral, que se lança o desafio à razoabilidade prática, da qual o direito é uma das expressões, e o Estado de Direito, portanto, uma necessidade.³⁰

Assim, para Finnis, uma teoria do direito geral não é aquela que o descreve em sua proposição por uma autoridade enquanto razão excludente de razões particulares para a ação, mas a que tem por objetivo compreender o conjunto de "bens humanos" e apreciar a forma como alguns desses bens só podem ser realizados por meio da lei.³¹

É então, como já afirmamos acima, da constatação dos bens básicos, princípios da razão prática, da noção de comunidade e bem comum, que se propõe seu conceito de direito propriamente dito, nesses termos:

(...) rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a ‘complete’ community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the community’s co-ordination problems (and to ratifying, tolerating, regulating, or overriding co-ordination solutions from any other institutions or sources of norms) for the common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities.³²

²⁹ OLIVEIRA, Elton Somensi. **Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a Fundamentação do Conceito de Bem Comum na Obra de John M. Finnis.** 2002. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, p. 111.

³⁰ SIMMONDS, N. E. Value, Practice and Idea. In KEOWN, John; GEORGE, Robert P. (Editores). **Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis.** Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 324.

³¹ *Ididem*, p. 323.

³² FINNIS, *op. cit.*, p. 276-277. Livre tradução dos autores: “regras feitas, de acordo com normas legais reguladoras, por uma determinada e efetiva autoridade (auto-identificada e, de maneira padronizada, constituída como uma instituição de normas jurídicas) para uma comunidade "completa", e apoiada por sanções de acordo com as regras guiadas por estipulações das instituições judicantes, este conjunto de regras e instituições sendo direcionados para razoavelmente resolver qualquer dos problemas de coordenação da comunidade (e para ratificar, tolerar, regular, trazer soluções de coordenação imperiosas de quaisquer outras instituições ou fontes de normas) para o bem comum dessa comunidade, de acordo com uma maneira e uma forma adaptadas para o bem comum por características específicas, minimizando a arbitrariedade, e mantendo uma qualidade de reciprocidade entre os sujeitos do direito tanto entre si, com em suas relações com as autoridades legais”. É importante ressaltar que a tradutora da referida obra para o português, Leila Mendes, fala em “autoridades legítimas”, ou invés de “legais”, como traduzimos.

É de suma importância colocar, mais uma vez, que tal teoria do direito, por ter como objetivo a compreensão de valores básicos, não se propõe simplesmente prescritiva. Finnis busca, dessa forma, respeitar a conhecida “Lei de Hume” de que não se pode derivar regras de *dever-ser* das hipóteses sobre o *ser*. Mas, por outro lado, uma descrição completa sobre o direito enquanto elemento da prática humana, só pode ser dado por alguém que entende os bens humanos, na prática, isto é, como razões para a escolha e ação.³³

Retomando o que se colocou ao final do tópico anterior, o conceito de direito de Finnis se assemelha ao de Hart em alguns aspectos. Uma delas é a questão da autoridade criadora de regras jurídicas e também criada por elas. Mas para Finnis, o direito, por ser um objeto cultural, construído, é um instrumento, uma técnica adotada para um *propósito moral*. A autoridade política em todas as suas manifestações, incluindo as instituições legais, é uma técnica para trazer “unanimidade” na tomada de decisões-sociais em que esta seria quase sempre inatingível a fim de coordenar ações na sociedade com o objetivo de florescimento dos bens básicos.³⁴

Joseph Raz admite que o dever de obedecer à lei *prima facie* tenha certa ligação com qualidades morais do conteúdo das leis. Mas por sua construção positivista – que propõe a essencial separação entre direito e moral - propõe que a autoridade do direito não pode depender inteiramente do seu conteúdo. Para ele, leis devem gozar de autoridade, mas vinculá-la a algum fim moral pode comprometer uma correta descrição do direito, ou mesmo identificar a teoria do direito com o papel de investigação de legitimidade da lei.³⁵ Como explica Carolina Sáez, para Raz, as únicas razões para a ação que o direito pode criar são as sanções. Mas, apoiada em Finnis, entende que Raz pode descrever o direito, mas não explica-lo, a partir de um ponto de vista interno realmente levado à sério, as razões de aceitação do direito enquanto razão excludente.³⁶

Fica, portanto, mais uma vez notória a essencial diferença entre o jusnaturalismo de Finnis e o que os positivistas apontam como jusnaturalismo. Finnis nunca pretendeu

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Leila Mendes (trad). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 270.

³³ FINNIS, John. **Reason in Action**. (Collected Essays: Volume I) Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 213.

³⁴ *Ibidem*, p. 219.

³⁵ RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law. In **American Journal of Jurisprudence**, Vol. 48. Oxford: Oxford University Press, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008801>. Acesso em: 03 de Abril de 2015, p. 7-9.

³⁶ SÁEZ, *op. cit.*, p. 139.

propor que o direito positivo é uma derivação do direito natural, ou seja, este seria uma ordem separada de normas capazes de invalidar o direito positivo. Para Finnis, o direito possui uma autoridade sistemática autônoma à moral, mas que tem finalidades morais.

Lembra Finnis que o próprio Tomás de Aquino considerava a possibilidade e importância de “leis meramente humanas”, que aparentemente não fazem nenhuma relação com bens básicos apresentados acima. Finnis³⁷ cita o exemplo das regras de trânsito afirmando que normas que, hipoteticamente, alterassem com base na discricionariedade do legislador a velocidade de 60 para 55 quilômetros por hora adquirem sua forma das próprias regras jurídicas que Hart chamaria de secundárias, que delegam poderes. Mas nos lembra, por outro lado, quem em última instância as regras de trânsito tiram toda sua força e fundamento dos princípios permanentes da razão prática.

Finnis demonstra que existem normas jurídicas que estão “mais em conexão” com os bens básicos do que outras, como a regra de trânsito acima exemplificada. As primeiras seriam regras *derivadas da lei natural*; e as segundas um mero *determinatio* por uma escolha mais ou menos livre. Isso só reitera o que se disse acima: de que, para Finnis, se Hart e Raz levassem à sério a perspectiva interna de análise do direito, perceberiam que a obrigação advinda da regra jurídica, apesar de autônoma, é também moral por se tratar sempre do fruição de bens básicos.

Enfim, pode-se pensar que tal construção é razoável levando em consideração que a lei é justa. Mas e quando não o for? Finnis entende que há, por exemplo, direitos humanos absolutos. O que fazer se uma lei quebra tais direitos?

Sobre tais tipos de direitos humanos absolutos, o autor afirma que estes são quebrados quando se atenta diretamente contra a existência de um bem básico.³⁸ Mas busca esclarecer um ponto muito importante. Quando Aquino e outros Jusnaturalistas como Aristóteles e Platão afirmavam que *lex injusta non est lex*, não faziam diferença entre um ponto de vista focal e secundário do termo.³⁹

Nesse sentido, para Finnis, uma lei injusta seria ainda lei no sentido de que goza de validade jurídica e é juridicamente obrigatória, já que não desaparece a autoridade *prima facie* de se obedecer o direito, portanto deve-se obedecer possivelmente leis injustas para se preservar o respeito pelo sistema. Mas, por ser injusta, esta lei não tem

³⁷ FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 285.

³⁸ *Ibidem*, p. 225-226.

³⁹ SÁEZ, *op. cit.*, p. 216.

autoridade advinda da ideia de bem comum, o que desconfigura a obrigação moral de obedecê-la. Este seria um caso em que se teria uma lei, mas não uma lei em seu sentido focal.

Considerações finais

No presente trabalho, buscamos apresentar, ainda que brevemente, as bases da proposta de John Finnis sobre conceito de direito e o fundamento do sistema jurídico.

Sua concepção de direito natural, por toda sua formação influenciada pela filosofia analítica e forte ligação com positivistas, não é o que chamamos aqui de dualista. Ou seja, não entende que todo o direito deriva de outro sistema de normas naturais que são a fonte de validade para o direito positivo.

Finnis toma como ponto focal de análise o próprio direito positivo, pugnando por outra noção de lei natural como sendo um conjunto de elementos humanos para os quais o direito positivo aponta, sendo que a função do teórico do direito natural não é traçar o conteúdo de uma lei natural, externa, mas compreender quais seriam os bens e princípios básicos que a compõe. Isso é tão importante em sua obra que é significativo trazer aqui a frase com qual inicia *Natural Law and Natural Rights*: “There are human goods that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy”⁴⁰

Conclui-se dizendo que a concepção de direito natural de Finnis não propõe que o fundamento do sistema jurídico seja outra ordem natural. Esta não seria capaz de coordenar todos os problemas humanos. Como se viu, o direito positivo possui uma autoridade própria e obedecê-lo é, antes de tudo, um dever moral.

⁴⁰FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 03.

Referências

BIX, Brian. Natural Law Theory. *In* Dennis Petterson (ed.). **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

FINNIS, John. **Reason in Action**. (Collected Essays: Volume I) Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Leila Mendes (trad). São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

_____. **Natural Law and Natural Rights**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª Ed. Henrique Garbellini Carnio (colaborador). São Paulo: Saraiva, 2009.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia**. José Ghirardi e Lenita Estaves (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **O Conceito de Direito**. Antônio Sette-Câmara (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado (trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Elton Somensi. **Bem Comum, Razoabilidade Prática e Direito: a Fundamentação do Conceito de Bem Comum na Obra de John M. Finnis**. 2002. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

RAZ, Joseph. About Morality and the Nature of Law. *In* **American Journal of Jurisprudence**, Vol. 48. Oxford: Oxford University Press, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008801>. Acesso em: 03 de Abril de 2015.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Edson Bini (trad). Bauru: EDIPRO, 2000.

SÁEZ, Carolina Pereira. **La Autoridad del Derecho**. Un diálogo com John M. Finnis. Granada: Editorial Comares, 2008.

SIMMONDS, N. E. Value, Practice and Idea. *In* KEOWN, John; GEORGE, Robert P. (Editores). **Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

WACKS, Raymond. **Philosophy of Law: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2006.