

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FILOSOFIA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

JOHN M. FINNIS E AS OBJEÇÕES CÉTICAS À LEI NATURAL

BRUNO ZAMPIER

CURITIBA
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FILOSOFIA

BRUNO ZAMPIER

JOHN M. FINNIS E AS OBJEÇÕES CÉTICAS À LEI NATURAL NATURAL

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre do Curso de
Mestrado em Filosofia do Setor de Ciências
Humanas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Lucio Souza Lobo

CURITIBA
2016

AGRADECIMENTOS

Ao “Criador Inefável, verdadeira fonte de Luz e de Sabedoria”, por guiar os meus passos até a conclusão deste trabalho,

Aos meus pais, minha maior fonte de inspiração, João Carlos Zampier e Maria Aparecida Lanzini Haenisch, pelo apoio e amor incondicional,

A esta Universidade, seu corpo docente, direção e administração, pela oportunidade concedida, pelos valorosos exemplos de dedicação, seriedade e pela solicitude em auxiliar e orientar os alunos em todos os momentos,

Ao Professor Orientador Dr. Lucio Souza Lobo, sem o qual este trabalho não seria possível, pelas inestimáveis aulas sobre a filosofia tomista, pela incansável disposição para explicar e debater minuciosamente todos os pontos da pesquisa (à maneira escolástica!) e, sobretudo pela amizade e pelo exemplo de virtude e de amor ao conhecimento,

Ao Professor Dr. Bernardo Brandão, pelo apoio e auxílio nos momentos de dificuldade,

Aos professores Dr. Luiz Antônio Alves Eva e Dr. Maurizio Filippo di Silva pelas valiosíssimas observações e orientações por ocasião da banca de qualificação, as quais, já incorporadas ao texto, aprimoraram a pesquisa,

Aos amigos Eduardo Seino Wiviurka, Rodrigo Bley Santos e Heloísa Gusmão, pelo apoio, pela ajuda e pelas contribuições sobre o tema pesquisado e que acabaram moldando boa parte deste trabalho,

Por fim, a John M. Finnis, cuja teoria constitui o cerne desta pesquisa, mas também pela solicitude com que esclareceu nossas dúvidas, contribuindo decisivamente para nossas conclusões e nos honrando com seu posicionamento pessoal que ilustra nossa pesquisa.

RESUMO

Este trabalho apresenta o tratamento da *New Natural Law*, corrente jusnaturalista contemporânea cujo expoente é John M. Finnis, às objeções cétricas levantadas contra o Direito Natural nos últimos séculos, em especial aquelas sustentadas por Hans Kelsen e que podem ser assim resumidas: falácia naturalista e problema do ser/dever ser ou Lei de Hume, relativismo das concepções de lei natural e a (des) necessidade de um Direito Positivo. Também abordamos as críticas formuladas pelos tomistas tradicionais, como Michel Villey e Edward Feser, contra as respostas de Finnis às objeções cétricas. Empregamos o método histórico-descritivo para aprofundar os apontamentos de Finnis a respeito de uma suposta confusão sobre as premissas do Direito Natural que obscurecem e dificultam sua compreensão a partir do Renascimento. Por fim, a partir das teorias de Finnis, apresentamos algumas contribuições para um aprofundamento teórico no debate sobre a viabilidade dos critérios morais objetivos independentes da metafísica, com esteio na distinção aristotélica/tomista entre razão teórica e razão prática.

Palavras-Chave: John M. Finnis, Lei Natural, objeções cétricas, falácia naturalista

ABSTRACT

This dissertation presents the New Natural Law's treatment to the skeptical objections in recent centuries especially the ones supported by Hans Kelsen and can be summarized as follows: naturalistic fallacy and is-ought problem (also known as Hume's law), relativism of natural law concepts and the necessity of a positive law. It also examines the traditional thomists' complaints as Michel Villey and Edward Feser ones against the Finnis' answers to skeptical objections. It uses the historical and descriptive method to deepens Finnis's notes about an alleged confusion on the premises of natural law that obscure and hinder their understanding from the Renaissance. Finally it presents some contributions from the theories of Finnis to a theoretical deepening the debate on the feasibility of objectives moral criteria - free of metaphysics - with mainstay in the Aristotelian / Thomistic distinction between theoretical and practical reason.

Keywords: John M. Finnis, Natural Law, skeptical objections, naturalistic fallacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 AS OBJEÇÕES CÉTICAS.....	21
2.1 CETICISMO EM DIREITO.....	21
2.2 AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES SEGUNDO MICHEL VILLEY	24
2.2.1 Problema Do Ser/Dever Ser (<i>Is/Ought Problem</i>).....	25
2.2.1.1 Distinção com a Falácia Naturalista	25
2.2.1.2 O Argumento de Hume e a crítica de Kelsen a Tomás de Aquino	27
2.2.1.3 O Dever na Teoria Positivista de Hans Kelsen.....	32
2.2.1.4 A Solução de Hans Kelsen: a Norma Fundamental Analítica.....	38
2.2.1.5 A Solução de Immanuel Kant: a Norma Fundamental Normativa	48
2.2.1.6 A Solução de H.L.A. Hart: a Norma Fundamental Empírica.....	50
2.2.2 O Relativismo	52
2.2.3 Dualismo Ou A Necessidade Do Direito Positivo	55
3 A ORIGEM DA NNL NO ÂMBITO DA FILOSOFIA ANALÍTICA.....	57
3.1. PREMISSAS DA TEORIA DE JOHN M. FINNIS.....	61
3.1.1 Uma Ética sem Metafísica: seu sentido e seu limite	62
3.1.2 Método e Verdade.....	69
3.1.3 Bem e Natureza Humana: a Ética como preliminar à Ontologia	71
3.1.4 Autoevidência dos Primeiros Princípios da Razão Prática	75
4 JOHN M. FINNIS E AS REFUTAÇÕES ÀS OBJEÇÕES CÉTICAS	81
4.1 <i>IS/UGHT PROBLEM</i> E O DEVER NA TEORIA DE FINNIS	81
4.1.1 Dever No Estoicismo: Confusão entre Razão Prática e Teórica	85
4.1.2 A Obrigação No Direito Natural Pós-Renascentista	88
4.1.2.1 Francisco Suarez e Gabriel Vazquez	89
4.1.2.2 João Duns Escoto e A Vontade Divina.....	91

4.1.2.3	Guilherme De Ockham e a <i>Via Nouvelle</i>	95
4.1.2.4	O Positivismo De Lutero.....	100
4.1.3	A Solução de John M. Finnis: a desnecessidade de inferências.....	106
4.1.3.1	Resposta de John M. Finnis à questão do suicídio	110
4.2	REFUTAÇÃO AO ARGUMENTO DO RELATIVISMO	114
4.3	REFUTAÇÃO AO ARGUMENTO DO DUALISMO.....	120
5	AS OBJEÇÕES DOS NEO-ESCOLÁSTICOS.....	124
5.1	MICHEL VILLEY.....	125
5.2	EDWARD FESER	127
5.3	JAVIER HERVADA	131
5.4	ALFREDO CULLETON	132
6	REFUTAÇÕES ÀS OBJEÇÕES DOS NEO-ESCOLÁSTICOS	134
7	CONCLUSÃO	145
	REFERÊNCIAS.....	152

1 INTRODUÇÃO

O direito natural é um tema superado. Seus pressupostos foram refutados e suas conclusões, rotuladas como cientificamente insustentáveis. A defesa de direitos absolutos, freqüente em teorias jusnaturalistas, é hoje considerada incompatível com a democracia moderna, pluralista e adepta do relativismo como instrumento de tolerância. No meio acadêmico, são raros os trabalhos que se dedicam ao seu estudo e mais raras ainda as decisões judiciais baseadas em direito natural. Na verdade, arriscamos dizer que tais decisões, hoje, simplesmente não mais existem em lugar algum do ocidente.

Entendemos que este cenário completamente hostil nos impõe a necessidade de apresentar pelo menos algumas justificativas, mesmo que muito sucintamente, para a nossa crença de que um estudo sobre Direito natural em pleno século XXI ainda será pertinente. Inevitavelmente, a premissa de que o Direito natural ainda tem algo a contribuir com a filosofia jurídica contemporânea está, mesmo que implicitamente, afirmando que as teorias contemporâneas fracassam, pelo menos em alguma medida, na missão de fornecer soluções para os problemas do Direito atual. Certamente, uma crítica desta envergadura, a rigor, requer uma pesquisa à parte sobre os problemas das teorias contemporâneas, mas, para os propósitos desta pesquisa, acreditamos que alguns apontamentos a título introdutório sobre questões de ética e filosofia jurídica até o momento não solucionadas bastam para demonstrar que as teorias atuais são insuficientes, permitindo-nos assim justificar o interesse neste tema como relevante e atual, e não como uma mera curiosidade histórica.

Contudo, desde já é preciso observar que não temos a pretensão de adentrar ao mérito das possíveis contribuições do Direito natural ao debate contemporâneo. Caso fosse este o nosso objetivo, este trabalho versaria sobre o conteúdo da *prudentia* na ética de Tomás de Aquino ou, para utilizar os termos de John M. Finnis, sobre os desdobramentos do *princípio da razoabilidade prática* segundo uma teoria da lei natural. As questões envolvendo as respostas do Direito natural para os problemas complexos da ética e do Direito estão excluídos do objeto desta pesquisa

e só serão mencionados *en passant*, porque consideramos que qualquer tentativa de contribuição do Direito natural nos dias atuais não gozará de credibilidade caso não esteja apta a, antes de qualquer coisa, mostrar-se capaz de responder e superar as críticas e refutações que o desbancaram da hegemonia desfrutada no passado. Portanto, este é um trabalho teórico sobre as tentativas de refutações às críticas impostas ao Direito natural, sustentadas por John M. Finnis. Na ótica de um estudioso das ciências jurídicas, é uma pesquisa filosófica preliminar a um possível desenvolvimento futuro em questões e problemas práticos do Direito.

Por ora, cumpre destacar algumas dificuldades correntes na filosofia jurídica atual. Luís Roberto Barroso, introduzindo as questões suscitadas em torno do princípio da dignidade humana, para ficarmos restritos aos possíveis desdobramentos de um único princípio jurídico, apresenta extenso rol exemplificativo de *hard cases*¹, mostrando – talvez não intencionalmente – que a discussão sobre critérios objetivos para além de uma hermenêutica formalista é uma necessidade premente do Direito contemporâneo, tanto quanto foi no passado:

O Sr. Wackenheim, na França, queria tomar parte em um espetáculo conhecido como arremesso de anão, no qual freqüentadores de uma casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Sra. Evans, no Reino Unido, após perder os ovários, queria poder implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen do ex-marido, de quem se divorciara. A família da Sra. Englaro, na Itália, queria suspender os procedimentos médicos e deixá-la morrer em paz, após dezessete anos em estado vegetativo. O Sr. Elwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Jacobs, na África do Sul, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. O jovem Perruche, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro do médico e outro do laboratório deixaram de diagnosticar o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido. Todos esses exemplos reais, envolvendo situações aparentemente distantes, guardam entre si um elemento comum: a necessidade de se fixar o sentido e alcance da dignidade humana, como elemento argumentativo necessário à produção da solução justa².

¹ Em tradução literal, “casos difíceis”. É uma expressão comum entre filósofos do Direito como Ronald Dworkin, H. L. Hart e Neil McCormick para se referir a casos em que ocorre uma lacuna na interpretação da lei no caso concreto, sendo impossível ou pelo menos muito difícil estabelecer um raciocínio lógico-dedutivo a partir de uma regra jurídica em vigor para solucionar a controvérsia.

² BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em:

Teorias positivistas são declaradamente incapazes de oferecer soluções substanciais a tais problemas porque, reduzindo o Direito à forma, simplesmente negam a possibilidade de critérios objetivos e científicos a orientar tais decisões. Isto significa que, em uma teoria positivista, a atividade jurisdicional do magistrado que soluciona um caso concreto só é científica enquanto apresenta o diagnóstico das possíveis interpretações da norma aplicável, mas, se torna ideológica, política ou até religiosa, quando escolhe uma única interpretação como a “correta” ou “mais adequada”. Sem esta escolha, evidentemente, uma atividade jurisdicional é impossível³. Se não existe uma lei regulando o caso concreto ou se existem argumentos, *i.e.*, regras ou princípios positivados, opostos e igualmente fortes, a solução da controvérsia pelos recursos positivistas se torna quase impossível.

Esta é uma das hipóteses em que teorias positivistas se mostram lacunosas e insuficientes para o exercício do Direito, mas cumpre ainda destacar uma segunda hipótese, polêmica e com implicações drásticas na política e na filosofia: teorias positivistas não podem oferecer resistência a leis injustas. O caso mais emblemático envolvendo esta lacuna se deu por ocasião do julgamento dos carrascos nazistas no Tribunal de Nuremberg, os quais invocaram o cumprimento à lei legitimamente promulgada pelas autoridades competentes como justificativa para os atentados contra direitos fundamentais⁴. Este fato político e social despertou a atenção para a necessidade de uma revolução na teoria jurídica:

Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 05/02/2016.

³ É Hans Kelsen quem admite isto na sua Teoria Pura do Direito, conforme citação transcrita logo adiante.

⁴ Neste sentido são referências os trabalhos Hannah Arendt, “As Origens do Totalitarismo” e “Eichmann em Jerusalém”. Neste último, *e.g.*, Arendt explica que a defesa de Eichmann orientou-o a se declarar “inocente com base no fato de que, para o sistema legal nazista então existente, não fizera nada errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas ‘atos de Estado’ sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição” [ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 32/33]. Eric Voegelin polemizou ao mostrar que o legalismo estrito tornou os próprios juízes alemães coniventes com o holocausto, pois o extermínio era fruto de leis legítimas, conforme entendimento formalista do positivismo, Cf. VOEGELIN, Eric. **Hitler e os Alemães**. São Paulo: É Realizações, 2008, p. 294/307; também: RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos da Filosofia do Direito**. In: *Filosofia do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974, p. 415; e ainda: PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 5.

embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.⁵

Confrontado com tal problema das teorias positivistas, Hans Kelsen – que era judeu – confirmou que, de acordo com uma teoria científica, não podemos negar o caráter jurídico de leis arbitrárias e abusivas, como era o caso das leis nazistas:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados⁶.

No cenário pós-guerra subsequente, em reação à experiência totalitária e à indiferença da teoria positivista diante do grave problema⁷, houve uma considerável amenização da tendência refratária ao jusnaturalismo: trata-se do surgimento do neoconstitucionalismo, teoria em voga até os nossos dias e que promoveu a reinserção de valores morais e princípios abstratos no seio do ordenamento jurídico positivo, através da constitucionalização⁸. É verdade que, a rigor, não podemos comparar neoconstitucionalismo e jusnaturalismo, mas é notório que essa tendência atual do pensamento jurídico corteja elementos e pressupostos típicos do jusnaturalismo, como por exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a essência do neoconstitucionalismo ainda repousa no positivismo, pois, a incidência de direitos fundamentais como instrumento norteador da atividade jurisdicional ainda depende de uma positivação, deixando em aberto a questão sobre o conteúdo de tais princípios e sem resposta o problema da lei injusta⁹.

⁵ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios**. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. Malheiros: 2003, p. 107.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. 6a. ed. Martins Fontes. 2000-a, p. 44.

⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91/131.

⁸ O neo-constitucionalismo pretende solucionar o problema admitindo a inclusão de princípios e valores normativos na Constituição Federal, o que até certo ponto permite uma discussão sobre a legitimidade da jurisdição para além dos estreitos limites formais do positivismo, fazendo do conteúdo da norma e dos princípios também um requisito de validade. Ocorre que também o neo-constitucionalismo está assentado sobre premissas nominalistas e, portanto, nenhuma resposta pode oferecer a pelo menos dois problemas básicos da Filosofia do Direito: (1) Qual a solução na hipótese de uma Constituição que preceitua regras violadoras de direitos fundamentais e (2) Qual o conteúdo da justiça e dos princípios gerais do direito constitucionalmente admitidos?

⁹ *E.g.*: O conteúdo do princípio da dignidade humana carece na atualidade de uma reflexão objetiva, inexistindo perspectivas para um consenso. É difícil diagnosticar se outros princípios como a

Tais apontamentos demonstram que a redução do Direito à lei, como nas teorias positivistas mais radicais, ou na sua forma mais branda no neoconstitucionalismo, impõe ao intérprete e aplicador do Direito uma limitação que o impede de atingir uma maior objetividade jurisdicional em pelo menos duas hipóteses: (1) quando o conteúdo da norma encontra-se em conflito com interpretações igualmente razoáveis de outros dispositivos legais e (2) quando a lei é injusta.

A viabilidade de uma teoria objetiva dos direitos fundamentais, tal como oferecida por uma teoria do Direito natural, poderia fornecer efetivo auxílio na solução destes problemas, o que nos mostra que na medida em que foi há muito abandonado, o Direito natural acabou se tornando também uma necessidade – as vezes inconsciente – dos aplicadores do Direito. Neste sentido é muito significativo que o próprio Kelsen, em passagem infelizmente negligenciada pela maioria dos positivistas, admitiu que a aplicação da lei ao caso concreto, depende de uma escolha baseada em princípios morais, teorias da justiça, etc.:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a por, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo¹⁰.

Isto mostra que o etiquetamento da doutrina do Direito natural como algo completamente superado e indigno de uma releitura contemporânea é um mero preconceito que não condiz com a realidade da atividade jurisdicional: teorias positivistas e neoconstitucionalistas são insuficientes para orientar e esclarecer decisões corriqueiras, o que abala a segurança jurídica e a previsibilidade de tais decisões. Impossibilitado de recorrer a critérios objetivos sobre o conteúdo das normas e princípios, o juiz acaba se apoiando em uma hermenêutica frequentemente forçada dos dispositivos legais. Kelsen, portanto, ao contrário do

liberdade religiosa ou a propriedade privada são ou não compatíveis. Teorias historicistas e antropológicas podem solucionar inúmeros casos, mas não podem oferecer resposta aos conflitos envolvendo culturas diversas, cada vez mais frequentes e acirrados.

¹⁰ KELSEN, 2000-a, p. 393.

que vulgarmente se afirma, não nega a imprescindibilidade de tais teorias no exercício do Direito, nega-lhes apenas o carácter científico-jurídico¹¹. Nisto vislumbramos a necessidade de uma profunda investigação e revisão sobre os pressupostos do Direito natural, pois, se esta não é apenas uma “ilusão” ou uma superstição dos juristas antigos, mas uma necessidade premente de toda e qualquer decisão judicial, ontem e hoje, então uma possível definição de critérios básicos que nos ajude a tornar o direito natural menos ideológico e tão objetivo quanto possível resultará em uma salutar contribuição para a prática do Direito contemporâneo, tão carente de uma abordagem realista sobre os princípios que fundam nossos ordenamentos.

Superada esta etapa preliminar de justificar nosso interesse pelo Direito natural cumpre agora esclarecer afinal o conteúdo de nossa pesquisa, bem como o método empregado e a estrutura geral dos capítulos.

Pelo que já delineamos, não se trata aqui de uma pesquisa sociológica ou antropológica sobre o conteúdo da *prudentia*, nem das relações de poder na sociedade, nem sobre as alternativas sociais à hegemonia do Estado na condução da sociedade. Certamente que tais temas suscitam questões importantes à efetivação do Direito Natural¹², mas, como dito, este é um trabalho de Filosofia do Direito, e assim sendo, tem por escopo investigar a viabilidade lógica de uma teoria do direito natural a partir de uma perspectiva analítica, como condição preliminar para sua reintegração na contemporaneidade. A credibilidade desta viabilidade lógica está abalada há vários séculos por um vasto conjunto de críticas, as quais constituem o próprio objeto de nossa pesquisa.

Não ignoramos que ao longo destes últimos séculos, inúmeros autores, das mais variadas vertentes de pensamento, dedicaram-se a refutar o Direito natural: o humanista Michel de Montaigne, o niilista Friedrich Nietzsche, os comunistas Karl

¹¹ Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas (ética e teoria política), fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. [KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 1-2]

¹² O realismo aristotélico-tomista certamente resulta em um certo diagnóstico sobre a essência do bem comum e sobre os bens humanos básicos, o que na atualidade pode ser criticado por ser anti-democrático e despersonalizante. Pelas suas conseqüências, uma teoria deste tipo também pode ser suspeita de abrigar uma tendência teocrática. Ao longo deste trabalho, procuraremos demonstrar que um Direito natural rígido, autoritário e despersonalizante na verdade não corresponde àquele sustentado por John M. Finnis e Tomás de Aquino. Muito menos compactua com uma teocracia. Pelo contrário, a teoria clássica permite uma margem de liberdade individual tão grande que será possível se falar em um historicismo da lei natural. Tais questões serão abordadas nos caps. 4.1, 5 e 6.

Marx e Friedrich Engels, o empirismo inglês de David Hume, G. W. Friedrich Hegel, Auguste Comte, os sociólogos Max Weber e Emile Durkheim, Habermas, e, na filosofia do Direito contemporânea: H. L. Hart, Hans Kelsen, Joseph Raz, Alf Ross, John Rawls e Ronald Dworkin. E isto apenas para citar alguns dos nomes mais conhecidos.

Dentro deste universo de críticos, elegemos as críticas de Hans Kelsen como objeto de nossa pesquisa porque, em primeiro lugar, é o maior teórico do direito positivo do século XX, corrente radicalmente oposta ao Direito Natural, e em segundo, porque suas refutações ao Direito Natural contemplam praticamente todos os argumentos apresentados contra a doutrina jusnaturalista ao longo da história, o que significa que neste aspecto, sua obra é um ponto culminante. Deste modo, ainda que não tratemos diretamente da obra de Montaigne ou Nietzsche, por exemplo, as críticas por eles levantadas estão em alguma medida absorvidas e incluídas na obra de Kelsen. Sempre que possível, apontaremos as semelhanças das críticas de Kelsen com aquelas formuladas por outros teóricos. Deste modo, ao mesmo tempo com que delimitamos adequadamente o objeto da pesquisa, conseguimos contemplar indiretamente, se não todas, pelo menos as mais importantes críticas ao Direito natural elaboradas ao longo dos últimos séculos.

Os principais argumentos para refutar o Direito Natural mencionados por Kelsen podem ser assim denominados: o problema do ser/dever ser, falácia naturalista, o relativismo e o dualismo. Todos serão abordados nesta pesquisa, mas de longe, aquele que merece mais atenção é o argumento do problema do ser/dever ser, o qual distinguiremos oportunamente da falácia naturalista. Trata-se de um argumento mais complexo e que, historicamente, sempre despertou mais interesse e gerou maiores problemas à teoria jusnaturalista, afetando profundamente a sua credibilidade.

Além disso, reside aqui uma das consequências mais polêmicas e interessantes da teoria de Finnis, que, ao contrário dos tomistas tradicionais, concorda que a extração de conclusões normativas a partir de premissas descritivas é uma falácia lógica. Segundo ele, é verdade que os jusnaturalistas modernos (e.g. Francisco Suarez, Hugo Grotio, Thomas Hobbes, etc) incorreram de algum modo no problema do ser/dever ser ou na falácia naturalista como sustenta Hans Kelsen. Mas Aristóteles e Tomás de Aquino estavam cientes de que tal tipo de argumentação é falaciosa e criaram suas teorias de modo a não incorrer nesta falácia. Tal

posicionamento de Finnis, que comunga com Kelsen da idéia de que efetivamente é ilícita uma inferência de fatos para normas, diverge da posição tomista tradicional, segundo a qual não existe falácia em extrair juízos deontológicos a partir de premissas ontológicas. Isto levanta a questão da natureza das exposições de Finnis: trata-se de uma nova teoria do Direito Natural a partir de uma releitura da obra de Tomás ou simplesmente é uma interpretação fiel da lei natural em Tomás? Caso optemos pela primeira hipótese, deveríamos classificar Finnis como um “neo-tomista” ou “neo-escolástico” e aqueles que defendem a possibilidade de derivação da obrigação a partir do ser, como “tomistas tradicionais”. Finnis recusa o título de neo-tomista ao sustentar que sua interpretação, pelo menos neste ponto, não é inovadora, mas simplesmente a correta reprodução daquilo que já foi sustentado por Aristóteles e Tomás e muito mal compreendido pelos tomistas contemporâneos e críticos positivistas. Por isso, frequentemente vemos Finnis e seus seguidores referindo-se aos “tomistas tradicionais” pelo epíteto de “neo-escolásticos”, termo que evidentemente carrega uma forte carga crítica: eles estariam atribuindo a Tomás um pensamento que na verdade pertence aos opositores de Tomás.

A questão tem implicações graves e polêmicas. Caso a interpretação de Finnis sobre Tomás esteja correta, precisaremos reconhecer inevitavelmente pelo menos duas coisas: (1) toda a interpretação sobre a lei natural em Tomás nos últimos dois ou três séculos está errada¹³; (2) a principal crítica dirigida contra o Direito Natural, desde Hume e Montaigne até Hans Kelsen e seus discípulos, não atinge o Direito Natural de Tomás de Aquino.

Segundo Finnis, a caricatura segundo a qual toda e qualquer teoria do Direito natural incorre numa inferência ilícita de “ser” para “dever ser” tornou-se popular por pelo menos três razões¹⁴:

¹³ Isto atinge tanto os estudiosos seculares de Tomás (como Michel Villey e Edward Feser) como até mesmo os documentos e declarações da Igreja Católica quando se posiciona em temas de ética (como a encíclica *Humane Vitae*). De fato, de acordo com Finnis, um dos motivos para esta imensa confusão na interpretação da obra de Tomás se deve, entre outras coisas, a uma disseminação do pensamento neo-suareziano nos seminários católicos a partir dos anos 1960 [FINNIS, John M. **Natural Law and Natural Rights**. New York: Oxford University Press, 1980, p. 19], absorvido como se fosse compatível com a lei natural aristotélico-tomista. Aliado ao fato de que auto-intitulados “tomistas tradicionais” atribuem equivocadamente uma teoria neo-suareziana a Tomás, negando inutilmente a existência de uma evidente falácia, positivistas céticos e tomistas teriam contribuído para a caricatura segundo a qual toda e qualquer teoria de Direito natural incorre no *is/ought problem*. Voltaremos a esta questão no item 5.1 e 6.

¹⁴ FINNIS, John M. **Natural Law and Natural Rights**. New York: Oxford University Press, 1980, p. 35/36.

- (1) A própria expressão “direito natural” leva a suposição de que juízos especulativos sobre a natureza humana norteiam inferências ilícitas de “ser” para “dever ser”;
- (2) Esta definição de fato está correta no que tange a teoria estóica do Direito natural e do escolasticismo pós-Renascimento, confundidas até hoje como harmônicas com as teorias de Tomás de Aquino;
- (3) Análises superficiais da obra de Tomás pressupõem, a partir de passagens descontextualizadas, que suas analogias da virtude humana com a natureza humana deflagrariam uma ilícita transição de ser para dever, negligenciando que Tomás “escrevia não apenas sobre ética como sobre a totalidade da teologia” ansiando por “mostrar a relação entre sua ética do direito natural e sua teoria geral da metafísica e da ordem mundial”, mas deixando muito claro que o critério para se distinguir virtude e vício não é perguntar o que está de acordo com a natureza, mas o que é razoável.

Embora tratemos das cinco principais objeções ao direito natural, é esta problemática envolvendo o problema do ser/dever ser que confere a nossa pesquisa um duplo aspecto/interesse: histórico descritivo e também teórico. É que, segundo Finnis, a acusação kelseniana (para ele legítima) de que teorias do Direito natural incorrem no problema do ser/dever ser, só refuta as teorias jusnaturalistas modernas, que, por essência, constituíram uma oposição ao chamado Direito natural clássico¹⁵. Esta diferença elementar teria sido negligenciada por positivistas como Hans Kelsen que acreditavam refutar todo o Direito natural com o argumento do problema do ser/dever ser, quando na verdade ela só refuta o jusnaturalismo moderno e o Direito natural estóico. Teria sido negligenciada de modo muito mais grave também pelos chamados tomistas tradicionais, que, acreditando erroneamente não existir falácia na derivação do dever a partir do ser, extraíram uma lei natural que nada tem de Aristóteles ou Tomás de Aquino.

¹⁵ Quando menciona as “teorias jusnaturalistas modernas”, Finnis se refere à Francisco Suarez, Hugo Grotio e Gabriel Vázquez. Teoria jusnaturalista clássica seria a teoria realista aristotélico-tomista, bem como o Direito Romano do período clássico.

Como a obra de Finnis é teórica e abrange a totalidade de uma teoria do Direito natural (bens básicos, razoabilidade prática, bem comum, teoria da justiça, legitimação da autoridade e da coerção, lei positiva, leis injustas, etc), este aspecto histórico é mencionado em seus livros de forma bastante resumida, com alguns apontamentos rápidos e breves esclarecimentos em notas de rodapé, na sua obra *Natural Law and Natural Rights*¹⁶, publicada em 1980. Nosso objetivo é aprofundar esses apontamentos e verificar como, afinal de contas, as teorias jusnaturalistas modernas e estóicas divergiram do jusnaturalismo clássico e se tal diferença atinge também o modo de fundamentar a obrigação (dever jurídico). A partir disso, cotejar com a crítica dirigida por Hans Kelsen ao Direito natural e verificar se ela de fato se aplica a Tomás ou se, como defende Finnis, só atinge o jusnaturalismo moderno. Por fim, cotejar esse jusnaturalismo moderno com a posição defendida por tomistas tradicionais contemporâneos e verificar se elas são de fato idênticas ou pelo menos similares, o que certamente desqualificaria tais teóricos como “tomistas” e os enquadraria, não sem algum constrangimento, como “neo-escolásticos” ou “neotomistas”. Nisto, basicamente, reside a essência e a polêmica envolvida nesta pesquisa.

Esta problemática envolvendo o *is/ought problem* é que também acaba norteando a divisão e a distribuição dos capítulos que passamos agora a esclarecer.

No Capítulo 2 apresentamos as principais objeções ao Direito natural, bem como o modo com que Immanuel Kant, Hans Kelsen e H. L. Hart esperavam resolver o *is/ought problem*. É importante frisar que a expressão que dá o título ao capítulo, “objeções céticas” não é arbitrária. Ela é empregada por Finnis (no inglês original, *sceptical doubts*) para se referir aos teóricos que não admitem a viabilidade de uma lei natural, superior e independente da lei positiva. De forma geral e considerando o contraste com uma teoria do Direito natural, o ceticismo em Direito pode se referir a filósofos das mais variadas vertentes, de Montaigne e Nietzsche a Marx e Habermas. Alguns negam a própria existência de uma ordem transcendental da qual emanam leis naturais, outros negam a cognoscibilidade de uma tal ordem e outros, sem negar a existência e necessidade de uma tal ordem de valores, atribuem sua criação ao desenvolvimento histórico e à luta pelos direitos humanos . Aqui, refere-se a teóricos da filosofia positiva do Direito como Hans Kelsen, H. L. Hart e

¹⁶ FINNIS, 1980, p. 33/48.

Joseph Raz. Maiores esclarecimentos sobre a idéia de ceticismo em Direito e como elas se aplicam a Kelsen serão apresentadas no capítulo 2.1. As principais objeções que tratamos neste segundo capítulo são as já mencionadas: falácia naturalista e problema do ser/dever ser (item 2.2.1), o relativismo (2.2.2) e o dualismo (2.2.3).

O Capítulo 3 apresenta as raízes da *New Natural Law*¹⁷, corrente filosófica inaugurada por Germain Grisez e John M. Finnis no âmbito da filosofia analítica, a fim de localizar Finnis na história da filosofia como uma retomada das teses escolásticas em pleno século XXI. O item 3.1 aborda algumas premissas do pensamento de Finnis. Trata-se portanto de um capítulo introdutório à obra de Finnis e que visa esclarecer os pressupostos implícitos em suas respostas às objeções céticas apresentadas no capítulo 4 e às objeções neo-escolásticas no capítulo 6. Estão incluídas no item 3.1 esclarecimentos sobre as premissas metafísicas da obra de Finnis, os conceitos de autoevidência, natureza, verdade e bem conforme utilizados neste trabalho e ainda algumas peculiaridades da interpretação de Finnis acerca da lei natural em Tomás.

O Capítulo 4 traz as respostas de John M. Finnis às objeções céticas descritas no capítulo 2. Evidentemente o problema do ser/dever ser possui lugar de destaque em nossa pesquisa, tendo em vista que se trata do argumento que mais causou problemas à credibilidade do Direito natural. Para explicar e desenvolver os apontamentos de Finnis, apresentamos um breve histórico dos fundamentos da obrigação no Direito natural estóico e moderno, pois aí reside, como veremos, o cerne da questão sobre a derivação ilícita de fatos para normas. A escolha dos autores ali não foi arbitrária: incluímos Francisco Suárez e Gabriel Vazquez porque são mencionados por Finnis como responsáveis pela criação de uma teoria jusnatural falaciosa, baseada na ilícita inferência de normas a partir de fatos, supostamente diagnosticada séculos mais tarde por David Hume. Utilizamos como fontes principais de referência para a pesquisa histórica no Capítulo 4.1 as obras de Leo Strauss, Michel Villey, Michel Batist, Nicolas Israel, Alfredo Culleton e Javier Hervada. A inclusão de Guilherme de Ockham se deu pelo fato de que, embora nunca mencionado por Finnis, é considerado por inúmeros historiadores do Direito como ponto de partida das teorias jusnaturalistas modernas, por força do seu

¹⁷ Em tradução literal “Nova Lei Natural”. Trata-se da corrente jusnaturalista contemporânea da qual Germain Grisez, John M. Finnis e Robert P. George são expoentes. Doravante empregaremos a abreviação da expressão no inglês original “NNL”, frequentemente empregada pelos referidos autores.

nominalismo e voluntarismo. Da mesma forma a inclusão de Lutero, embora também não mencionado por Finnis, é frequentemente mencionado como precursor do positivismo moderno e ponto culminante das teorias jusnaturalistas imediatamente anteriores e assim nos fornece uma visão geral do tipo de caminho trilhado pelos teóricos modernos, em oposição ao Direito natural clássico.

O Capítulo 5 trata das objeções levantadas pelos neo-escolásticos¹⁸ contra a *New Natural Law*, e que dizem respeito exclusivamente ao *is/ought problem* e a falácia naturalista, ponto da polêmica e da discórdia com Finnis. Este capítulo deverá ser cotejado com os posicionamentos dos jusnaturalistas modernos, investigados no Capítulo 4.1, de modo a permitir um julgamento sobre as interpretações contemporâneas a respeito da lei natural em Tomás de Aquino, bem como sobre a própria teoria de Finnis. Caso a investigação seja produtiva, ela nos permitirá esclarecer: (a) se as críticas ao Direito natural (principalmente o *is/ought problem* e a falácia naturalista) atingem a lei natural em Tomás e (b) se os tomistas tradicionais contemporâneos incorreram em um imenso erro de interpretação sobre a lei natural tomista.

No capítulo 6 apresentamos as respectivas refutações de Finnis aos neo-escolásticos.

A conclusão (capítulo 7) fornece um resumo da pesquisa, nossa posição sobre as questões debatidas e ainda alguns apontamentos complementares.

Cumpramos finalmente esclarecer que os capítulos 2, 3 e 5 são meramente descritivos: visam apenas expor a posição dos autores abordados da forma mais imparcial possível. Nos capítulos 4 e 6, que tratam das objeções aos céticos e neo-escolásticos – respectivamente – ousamos, a partir dos argumentos de Finnis, e de todo o levantamento histórico conduzido no capítulo 4.1 aprofundar o debate através de algumas especulações teóricas e exemplos práticos, visando expor o ponto central em que céticos e neo-escolásticos falham nas suas críticas e na construção de suas teorias éticas/jurídicas.

¹⁸ O termo “neo-escolástico” carrega evidentemente um sentido pejorativo e é empregado por Finnis e Robert P. George para se referir aos adeptos da interpretação tradicional da lei natural em Tomás, como Edward Feser e Javier Hervada. Por óbvio, estes se intitulam “tomistas tradicionais” e não aceitam o epíteto imposto por Finnis e seus seguidores. Pelo contrário, quando se referem à teoria de Finnis fazem questão de mencionar que se trata da “New Natural Law” ou “Nova teoria da Lei Natural”.

Como nossa pesquisa já envolve um debate entre duas correntes radicalmente opostas que não medem palavras para criticar uma à outra¹⁹, debate este que procuramos reproduzir no seio do trabalho, optamos por não incluir as chamadas questões polêmicas, como aquelas envolvendo o direito ao aborto, eutanásia, pena de morte e liberdade religiosa, pois acabaria por extrapolar os limites da pesquisa, destoando do nosso objetivo principal. Se pudéssemos então resumir o tema em uma única questão, abstraindo o debate filosófico milenar que procuramos reproduzir muito resumidamente neste trabalho, colocaríamos o problema assim: “Com que fundamento sustentaremos que o Direito pode, a partir de critérios minimamente objetivos (e sem incorrer em falácias!), determinar aquilo que devemos e não devemos fazer, cerceando nossa liberdade?”.

¹⁹ Além dos comentários irônicos de Montaigne contra a lei natural e das críticas ácidas de Michel Villey ao ceticismo jurídico que citaremos ao longo do texto, Kelsen considerava os ideais de justiça e lei natural uma mera “ilusão”. A seu turno, Finnis procura mostrar que o ceticismo é “autorrefutável” e assim incapaz de responder questões elementares de ética. Não obstante esta incompatibilidade entre as duas correntes, procuraremos apontar na conclusão alguns pontos de convergência entre uma teoria da lei natural e o ceticismo do tipo kelseniano.

2 AS OBJEÇÕES CÉTICAS

2.1 CÉTICISMO EM DIREITO

A expressão “objeções céticas” que dá o título a este capítulo é frequentemente empregada por Finnis²⁰ para se referir aos teóricos que recusam a possibilidade de um conhecimento minimamente objetivo sobre os valores que conferem validade jurídica a uma norma do ponto de vista do seu conteúdo²¹. A partir desta premissa, positivistas costumam diferenciar duas categorias diversas de definição do Direito: definições científicas e definições filosóficas²². As primeiras suprimem qualquer valoração como aspecto fundamental do Direito, baseando-se exclusivamente na observação empírica do seu objeto. Por isso, podem ser também compreendidas como definições fatuais, avalorativas ou ontológicas. As segundas são definições que estabelecem como condição para um fenômeno social ser reconhecido como Direito à incidência ou à proteção de alguns valores, razão pela qual também são chamadas de deontológicas ou valorativas. Tal divisão de categorias abrange um conjunto de teorias muito distintas. Entre as definições filosóficas, e.g., Norberto Bobbio elenca Aristóteles (que identificava Direito²³ com justiça), Tomás de Aquino (que identifica o Direito com o bem comum) e Kant (que identificava o Direito com a liberdade)²⁴. Segundo Bobbio, a teoria de Tomás pode ser classificada como deontológica “visto que a lei é definida em relação a um fim particular, o bem comum; de onde, deste ponto de vista, a lei de um tirano *quoad exercitium* (isto é, do tirano que exerce o poder para a própria vantagem pessoal e não para o bem comum) não é uma lei verdadeira”²⁵.

O positivismo pretende assim se colocar como uma teoria científica do Direito, aplicando os mesmos métodos e características das ciências físico-matemáticas,

²⁰ FINNIS, *Ibid.*, 1998, p. 56/61.

²¹ Finnis na verdade usa a expressão *sceptical doubts* que poderia ser mais adequadamente traduzida por “dúvidas céticas”. Mas preferimos intitular o presente capítulo por “objeções céticas” para destacar melhor o tema que aqui estamos tratando.

²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 138.

²³ *Dikaion* no grego, que significa justo (*de dikê* = justiça).

²⁴ BOBBIO, *op.cit.*, p. 139/140.

²⁵ *Ibid.*, p. 139.

naturais e sociais, cuja característica fundamental consiste na sua avaloratividade²⁶. Daí se afirmar que “o positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do Direito como fato, não como valor”²⁷.

Na teoria jurídica em si, este recorte metodológico repercutirá diretamente no fundamento de validade de um ordenamento jurídico. É que, nas teorias positivistas, o fundamento do ordenamento cinge-se ao conceito de validade: considerando apenas o aspecto fatural, a validade de uma norma jurídica repousará na existência efetiva daquela norma em dada sociedade (método científico aplicado ao Direito). A verificação da “existência” de uma norma demandará uma série de desdobramentos, que podem assumir formas variadas no pensamento de cada positivista: em Kelsen assumirá a forma da estrutura piramidal do ordenamento, em que as leis mais específicas²⁸, geralmente mais numerosas, formam uma base mais larga que encontra fundamentação em normas superiores, mais genéricas e menos numerosas²⁹, e assim sucessivamente em sentido ascendente até o topo da pirâmide, onde se encontra a Constituição Federal e por fim, já fora da estrutura piramidal, a norma fundamental que legitima a própria Constituição Federal e assim, todo o ordenamento.

A redução do Direito ao seu aspecto empírico limitará o exercício da atividade jurisdicional³⁰ em mera obediência à norma positiva, o que significa uma concentração de poder no legislativo ou executivo. Michel Villey, que não escondia sua repulsa ao ceticismo positivista, afirma: “É esse o positivismo atual: ditadura do fato científico (e positivismo no sentido comtiano), adoração pelo jurista das instituições estabelecidas, renúncia, agora total, à busca da justiça”³¹. Criticando a ingerência do método científico à teoria do Direito, Villey comenta:

Euclides deixou de ser seu modelo; agora, são as ciências experimentais: ciência dos ‘fatos sociais’ que registram as flutuações da prática jurisprudencial ou da opinião pública, a poder de pesquisas sociológicas. Esse é o mais alto grau de aviltamento da arte jurídica, momento em que o direito ameaça divorciar-se absolutamente da justiça, alinhando-se com o fato

²⁶ BOBBIO, 2006, p. 135.

²⁷ Ibid., p. 136.

²⁸ No ordenamento jurídico brasileiro seriam as Instruções Normativas, Resoluções e Portarias.

²⁹ No ordenamento jurídico brasileiro seriam as Medidas Provisórias, Leis Complementares e Leis Ordinárias como o Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Código Tributário, etc.

³⁰ “Jurisdição” significa literalmente “dizer o direito”. Refere-se à atividade do juiz que diante de uma controvérsia impõe a solução cabível. Em matéria penal seria estabelecer o juízo de culpabilidade.

³¹ VILLEY, 2014, p. 515.

existente (aborto, eutanásia...). Na medida, bem pequena, da influencia do ensino das 'ciências do direito' sobre os juizes, esse é seu efeito. Nossas teorias gerais das fontes do direito não são inocentes³².

Nas teorias filosóficas – para empregarmos a nomenclatura de Bobbio - a validade da norma dependerá do seu valor, isto é, da sua qualidade de corresponder a um direito ideal³³. Uma norma que não favorecesse o bem comum, na teoria de Tomás e Finnis, não mereceria reconhecimento jurídico. Podemos distinguir estes dois aspectos também como validade segundo a forma (positivismo) e validade segundo o conteúdo da norma (direito natural). Bobbio comenta: “[...] a posição jusnaturalista sustenta que para uma norma ser válida deve ser valorosa (justa); nem todo o direito existente é portanto direito válido, porque nem todo é justo. Esta posição identifica o conceito de validade e o de valor, reduzindo o primeiro ao segundo”³⁴. Assim como a redução do Direito ao seu aspecto empírico – nas teorias positivistas – acarreta um problema de concentração de poder e a transformação da atividade jurisdicional em mero instrumento político, também nas teorias jusnaturalistas ocorre um problema decorrente do estabelecimento de requisito de conteúdo para que um ordenamento tenha qualidade de Direito: a insegurança das decisões judiciais, que podem se tornar excessivamente abertas a múltiplas interpretações.

Nas raízes mais remotas da avaloratividade como método de estudo do Direito repousa o ceticismo em relação à capacidade da razão humana em descobrir valores e descrevê-los.

Ao fazer um levantamento histórico do ceticismo no Direito, Villey remonta primeiramente aos romanos, considerando que tal doutrina não os marcou profundamente, a despeito das obras dos gregos Clitômaco (que teria influenciado Cícero) e Pirro, rei da Macedônia que, movendo campanhas militares na Itália “afirmava que nada é justo ou injusto”³⁵. Semelhante era também o pensamento dos

³² Ibid., 2014, p. 134.

³³ Não nos parece que a análise formal do direito, como conduzida pelos positivistas, seja incompatível com as teorias jusnaturalistas, que não recusam a necessidade do direito positivo. Ocorre que as teorias jusnaturalistas são mais abrangentes e, além das questões formais, melhor desenvolvidas pelos positivistas, os jusnaturalistas vão adicionar aos requisitos de validade da norma também o seu conteúdo. Neste passo, Agostinho por exemplo, enunciará o famoso brocardo *Lex iniusta non est Lex*, também citada por Tomás de Aquino e tantos outros teóricos da Lei Natural.

³⁴ BOBBIO, 2006, p. 137.

³⁵ VILLEY, 2014, p. 513.

sofistas, que afirmavam que a justiça “é apenas o efeito de convenções transitórias, ou aquilo que a ditadura dos fortes persuadiu arbitrariamente o povo a crer”³⁶.

As principais objeções céticas produzidas ao longa da História foram condensadas por Kelsen no seio de sua teoria, e apontadas por Michel Villey, como apresentamos no capítulo seguinte.

2.2 AS PRINCIPAIS OBJEÇÕES SEGUNDO MICHEL VILLEY

Michel Villey identifica como principais três argumentos³⁷ utilizados por Kelsen para criticar o Direito Natural: (I) a falácia naturalista, (II) o relativismo e (III) o dualismo.

Como um defensor do Direito Natural, Villey apresenta argumentos na tentativa de refutar o positivista austríaco, mas tais argumentos não seguem a mesma linha do posicionamento de John Finnis. Em alguns casos, como no argumento da falácia naturalista, Finnis discorda incisivamente do tipo de resposta apresentada por Villey, o que o distancia da linha teórica de muitos – talvez a maioria – dos estudiosos do Direito Natural. Este é um dos fatores que rendeu a Germain Grisez e a John Finnis o título de inauguradores de uma nova corrente do Direito Natural. Como o posicionamento de Villey é harmônico com uma longa tradição de defensores do Direito Natural, acreditamos ter alguma utilidade a apresentação sintetizada dos seus argumentos neste capítulo, a fim de tornar claro o modo como Finnis se afasta das teorias tradicionais de Direito Natural ao mesmo tempo que rebate as críticas positivistas. Portanto, incluímos Villey na pesquisa como um representante das teorias tradicionais de Direito Natural, mais especificamente, como um representante dos intérpretes tradicionais da lei natural em São Tomás de Aquino. É certo que o pensamento de Villey não pode ser equiparado por inteiro a todo e qualquer teórico do Direito Natural: não pretendemos apontar um “consenso universal”. Por outro lado, não há que se negar que existe uma certa harmonia no modo como os teóricos tradicionais do Direito Natural respondem às críticas positivistas. Segundo Grisez e Finnis, os teóricos tradicionais

³⁶ VILLEY, 2014, p. 513.

³⁷ Ibid., p. 136/137.

do Direito Natural realmente falharam ao responder às objeções positivistas pelo fato de que deram a mesma resposta insatisfatória. Isto, no entanto, não seria motivo suficiente para acolhermos as críticas e aceitarmos que o Direito Natural é inviável ou impossível: do fato de que cada povo, em cada época histórica tenha criado uma idéia extravagante ou supersticiosa para explicar a Lua, não significa que uma explicação lógica e objetiva sobre a Lua seja impossível. Para Finnis, o Direito Natural é um objeto do conhecimento humano, tanto quanto qualquer objeto sensível, ainda que tenha suas dificuldades, obscuridades e particularidades.

As vezes as objeções aparecem fundidas num único argumento ou podem aparecer como desdobramentos uma da outra, como na citação abaixo, em que Kelsen afirma que ainda que pudéssemos identificar uma conduta normal entre os seres humanos, daí não decorreria necessariamente um dever de assim se comportar, sem incorrer na falácia naturalista:

[...] usos e costumes, porém, são demasiado diferentes nos diversos tempos e lugares para que se possa falar de uma conduta natural, no sentido de uma conduta normal dos homens *in genere*. Mas, ainda que fosse possível averiguar uma regularidade da conduta humana, isto é, uma regra ou regras segundo as quais os homens efetivamente se conduzem, sempre e em toda parte (da mesma forma como os corpos metálicos se dilatam sob a ação do calor, sempre e em toda parte), não seria lícito derivar dessas regras do ser nenhuma regra de dever-ser, nenhuma norma, não poderia o que é 'normal' no sentido do ser valer como 'normal' no sentido do dever-ser.³⁸

Começemos, portanto, com o problema da transição entre ser e dever ser.

2.2.1 PROBLEMA DO SER/DEVER SER (*IS/UGHT PROBLEM*)

2.2.1.1 Distinção com a Falácia Naturalista

George Edward Moore (1873 – 1958) foi o criador da expressão “falácia naturalista”, frequentemente confundida com a falácia apontada por Hume no Tratado da Natureza Humana. Para evitar a confusão, os teóricos da>NNL preferem

³⁸ KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 83.

usar a expressão “*is/ought problem*”³⁹ - cuja tradução literal dá o título desta seção - quando querem se referir à falácia apontada por Hume e, em *naturalistic fallacy* (falácia naturalista), quando se referem à falácia apontada por Moore⁴⁰. As duas críticas ao Direito Natural podem parecer semelhantes num primeiro momento, mas na verdade são bem distintas. A fim de demarcar as diferenças entre uma e outra, iniciamos este capítulo discorrendo sobre a falácia naturalista conforme proposta por Moore.

Com a obra *Principia Ethica*, publicada em 1903, George Edward Moore passou a ser reconhecido como um dos maiores pensadores da ética teórica do século XX. Tecendo severas críticas ao pensamento de Bentham, Stuart Mill, Herbert Spencer e Kant, a obra tem como um de seus principais argumentos, aquilo que o autor denominou de “falácia naturalista”, crítica que serve como ponto de partida para o objetivo final de Moore: construir uma teoria ética científica.

No primeiro capítulo da obra, investiga-se qual seria o objeto da Ética, concluindo-se em um primeiro momento que o principal ponto de investigação seria o significado de uma “boa conduta”. Mas por “boa conduta”, concebemos uma noção complexa e que, portanto, não serve na verdade como ponto de partida. Por isso, Moore pretende chegar à mais elementar das questões éticas, para, a partir daí, construir sua teoria ética científica. E a mais elementar das questões diz respeito ao significado de “bom”, pressuposto na expressão “boa conduta”. A partir daí são identificados três significados com que a palavra “bom” é usualmente utilizada na filosofia ética.

Não nos interessa aqui estudar o cerne da filosofia ética de Moore: interessamos a crítica que ele faz aos sistemas filosóficos no percurso para criar sua própria teoria. E neste percurso, identificando como ponto central de toda e qualquer teoria ética, a questão “o que é bom?” Moore sustentará que a falácia naturalista consiste em identificar um objeto natural como “bom”, tornando o “bom” sinônimo de um objeto natural:

[...] demasiados filósofos pensaram que quando eles nomearam aquelas outras propriedades eles estavam definindo “bom”; que aquelas outras propriedades de fato, não eram simplesmente “outro”, mas absoluta e inteiramente o mesmo que bondade. Esta visão é proposta por mim, para chamar a “falácia naturalista” [...]

³⁹ Também é comum encontrar a expressão “Lei de Hume” para se referir ao “*is/ought problem*”.

⁴⁰ Às vezes o próprio Finnis emprega “falácia naturalista” referindo-se à objeção de Hume.

Primeiro deve-se notar que eles [os filósofos] não concordam entre si. Não apenas dizem que estão certos quanto ao que é bom, mas eles se dedicam a provar que outras que dizem que isso é outra coisa, estão erradas. Um, por exemplo, afirmará que bom é o prazer, outro talvez, que bom é o que é desejado [...]⁴¹

Este erro comum na filosofia, segundo Moore, se deve à impossibilidade de se definir algo que é simples e não tem partes. “Bom” seria algo deste tipo. Podemos definir coisas complexas porque identificamos as partes que as compõem através de uma espécie de comparação destas partes que por sua vez são comuns a outras coisas. Mas “bom” não tem definição porque é simples e não tem partes”⁴². Nesta toada, Moore define o hedonismo como “a doutrina de que o ‘prazer é o único bem’⁴³, enquanto o utilitarismo de Stuart Mill declarará que “a felicidade é a única coisa desejável como um fim”⁴⁴. Ambas constituem exemplos de falácia naturalista pois identificam prazer e felicidade com o “bem”.

Como veremos, não é exatamente esta a crítica dirigida por Kelsen contra a lei natural e em especial contra Tomás. Ao se referir ao Aquinate, Kelsen se vale da crítica formulada por Hume e que pode mais adequadamente ser denominada, para distinguirmos com a crítica de Moore, como “Lei de Hume” ou “Is/Ought Problem”: o problema do ser/dever ser.

No entanto, não excluiremos de nossa análise a crítica de Moore, vez que, embora não mencionada por Kelsen contra Aquino, não podemos deixar de notar que este, e da mesma forma também Finnis, costuma identificar os bens humanos básicos com o “bem”. Por ora, passamos a analisar a Lei de Hume.

2.2.1.2 O Argumento de Hume e a crítica de Kelsen a Tomás de Aquino

David Hume entrou para a história da filosofia como uma das maiores influências da filosofia analítica⁴⁵ e do ceticismo radical. Ao lado de John Locke e George

⁴¹ MOORE, George Edward. **Principia Ethica**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 108.

⁴² Ibid., p. 107.

⁴³ Ibid., p. 155.

⁴⁴ Ibid., p. 157.

⁴⁵ São expoentes da filosofia analítica: Gottlob Frege, Bertrand Russel, George Edward Moore e Ludwig Wittgenstein. A filosofia analítica possui diversas vertentes, entre elas o positivismo lógico, caracterizado pela rejeição de toda e qualquer metafísica. No Direito deu origem ao positivismo jurídico, o qual sustenta a total independência entre Direito e Moral. Entre os expoentes do

Berkeley formou a tríade do empirismo britânico. Na sua principal obra “Tratado da Natureza Humana – uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais” encontramos os principais argumentos que viriam a influenciar Immanuel Kant e que posteriormente relegariam o jusnaturalismo, para ceder lugar ao positivismo jurídico, cujo expoente contemporâneo é Hans Kelsen.

Como já sugere o título da obra, o objetivo implícito é criar uma ciência humana com bases experimentais, realizando na Ética aquilo que Isaac Newton fez com a natureza física.

A obra está dividida em três livros: (I) Do Entendimento; (II) Das Paixões e (III) Da Moral. No primeiro, Hume estabelece uma epistemologia empirista radical, assimilando as idéias do empirismo clássico apresentadas por John Locke no “Ensaio acerca do entendimento humano”. No segundo livro, Hume investiga as paixões humanas, tais como a humildade, o orgulho, compaixão, raiva, explicando-as empiricamente. É no último livro (Da Moral) que encontramos a famosa passagem que deu origem à “falácia naturalista” ou “falácia (ou problema) do ser/dever ser”⁴⁶. Hume a apresentou em apenas um parágrafo e não chegou a desenvolvê-la, mas deixou consignado que seria suficiente para “subverter todos os sistemas correntes de moralidade”. A passagem é a seguinte:

Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a uma outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém, da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes

positivismo jurídico encontramos John Austin, Joseph Raz e Hans Kelsen. Mas essa corrente também possui muitas ramificações, incluindo até mesmo positivistas que não excluem totalmente a moral do Direito, como é o caso de H.L. Hart (que foi professor de John Finnis) e Neil MacCormick. Por isso, costuma-se dividir o positivismo jurídico entre os “positivistas exclusivistas” (que excluem a moral no Direito) e os “positivistas inclusivistas” (que incluem a moral no Direito).

⁴⁶ Em inglês, costuma-se usar a expressão “is/ought problem”.

da moralidade e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão⁴⁷.

Trata-se de uma passagem de marcante importância histórica pois traça os parâmetros da oposição entre “realidade x valor”, “natureza x sociedade”, “causalidade x imputação”⁴⁸. Distingue-se assim “dois mundos” : o mundo do ser e o mundo do dever ser.

Nesta toada, a *falácia do ser/dever ser* ocorre quando se pretende sustentar que, pelo fato de alguma coisa ser de certo modo, então as coisas deveriam ser efetivamente daquele modo. De uma premissa ontológica é extraída uma conclusão deontológica. As duas frases a seguir são exemplos típicos: “A guerra é boa para a humanidade, porque a tendência para o conflito é um instinto humano” e “Por que você questiona a moralidade do aborto? É legal, não é?”⁴⁹

De um ponto de vista formal, podemos estabelecer que a falácia consiste, portanto, em reduzir o “bom” a um objeto natural, o que é normalmente denominado “falácia naturalista” (Moore) ou extrair uma sentença prescritiva a partir de uma sentença descritiva (Hume).

Hans Kelsen acusa São Tomás de Aquino de incorrer nesta última modalidade da falácia:

Um exemplo típico é o impulso da autoconservação, que desempenha um papel importante na doutrina do direito natural fundada sobre a natureza do homem. Assim, por exemplo, Tomás de Aquino deduz do impulso da autoconservação a proibição do direito natural ao suicídio. [...] O impulso do homem para conservar a sua vida apenas pode ser considerado como ‘natural’ porque e na medida em que de fato existe. Por isso, devemos considerar igualmente como ‘natural’ o impulso do homem, que em certas circunstâncias também de fato existe, para por termo à própria vida⁵⁰.

O trecho apontado por Kelsen encontra-se na Suma Teológica, onde Tomás discorre sobre a questão do suicídio, conforme segue:

Es absolutamente ilícito suicidarse por tres razones: primera, porque todo ser se ama naturalmente a sí mismo, y a esto se debe el que todo ser se

⁴⁷ HUME, David. **Tratado da Natureza Humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. São Paulo: Unesp, 2009, p. 509.

⁴⁸ SALDANA, Javier. Descripción VS. Valoración. **Las Respuestas de John Finnis al Desafío de La Falacia Naturalista**. Disponível em < <http://biblio.juridicas.unam.mx> > Acesso em: 2 de Outubro de 2015.

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.txstate.edu/philosophy/resources/fallacy-definitions/Is-ought.html>>

⁵⁰ KELSEN, 2003, p. 78.

consERVE naturalmente en la existencia y resista, cuanto sea capaz, a lo que podría destruirle. Por tal motivo, el que alguien se dé muerte va contra la inclinación natural y contra la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo; de ahí que el suicidarse sea siempre pecado mortal por ir contra la ley natural y contra la caridad.

Se reduzirmos o citado parágrafo a um silogismo, Kelsen está acusando São Tomás de incorrer na falácia do seguinte modo: (P1) *Todo ser ama naturalmente a si mesmo*; (C1) *Portanto, os homens devem se autoconservar*. Formalmente, o raciocínio é falacioso porque incorre em um *non sequitur*⁵¹. E embora Kelsen não mencione a abordagem de Moore, não podemos deixar de notar que São Tomás – e também Finnis – frequentemente utilizam o termo “bem” para se referir a objetos naturais, como a vida, o casamento e a religião⁵². Assim, o pensamento jusnaturalista tomista parece incorrer nas duas falácias, ora reduzindo bens naturais ao predicado, ora deduzindo deveres a partir de fatos.

Aparentemente podemos identificar, a título ilustrativo, outras passagens de São Tomás em que ele parece incorrer na falácia naturalista. Na obra “Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro” encontramos a seguinte afirmação, na qual Tomás explica o modo como pretende descobrir a melhor forma de governo:

[...] como as coisas de arte imitam as da natureza, e é por esta que somos capazes de operar, segundo a razão, parece que o melhor é aprender da forma de governo natural a função régia. Ora, na natureza das coisas, há o governo universal e o particular. O universal aquele segundo o qual tudo se contém sob o domínio de Deus, que com a sua providência todas as coisas governa. É o governo particular muitíssimo semelhante ao divino, e acha-se no homem, que por isso se chama mundo menor, porque nele se encontra a forma do governo universal.⁵³

Na sequência da obra, de forma ainda mais explícita, Tomás escreve que a ordem da cidade se deduz da ordem existente no mundo: “Assim como a ordem da cidade ou reino se deduz da forma da ordenação do mundo, assim também é do

⁵¹ Encaminhamos um *email* diretamente a John M. Finnis [john.finnis@law.ox.ac.uk] questionando-o sobre esta crítica de Kelsen. De imediato, Finnis nos contemplou com uma resposta elucidativa, integralmente transcrita no capítulo 4.1.3.1.

⁵² *E.g.*, na Suma Teológica, Q. 94, Art. 2, lemos: “[...] é inerente ao homem, por primeiro, a inclinação para o bem segundo a natureza que tem em comum com todas as substâncias, isto é, conforme cada substância deseja a conservação de seu ser de acordo com sua natureza. E segundo essa inclinação, pertence à lei natural aquelas coisas pelas quais a vida do homem é conservada [...], a união do macho e da fêmea, a educação dos filhos [...] a inclinação natural para que conheça a verdade a respeito de Deus e para que viva em sociedade”.

⁵³ AQUINO, Santo Tomás de. **Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro**. São Paulo: Edipro, 2013, p. 105.

governo (do mundo) que se há de deduzir a razão do governo (da cidade ou reino)”⁵⁴.

Amparado neste tipo de afirmação, citando também passagens semelhantes de Blackstone, Kant, Locke, Hobbes, Rousseau e até Marx, Kelsen explica a teoria do Direito Natural nos seguintes termos:

Essa doutrina (do Direito Natural) sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito Positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus. A vontade de Deus é – na doutrina do Direito natural – idêntica à natureza, na medida em que a natureza é concebida como tendo sido criada por Deus, e as leis naturais como sendo expressão da vontade de Deus. Consequentemente, as leis que regulam a natureza têm, de acordo com essa doutrina, o mesmo caráter das regras jurídicas emitidas por um legislador: elas são comandos dirigidos à natureza; e a natureza obedece a esses comandos assim como o homem obedece às leis emitidas por um legislador.

A arbitrariedade do jusnaturalismo ficaria patente pelo fato de que “da natureza Locke deduziu a democracia, Filmer a autocracia, Cumberland a prioridade individual, Morelly a propriedade coletiva. Com os métodos do direito natural e pelo que respeita à questão da justiça pode demonstrar-se tudo e, portanto, nada”⁵⁵.

Outra forma de abordagem da falácia naturalista é mostrar que na verdade um silogismo deste tipo está omitindo a premissa de que a autoconservação é algo a ser buscado. A conclusão na verdade não se apóia nas premissas apresentadas, mas numa idéia já pressuposta e arbitrária.

Neste ponto, surge uma divergência entre aqueles que se propuseram a encontrar uma solução para a falácia e assim “salvar” o jusnaturalismo.

Para a corrente aristotélica-tomista tradicional não existe falácia na inferência a partir de fatos para normas⁵⁶. Isto porque a descrição puramente factual da realidade seria completamente impossível. Afirmam eles que uma distinção entre “fato” e “valor” só pode existir sob uma concepção ideológica da realidade, baseada num mecanicismo-nominalista, típico da filosofia moderna, em que se convencionou que a moralidade é puramente subjetiva, ou mais precisamente, arbitrária. Sob a ótica da filosofia aristotélica, toda a compreensão sobre o “ser” transita necessariamente pelas quatro causas (material, formal, eficiente e final), de modo

⁵⁴ Ibid., p. 115.

⁵⁵ KELSEN, 2003, p. 100.

⁵⁶ FESER, Edward. **Aquinas**. Oxford,: Oneworld Thinkers, 2011. E-book.

que o pensamento de Tomás não pode ser compreendido caso se negligencie esta noção fundamental.

É esta a linha de raciocínio seguida, com poucas diferenças entre um e outro, por tomistas tradicionais como Edward Feser, Javier Hervada e Michel Villey, a respeito dos quais discorreremos de forma mais pormenorizada no capítulo 5.

2.2.1.3 O Dever na Teoria Positivista de Hans Kelsen

A fundamentação do dever, isto é, a explicação racional do motivo e do sentido pelo qual dizemos que alguém está obrigado a se comportar de uma certa forma, constitui um ponto nevrálgico da teoria do Direito Natural. Por isso, nenhum outro argumento tem maior peso e repercussão histórica do que aquele que expôs a incongruência do fundamento do dever nas teorias jusnaturalistas. Este argumento, que entrou para a história como “Lei de Hume”, às vezes confundida com “falácia naturalista”, ataca a resposta à questão básica: por qual motivo e sob quais condições dizemos que alguém está obrigado (tem o dever) a agir de certa forma?

Positivistas tratam a questão de forma muito diferente. Para eles, o fundamento do dever não é algo relevante para a Teoria do Direito. Uma vez que o positivismo jurídico reduz a validade do Direito à sua forma⁵⁷, o fundamento do dever se torna uma questão ética e não jurídica, pois toda justificativa da norma envolve discussão sobre o seu conteúdo. Não que o conteúdo das normas não seja importante na hermenêutica ou mesmo na hierarquia das normas em uma teoria positivista: apenas que a validade da norma independe do seu conteúdo. Assim, “quando Kelsen afirma que o que constitui o direito como tal é a validade, ele não quer absolutamente afirmar, ao mesmo tempo, que o direito válido também é justo [...]: o problema da justiça, para ele, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade”⁵⁸.

Esta marcante distinção entre validade e justiça, fazendo daquela um objeto da ciência jurídica e desta um objeto da ética, constitui um expediente relativamente recente no âmbito da filosofia e decorre da aplicação do método científico ao estudo

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 50.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 51.

do Direito: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade [...]”.⁵⁹ Nas palavras do próprio Kelsen, “[...] a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe comete – tão somente – conhecer e descrever”⁶⁰. Portanto, cabe ao cientista a tarefa de estudar o Direito como fato e não como valor, o que significa que uma teoria pura não se preocupa em justificar o Direito ou uma determinada ordem jurídica pelo conteúdo das suas normas. É certo que existe uma relação entre Moral e Direito, quando, por exemplo, ambas proíbem a mesma conduta, mas esta relação não é considerada necessária, nem vinculante, nem condicionante da validade do ordenamento jurídico⁶¹. É apenas uma coincidência que pode ou não ocorrer.

Mas se frequentemente encontramos o Direito e a Moral prescrevendo as mesmas condutas, qual a diferença entre uma e outra?

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coação socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.⁶²

Uma vez que a coação marca a diferença básica entre Moral e Direito, é pela sanção “socialmente organizada” que este último é definido:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.⁶³

⁵⁹ BOBBIO, 2006, p. 135.

⁶⁰ KELSEN, 2000-a, p. 78.

⁶¹ Ibid., p. 71.

⁶² Ibid., p. 71.

⁶³ Ibid., p. 37.

Note-se que não é função do cientista do Direito avaliar se a sanção é “justa” ou adequada do ponto de vista do princípio da proporcionalidade – gravidade do ato ilícito x severidade da sanção – pois nenhum desses elementos afeta a validade formal da norma: estes são aspectos transcendentais ao Direito. O único sentido em que a questão da obediência à norma pode afetar a validade da norma diz respeito à sua eficácia. Uma norma formalmente válida, mas que não é minimamente obedecida ou aplicada carece de eficácia, o que pode afetar sua validade⁶⁴.

A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo, é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade; uma condição, não a razão da validade.⁶⁵

A eficácia por sua vez é garantida – ou pelo menos perseguida – pela aplicação das sanções. No entanto, também não é função do cientista diagnosticar se alguém efetivamente teme a sanção prevista ou se as pessoas se comportam da maneira desejada pela ordem jurídica por causa da sanção. Aliás, “coação psíquica exercem-na todas as ordens sociais com certo grau de eficácia e muitas – como, porventura, a religiosa – exercem-na numa medida ainda mais ampla do que a ordem jurídica”⁶⁶. Não se nega que a sanção possa nortear a conduta e fornecer um motivo para as pessoas se comportarem de um determinado modo, mas esta é apenas uma função possível e não necessária do Direito⁶⁷. Neste sentido, Kelsen ainda sustenta:

Ao estipular deveres, ao vincular sanções à violação dos deveres, ao delito, a ordem jurídica pode pretender fazer com que os indivíduos cumpram os seus deveres devido ao medo das sanções. Mas, saber se alguém realmente teme a sanção e, movido por tal temor, cumpre o seu dever, é uma questão irrelevante para a teoria jurídica.⁶⁸

⁶⁴ Um exemplo desta hipótese era o artigo 240 do Código Penal Brasileiro que previa o crime de adultério. Embora só tenha sido revogado em 2005, já carecia de eficácia há muito tempo. Uma norma do ordenamento brasileiro ainda vigente, mas raramente aplicada e portanto sem eficácia, é aquela que penaliza a prática do “jogo do bicho” (Artigo 58 do Decreto-Lei 3.688/1940).

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000-b, p. 58.

⁶⁶ KELSEN, 2000-a, p. 38.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁸ KELSEN, 2000-b, p. 102.

Na verdade qualquer aspecto ou efeito visível e prático do Direito na sociedade é considerado irrelevante na fundamentação do Direito, inclusive a sua potencialidade em promover a paz ou a justiça. Logo, “a existência de um dever jurídico nada mais é que a validade de uma norma jurídica que faz a sanção dependente do oposto da conduta que forma o dever jurídico. [...] O dever jurídico é simplesmente a norma jurídica em sua relação com o indivíduo a cuja conduta a sanção é vinculada na norma”⁶⁹. Neste sentido é seu comentário quando analisa o argumento levantando por Agostinho, segundo o qual um Direito injusto não difere em nada do comando de um bando de salteadores:

A verificação, por parte da ciência jurídica, de que uma ordem jurídica estabelece a paz na comunidade jurídica por ela constituída não implica qualquer espécie de juízo de valor e, especialmente, não significa o reconhecimento de um valor de Justiça que, destarte, não é por forma alguma elevado à categoria de um elemento do conceito de Direito e, por isso, também não pode servir como critério para a distinção entre comunidade jurídica e bando de salteadores, contra o que sucede na teologia de Agostinho⁷⁰.

Portanto, na teoria positivista, dizer que alguém está “obrigado” a fazer tal coisa ou “tem o dever” de fazer ou se abster de tal coisa, tem um sentido muito mais simples e restrito, já que não envolve qualquer discussão de conteúdo da norma ou de eficácia do ponto de vista sociológico. Aspectos como a promoção da paz, da justiça e a pertinência prática das normas na persecução destes propósitos são considerados transcendentais ao objeto “Direito”. Cientificamente, estamos autorizados a dizer que alguém está juridicamente obrigado a conduzir-se de uma forma determinada quando, simplesmente, existe uma norma válida e minimamente eficaz (pertencente a um ordenamento globalmente eficaz) estipulando uma sanção no caso de desobediência: “Uma regra é uma regra jurídica não porque sua eficácia é assegurada por outra regra que prevê uma sanção; uma regra é uma regra jurídica porque ela prevê uma sanção”⁷¹.

Kelsen ainda toma o cuidado de esclarecer que este dever em sentido jurídico somente pode ser compreendido como uma prescrição de conduta em um sentido figurado, pois, a rigor, “prescrever” algo ou ditar um “comando”, requer um ato de vontade do Estado ou do povo, princípio comum nas teorias contratualistas. Mas

⁶⁹ KELSEN, 2000-b, p. 84.

⁷⁰ KELSEN, 2000-a, p. 54.

⁷¹ KELSEN, op. cit., p. 41.

este “querer” em sentido jurídico não pode ser confundido com o “querer” em sentido psicológico:

Se a regra jurídica é um comando, ela é, por assim dizer, um comando despsicologizado, um comando que não implica uma ‘vontade’ no sentido psicológico do termo. A conduta prescrita pela regra de Direito é “exigida” sem que nenhum ser humano tenha de “querê-la” num sentido psicológico. [...] Uma “norma” é uma regra que expressa o fato de que alguém deve agir de certa maneira, sem que isso implique que alguém realmente ‘queira’ que a pessoa aja dessa maneira.⁷²

Uma vez que o comando em sentido jurídico não possui qualquer caráter psicológico, uma vez que a potencialidade de causar temor não é essencial para se definir a sanção jurídica, uma vez que pacificar a sociedade é uma função possível mas não necessária do Direito, uma vez que a validade da norma não depende do seu conteúdo, Kelsen arremata sua teoria com a idéia de que a obrigatoriedade da norma não decorre de uma superioridade real do mandatário em relação aos subordinados. Teoricamente, é possível até que essa superioridade sequer exista, caso isto, de alguma forma, não comprometa a eficácia da norma. A obrigatoriedade jurídica na teoria positiva não diz respeito a qualquer evento externo, físico ou de conteúdo (moral), como ocorre nas teorias jusnaturalistas e clássicas, mas tão somente à identificação do mandatário com a norma válida que o legitima a emitir comandos. Este comando inclui a sanção dirigida ao destinatário da norma em caso de desobediência. Como dito, não é necessário que esta sanção efetivamente cause um temor no destinatário para que seja “válida” do ponto de vista da ciência do Direito. Basta que ela esteja de acordo com a norma imediatamente superior que a torna válida. Daí decorre sua “obrigatoriedade” em um sentido “objetivo” (científico) que nada tem a ver com sua obrigatoriedade em seu sentido “subjetivo” (psicológico). Aqui a teoria pura se distancia das teorias jusnaturalistas por uma drástica redução do seu objeto de análise.

Um comando é obrigatório não porque o indivíduo que comanda possui uma superioridade real de poder, mas porque está ‘autorizado’, porque está ‘investido do poder’ de emitir comandos de natureza obrigatória. E ele está ‘autorizado’ ou ‘investido de poder’ apenas se uma ordem normativa, a qual se pressupõe que seja obrigatória, lhe confere tal capacidade, a competência para emitir comandos obrigatórios. Então, a expressão de sua vontade, dirigida à conduta de outro indivíduo, é um comando obrigatório, mesmo se o indivíduo que comanda não possui nenhum poder efetivo sobre o indivíduo a

⁷² KELSEN, 2000-b, p. 49/50.

quem o comando é dirigido. A força de obrigatoriedade de um comando não é 'derivada' do comando em si, mas das condições⁷³ em que o comando é emitido.⁷⁴

Esta argumentação também é apresentada por Kelsen de forma semelhante ao tratar novamente do exemplo de Agostinho, que comparou a lei injusta ao comando de um “salteador de estradas”. A rigor, do ponto de vista subjetivo, ele admite, não existe mesmo nenhuma diferença entre o comando de um assaltante e o comando de um órgão jurídico: ambos prescrevem uma obrigação sob ameaça de cominação de atos coercitivos, ou males como a privação da vida, da liberdade, etc. No entanto, dirá Kelsen, da mesma forma como nem mesmo a superioridade de forças é relevante para se definir uma norma jurídica, da mesma forma que também não é relevante a prescrição de uma obrigação sob ameaça concreta e real da imposição de um mal (sanção), também não será decisivo na distinção entre Direito e moral, ou Direito e crime, o fato de que um indivíduo expresse uma vontade dirigida à conduta de outro indivíduo. Esta é somente uma semelhança do elemento subjetivo do comando, mas não do elemento objetivo, este sim decisivo. “A diferença”, dirá Kelsen, apenas se torna relevante quando “se descreve, não o sentido subjetivo, mas o sentido objetivo do comando [...]. Então, atribuímos ao comando do órgão jurídico, e já não ao do salteador de estradas, o sentido objetivo de uma norma vinculadora do destinatário”⁷⁵.

A validade em sentido objetivo – a única validade verificável por uma teoria pura - despreza o elemento subjetivo da vontade presente na norma, no emitente do comando (o legislador) e nos destinatários das normas (os cidadãos e órgãos encarregados de aplicá-las). Sob este aspecto, dizer que uma norma é válida, é dizer que se trata de uma norma que é vinculativa, isto é, que o destinatário deve se conduzir da forma prescrita⁷⁶. Mas isto obviamente não esclarece o motivo pelo qual a norma é válida, apenas explica em que sentido se afirma que é válida. Por outro lado, uma vez que todos os aspectos concernentes ao mundo do ser estão excluídos da teoria pura, não podemos recorrer a dados fáticos para fundar um

⁷³ Kelsen não está se referindo a quaisquer “condições” materiais, como um aparato de segurança pública que garanta a prevenção do crime através do temor da sanção, por exemplo. Aqui, as “condições” referem-se exclusivamente à condições formais de criação e aplicação da norma.

⁷⁴ KELSEN, 2000-b, p. 44.

⁷⁵ KELSEN, 2000-a, p. 49.

⁷⁶ Ibid., p. 215.

motivo para a validade da norma. Logo, o fundamento de validade de uma norma – o motivo pelo qual ela é válida - só pode ser uma outra norma: uma outra norma que confira poder legiferante à alguém, que, por sua vez, estabelecerá outras normas, consoante limites legislativos conferidos também pela primeira norma. Tanto a competência quanto o conteúdo da norma se vinculam a uma norma imediatamente anterior, o que significa dizer que o fundamento de validade de uma norma é uma norma superior.

No entanto, este raciocínio implica num retorno ao infinito de forma análoga ao retorno ao infinito na cadeia de causa e efeito. A solução apresentada por Kelsen também será bastante semelhante. Quando Tomás sustenta as duas primeiras vias que provariam a existência de Deus (o primeiro motor imóvel e a primeira causa eficiente), conclui que um retorno ao infinito na sequência de movimentos do universo e na cadeia de causa e efeito, implicaria na ausência de um motivo para estas sequências, o que seria impossível. Tomás então sustenta que a explicação só pode ser adequadamente fornecida pela conclusão de que deve existir um ser, distinto de todos aqueles que visualizamos no universo, que não é movido por nada, mas move todos os outros (Deus). Na teoria de Kelsen, o retorno ao infinito na sequência de normas hierarquicamente superiores que legitimam e validam as normas inferiores é encerrada pela estipulação de uma norma que não é legitimada nem validada por qualquer outra norma, mas legitimada e validada por si mesma, de forma análoga ao Deus da teoria de Tomás. Trata-se da primeira norma, da qual emana o fundamento de validade de todas as demais, uma norma que é não é “posta”, isto é, não é uma norma positiva como todas as demais, mas uma norma pressuposta. Kelsen a denominou “norma fundamental”.

2.2.1.4 A Solução de Hans Kelsen: a Norma Fundamental Analítica

O conteúdo da norma fundamental não diz respeito a princípios de justiça, valores éticos, nem quaisquer outros elementos metajurídicos:

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta

ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo.⁷⁷

Logo, a norma fundamental, diferente das normas positivadas, não tem um conteúdo subjetivo identificável. Não é possível criar uma hermenêutica sobre ela. Sua função é meramente objetiva: ela é necessária para justificar a suposição sem a qual a ordem jurídica não pode existir, ou seja, a idéia preliminar de que devemos obedecer aos comandos da primeira constituição histórica:

Devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.⁷⁸

Aqui, a teoria pura descreve a estrutura hierárquica das normas através do caráter silogístico envolvendo uma premissa maior subjetiva, isto é, a norma fundamental que consiste em uma obrigação de obediência, firmando uma competência legislativa a ser desenvolvida na premissa menor, que emite comandos objetivos:

A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. Por exemplo: devemos obedecer às ordens de Deus. Deus ordenou que obedecemos às ordens dos nossos pais. Logo, devemos obedecer às ordens de nossos pais.⁷⁹

Interessante notar que a norma fundamental não pode “ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa”⁸⁰. Ela não é uma norma positivada e limita-se a firmar uma obrigação inicial, bastante vaga e indeterminada, mas suficiente para justificar toda a sequência de normas positivadas. No exemplo citado por Kelsen acima transcrito, observe-se que a norma fundamental segundo a qual devemos obedecer aos comandos de Deus (norma fundamental numa ética teológica) não pode ser fundamentada numa norma hierarquicamente superior, pois que Deus, neste sistema, é a mais elevada instância legisladora e portanto, não faria

⁷⁷ KELSEN, 2000-a, p. 225.

⁷⁸ Ibid., p. 225/226.

⁷⁹ Ibid., p. 226.

⁸⁰ Ibid., p. 227.

sentido cogitar que alguém mais fosse competente ou logicamente necessário para justificar tal comando inicial. Nem mesmo a própria ética teológica pode reivindicar para si este comando inicial pois se assim o fizesse, estaria se colocando acima do poder legiferante de Deus. Por outro lado, afirma Kelsen, “se a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, é aceita como posta por Deus, não poderá ser fundamento de validade das normas postas por Deus, pois que também ela é uma norma posta por Deus”⁸¹. Identifica-se aqui uma espécie de paradoxo, portanto: a norma fundamental, premissa maior do silogismo, é o elemento que confere validade a todas as normas positivadas, mas uma vez que ela própria não encontra, nem pode encontrar sua validade numa norma superior, conclui-se que sua natureza é completamente distinta das normas positivas. Tão distinta que ela sequer pode ser positivada dentro do ordenamento jurídico: ela sempre estará fora e acima do ordenamento positivo. Pois ainda que pudéssemos encontrar na resposta à questão “quem conferiu a Deus o poder legiferante?” sempre encontraríamos – em tese – uma autoridade que lhe seria superior e que sempre estaria, portanto, um passo além do ordenamento jurídico positivo. A norma fundamental se constitui assim em um elemento externo ao ordenamento jurídico positivo, externo a todo processo silogístico que se possa fazer no encadeamento hierárquico das normas, uma norma que, sequer possuindo um conteúdo, não pode, portanto, ser incluída no processo silogístico, mas tão somente, uma norma que só pode ser pensada. Somente mediante a aceitação desta premissa inicial pensada, é que podemos aceitar a norma inicial de que devemos obedecer aos comandos estabelecidos pela Constituição ou por nossos pais. No primeiro caso, a norma fundamental consistiria na obrigação de obedecer aos primeiros legisladores da nação. No segundo caso, a norma fundamental consistiria na obrigação de obedecer aos mandamentos de Deus, entre os quais, acatar as ordens dos pais. Caso a obrigação de obedecer aos comandos do primeiro legislador fossem positivados, (Por exemplo: “é obrigatório executar os comandos emanados do Parlamento”) necessariamente surgiria uma outra norma fundamental, superior, anterior a este primeiro comando, apenas “pensada”: a obrigação de executar os comandos emanados do Parlamento seria “pensada” como pressuposta por se tratar, por exemplo, da vontade do povo ou da vontade das forças armadas. Se a norma fundamental fosse reconhecida e

⁸¹ KELSEN, 2000-a, p. 227.

positivada como “devemos obedecer aos comandos de Deus” teríamos que pressupor uma outra norma fundamental, superior, anterior a este comando, apenas “pensada”: a obrigação de obedecer a Deus seria “pensada” como pressuposta por se tratar, por exemplo, da vontade do sacerdote. Já que o ordenamento se estrutura de forma análoga a uma sequência de causa e efeito, uma primeira norma positivada pressupõe necessariamente uma norma fundamental que só é portanto pensada e se situa assim em um outro plano, da mesma forma que um primeiro efeito pressupõe um ser superior (Deus, conforme argumento de Aquino) na ordem cósmica.

A norma fundamental cumpre assim pelo menos três funções bastante claras, como conclui Robert Alexy⁸²: (1) a primeira consiste em possibilitar uma transição de um ser para um dever; (2) a segunda consiste em estabelecer critérios para que possamos reconhecer o que é direito e o que não é, isto é, o que é uma norma jurídica e o que não é uma norma jurídica; (3) a terceira função consiste em instituir a unidade do ordenamento: todo o conjunto de normas que encontram seu fundamento útil em determinada norma fundamental, constituem, na sua totalidade, um ordenamento jurídico específico. Para este trabalho, interessa-nos a primeira função.

Raciocinemos pela comparação entre uma norma jurídica e uma norma não jurídica, valendo-se do exemplo extremo apresentado por Kelsen, no qual se questiona por que a ordem do fisco para entregar algum bem ou pagar certo valor é classificada como válida e a ordem de um gângster para entregar o mesmo bem ou valor é dita inválida: “a resposta é que o funcionário do fisco pode reportar-se a uma autorização legal, enquanto o gângster não”⁸³. Por sua vez, surge a questão: por que o funcionário do fisco está autorizado por uma ordem que é válida enquanto a ordem seguida pelo gângster não é válida? Podemos imaginar que o ato do gângster emana do chefe da sua gangue, enquanto o ato do funcionário do fisco, emana, em última instância legislativa da Constituição, que autoriza o legislador a promulgar leis tributárias. No entanto, esta resposta não soluciona o problema, pois ainda podemos questionar o motivo pelo qual a Constituição tem o poder de validar ordens legislativas sobre apreensão de bens enquanto o chefe da gangue não o

⁸² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 126/127.

⁸³ *Ibid.*, p. 114.

possui. Se acompanhássemos o pensamento de Hart e nos reportássemos ao fato de que a ordem jurídica é socialmente eficaz incorreríamos no problema do ser/dever ser, pois as próprias normas constitucionais seriam a norma fundamental, fazendo assim uma ilícita transição do ser para um dever. Em um esquema silogístico este raciocínio falacioso ficaria assim, conforme demonstra Alexy:

- (2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz
- (3¹) A constituição C é juridicamente válida.
- (3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a Constituição C.⁸⁴

A norma fundamental analítica de Kelsen solucionará o problema posicionando-se como uma premissa suplementar inicial a este esquema. Observe-se que do fato de uma Constituição C **ser** efetivamente estabelecida e eficaz (2) não segue logicamente que ela **deve ser** obedecida (3), da mesma forma como do fato de um gangster exigir uma quantia em dinheiro não segue que devemos de fato entregá-lo. Do ser não se conclui um dever. Como então formularíamos a norma fundamental analítica de Kelsen numa expressão descritiva? Alexy a descreve assim (sem destaque no original):

(1) Quando uma constituição é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz, ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com essa constituição.

- (2) A constituição C é efetivamente estabelecida e socialmente eficaz
- (3¹) A constituição C é juridicamente válida.
- (3) Ordena-se juridicamente um comportamento em conformidade com a Constituição C.⁸⁵

Desta maneira, o raciocínio jurídico se inicia mediante a aceitação de uma premissa inicial segundo a qual uma constituição efetivamente estabelecida e socialmente eficaz deve ser obedecida, sendo esta premissa inicial a própria norma fundamental. Alguém poderia objetar neste ponto que o problema da falácia persiste, pois nada há que vincule o fato da obediência com o fato da constituição socialmente eficaz. Em certa medida esta objeção é verdadeira, mas Kelsen responde a isto afirmando que a norma fundamental, premissa inicial do silogismo, não é uma norma jurídica positiva, mas de um outro tipo. Obviamente, Kelsen rejeita que a norma fundamental seja uma norma do direito natural, descrevendo-a nos

⁸⁴ ALEXY, 2009, p. 115.

⁸⁵ Ibid., p. 116/117.

termos de quatro características que definem seu *status* de um ponto de vista positivista: a norma fundamental é um pressuposto necessário, meramente possível, meramente pensado (não positivada) e é insuscetível de fundamentação.

Por pressuposto necessário, Kelsen se refere ao status da norma fundamental como “condição necessária da possibilidade de reconhecimento da validade jurídica e do dever jurídico, como ‘pressuposto lógico-transcendental’”⁸⁶, em referência a filosofia de Kant, segundo a qual denomina-se transcendental aquilo que é necessário para possibilitar a reconhecimento empírica.

Esta referência também se mostra saliente na segunda característica da norma fundamental, que diz respeito ao seu caráter hipotético, isto é, embora seja um pressuposto necessário para podermos reconhecer certas normas como jurídicas, sua interpretação como vinculadora da obrigação é meramente possível. Aqui, o conceito de transcendental em Kelsen se distingue claramente do transcendental em Kant. Na filosofia deste não existem alternativas para a experiência empírica quando se fala nas formas de percepção do espaço e do tempo, só havendo possibilidade portanto, de reconhecimento empírica através das categorias de espaço e tempo⁸⁷. No entanto, não há possibilidade de analogia com a reconhecimento dos fenômenos jurídicos, uma vez que é possível, em princípio, reconhecermos normas jurídicas sem atribuímos a elas um efeito vinculativo da nossa própria conduta. Em tese, podemos reconhecer que a norma do Código Penal que comina uma sanção ao crime de homicídio é uma norma jurídica porque emana de um ordenamento estabelecido por uma constituição que é socialmente eficaz, sem reconhecer nela um dever de obediência.

A terceira característica procura resolver o problema da transição de um mero querer para um dever jurídico, o que, via de regra, não pode ser feito sem incorrer na falácia naturalista. Kelsen então afirma que a norma fundamental, como norma desejada, se precisar pressupor outra norma – assim como qualquer norma positiva – deixará de ser a norma fundamental. Logo, a norma fundamental deve ser apenas pensada, pois não é possível fundar uma primeira norma positiva sem que algo já esteja pressuposto de antemão. Alexy não hesitará em apontar aqui os problemas teóricos deste raciocínio, que na verdade também foram admitidos pelo próprio Kelsen ao final de sua vida. Se estabeleço uma primeira norma positiva na qual é

⁸⁶ ALEXY, 2009, p. 129.

⁸⁷ Ibid., p. 131.

concedido a um órgão legislativo o poder de elaborar normas que tem obrigatoriedade jurídica, então já estou pressupondo na verdade a existência e a legitimidade de uma autoridade superior ao poder legislativo que lhe confere poder e autoridade para legislar. Podemos imaginar que esta autoridade, conforme o contratualismo é o próprio povo, mas ainda neste caso podemos questionar quem é que deu autoridade e liberdade para o povo legislar em causa própria. Caso se recorra a Deus⁸⁸, a questão também não se resolve pois ainda será possível questionar quem conferiu esta autoridade a Deus, ou ainda, restará em aberto o motivo pelo qual devemos obedecer a Deus. Daí a afirmação de Kelsen segundo a qual a norma fundamental é meramente pensada, transcendendo o ordenamento positivo, na tentativa de subtrair a norma fundamental do esquema silogístico que estrutura a hierarquia do ordenamento jurídico onde certamente ela incorreria em falácia. Em suas últimas obras Kelsen admitiu que de fato não seria possível “um dever sem um querer”⁸⁹ e tentou salvar a norma fundamental afirmando que além da norma fundamental meramente pensada, seria necessário pressupor também uma autoridade imaginária – ou meramente pensada – que estabeleceria a norma fundamental. O próprio Kelsen admitiu que esta argumentação seria

‘contraditória em si mesma’, já que, segundo ela, a mais alta autoridade seria autorizada por outra ainda mais alta. Do mesmo modo, seria preciso simular outra norma fundamental que autorizasse a autoridade simulada a instituir a norma fundamental, o que, em primeiro lugar, subtrairia à norma fundamental originária seu caráter de norma fundamental e, em segundo – como a outra norma fundamental só poderia ser o conteúdo de um ato de vontade -, pressuporia, ad infinitum, outras autoridades simuladas e normas fundamentais simuladas que as autorizassem⁹⁰.

A solução apontada por Alexy seria a de reconhecer que “a reconhecimento de um dever não está necessariamente vinculada a um ato de vontade”, isto é, embora os deveres estejam frequentemente conectados a um querer, esta relação não é necessária, inexistindo qualquer problema em reconhecermos um dever sem um querer. É perfeitamente possível que alguém, movido por mandamentos religiosos, aceite que é errado cometer homicídio, mas mesmo assim, querer matar alguém.

Podemos aceitar a sugestão de Alexy em relação a independência entre dever e querer, mas de qualquer forma, ela também não resolve o problema da

⁸⁸ FINNIS, 1980, p. 381.

⁸⁹ ALEXY, 2009, p. 132.

⁹⁰ Ibid., p. 131/132.

fundação da autoridade legiferante: ainda que a norma fundamental pudesse ser destituída de qualquer vinculação com um querer, ela não explicaria porque uma tal autoridade deveria ser obedecida. Neste ponto, Kelsen argumenta que o conteúdo da norma fundamental não prescreve nada em sentido psicológico. A princípio parece contraditório, pois sugere que ao mesmo tempo em que a norma fundamental estabelece que devemos nos comportar conforme determina o legislador ou a constituição, não prescreve que devemos nos comportar de acordo com o direito:

A solução está no conceito de prescrição. Uma pessoa a prescreve algo a uma pessoa b quando exige de b que b faça algo. Segundo Kelsen, o cientista do direito, como tal, não exige que ninguém se comporte conforme a constituição e, conseqüentemente, conforme o direito. Como cientista do direito, ele pode simplesmente informar sobre um dever jurídico e, ao mesmo tempo, como pessoa, exigir por razões morais que ele não seja cumprido. [...] Um cientista do direito que dá uma informação sobre um dever jurídico não diz: 'Você deve executar a ação c'. Sua informação é mais no sentido de: 'Se você se posicionar do ponto de vista do direito, será obrigado a executar a ação 'c''⁹¹.

O dever de executar uma ação conforme o direito é portanto um dever meramente hipotético, relativo ao discurso jurídico e nada mais. Aqui, o verbo “dever” pode ser interpretado de forma ambígua, daí a necessidade desta distinção. Num primeiro sentido, quando afirmamos que alguém deve fazer algo, estamos nos referindo a uma ordem, um preceito mandamental, como “faça x” ou, especificamente, “você deve fazer x”, onde o deve está designando uma ordem, um mandamento. Este não é pois o sentido do dever jurídico. Quando o cientista afirma que alguém “deve fazer x” ele não está mandando este alguém efetivamente fazer ‘x’, apenas está descrevendo o conteúdo de certa regra jurídica. Logo, o conteúdo da norma fundamental não pode ser um dever em sentido psicológico, moral ou ainda da lei natural. O dever estabelecido pela norma fundamental é aquele meramente hipotético, um dever jurídico, relativo e que só ganhará um sentido mandamental para aqueles que eventualmente aceitarem (caso queiram) receber a norma jurídica como uma ordem, mas de forma alguma esta aceitação constitui um elemento de validade da norma fundamental ou de qualquer regra jurídica: “Existe um dever jurídico somente para aquele que, independentemente das razões,

⁹¹ ALEXY, 2009, p. 131/134.

participa do jogo do direito. Para aquele que não o faz, existe apenas o risco de ser afetado por atos coativos”⁹².

Pelo exposto, percebemos que a teoria pura do Direito não resolve o problema da fundamentação do dever, na verdade o dissolve expulsando-o do âmbito do estudo científico do Direito. O dever em sentido jurídico é classificado como uma outra categoria de dever, na qual apenas se descreve um preceito estabelecido por uma norma, sem qualquer interesse real na sua obediência. Aliás, se houvesse um interesse na sua obediência acabaríamos por dar um fundamento à norma fundamental, o que já seria uma redundância que por sua vez nos levaria a questionar o próprio fundamento da norma fundamental, solapando o caráter fundamental da primeira norma e transformando o seu respectivo fundamento, por sua vez, na nova norma fundamental. Isto nos leva à quarta característica da norma fundamental, segundo a qual ela é insuscetível de fundamentação.

Alexy vê aqui uma boa oportunidade para refutar Kelsen, afirmando que na verdade a norma fundamental só não pode ser fundamentada por outra regra jurídica, o que redundaria na criação de uma norma positiva hierarquicamente superior, mas isso não impede que ela seja fundamentada por outras normas, como o fez Kant, que sustentou razões morais para aceitarmos a obediência ao direito como um dever. Quando Kelsen afirma que todo ordenamento coativo eficaz em termos globais só pode ser interpretado como ordenamento jurídico caso se pressuponha a norma fundamental, insuscetível de questionamentos (o que só pode ser feito, portanto, por um mero ato de liberalidade), estaria negligenciando, segundo Alexy, que “a questão sobre por que se deve interpretar todo ordenamento coativo eficaz em termos globais como ordenamento jurídico [...] admite diversas respostas”⁹³. Não deixa de ser válida a resposta de Kelsen, segundo a qual se trata de questão de mera decisão, mas ela é apenas a primeira dentre quatro respostas plausíveis. A segunda poderia sustentar que é adequado, do ponto de vista do mútuo auxílio que os membros da sociedade podem encontrar submetendo-se às regras jurídicas. A terceira resposta plausível seria a fundamentação moral do dever de obediência ao direito, na linha kantiana, em que se sustentaria, por exemplo que devemos nos submeter à norma fundamental para evitar uma guerra civil. O próprio argumento da injustiça forneceria boas razões morais para não se atribuir caráter

⁹² ALEXY, 2009, p. 134.

⁹³ Ibid., p. 136/137.

jurídico a qualquer regra socialmente estabelecida e globalmente eficaz. A quarta resposta tem caráter empírico-reconstrutiva e é citada pelo próprio Kelsen, quando afirma que a norma fundamental, na realidade, nada tem de inovador, prestando-se apenas para trazer à tona aquilo que os juristas, talvez até inconscientemente, sempre fizeram ao criar e aplicar o direito. Alexy afirma que a hipótese de que os juristas sempre agiram assim na prática tem caráter empírico, mas este tema não é esmiuçado por Kelsen, que, aliás, faz uma ressalva na qual incorreria em uma contradição: tão logo afirma que a norma fundamental apenas traz a tona aquilo que sempre foi realizado na prática, emenda a afirmação de que, pelo menos é assim quando eles entendem o direito exclusivamente como direito positivo. Logo, tal afirmação não pode ser empírica, já que não possui qualquer respaldo na prática concreta, mas apenas define um ponto de vista muito limitado: o ponto de vista do direito positivo.

Notamos aqui que o argumento de Agostinho, a respeito da similitude entre o comando de um bando de salteadores e o direito injusto não foi respondido: Kelsen justificou o sentido objetivo, que pode, é verdade, fundar a norma jurídica. Mas a tese central do argumento não foi refutada, aliás, foi confirmada: pela teoria kelseniana, o comando de um bando de salteadores convalida-se em “Direito” – válido, legítimo, vinculador da conduta – caso esteja vinculado a uma ordem jurídica reconhecida como válida e globalmente eficaz. Foi o que aconteceu no período nazista em que políticos, teóricos e carrascos decretaram a expropriação arbitrária dos bens de cidadãos judeus, negros, estrangeiros e ciganos, posteriormente culminando em genocídio. De fato não podemos, Kelsen até aqui tem razão, negar a validade deste Direito se considerarmos unicamente o aspecto objetivo. Mas neste caso, qual a diferença afinal entre o comando de um governo nazista que determina o confisco arbitrário dos bens de uma parte da população e o comando de um governo democrático que busca promover a paz e a integração de todos os membros da sociedade? Para Kelsen, ambas são ordens jurídicas igualmente válidas. O argumento de Agostinho, portanto, persiste: considerado apenas o aspecto objetivo da norma, devemos reconhecer validade jurídica a salteadores e genocidas, caso eles conquistem, pelas armas ou pela propaganda ideológica, os postos de poder. Reconhecer validade jurídica a uma norma significa dizer, com Kelsen, que as normas emitidas devem ser obedecidas, uma vez que o reconhecimento de uma certa norma como jurídica já pressupõe a aceitação da

norma fundamental como uma ordem de comando a qual devemos conformar nossa vontade. Mesmo o expediente teórico de expulsar do direito a discussão sobre a justiça e fundar a validade apenas no aspecto formal, subtraindo do dever em sentido jurídico qualquer aspecto psicológico, fracassa diante do argumento de Agostinho quando se percebe, como o fez Alexy, que se o Direito é considerado válido apenas pelo seu aspecto objetivo não há possibilidade de se falar em direitos humanos ou mesmo na punição jurídica legítima dos carrascos nazistas. Desta forma, o Direito é destituído de protagonismo no estabelecimento da paz e da justiça, tarefa que se torna então missão da política.

2.2.1.5 A Solução de Immanuel Kant: a Norma Fundamental Normativa

Embora Kant não mencione expressamente um conceito de “norma fundamental”, nem destine a ela uma posição central dentro de sua teoria do Direito, como ocorre em Kelsen, não há dúvidas – segundo Alexy - de que Kant formulou claramente tal conceito: “Assim, pode-se pensar numa legislação externa que contenha unicamente leis positivas; mas, nesse caso, seria preciso que precedesse uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (isto é, a autorização para vincular outras pessoas mediante seu mero arbítrio)”⁹⁴.

A diferença entre a norma fundamental kantiana e a kelseniana, no entanto, é muito clara, pois Kant a identifica como uma lei natural, assim denominando a lei cuja obrigatoriedade independe de uma norma positiva, sendo reconhecida pelo homem exclusivamente pela razão⁹⁵.

A partir disso, concluirá Alexy que a teoria kantiana do Direito chega ao extremo de ser mais positivista que a teoria de Kelsen, pois a partir do momento em que a norma fundamental é identificada com uma lei natural cognoscível pela razão humana, a obediência e a submissão ao Direito se tornam um dever moral, o que, com efeito, não ocorre de forma alguma em Kelsen, cuja norma fundamental é um

⁹⁴ ALEXY, 2009, p. 139.

⁹⁵ Kelsen inclusive reconhece, no último capítulo da Teoria Pura do Direito, que sua norma fundamental possui algo de lei natural: ela também se situa fora do ordenamento jurídico positivo.

mero ato de pensamento que confere validade jurídica ao ordenamento positivo, sem qualquer vínculo ou efeito sobre a moral.

Partindo de uma premissa contratualista herdada de Rousseau, Kant distinguirá entre um “estado de natureza e um estado jurídico ou estatal – que Kant chama de ‘civil’”⁹⁶. Naquele primeiro estado já existem direitos fundamentais cognoscíveis pela razão, mas o homem imediatamente percebe que não podem ser efetivamente assegurados sem a criação de uma ordem estatal, a qual requer a renúncia à liberdade arbitrária e uma submissão a uma coação legal externa e pública. Assim, a necessidade desta submissão a uma ordem externa para garantia e efetivação de direitos fundamentais, convertida em norma fundamental do Direito, é alçada a verdadeira norma moral.

Alexy então chama a atenção para uma possível contradição na teoria kantiana, pois ao contrário do que se poderia imaginar, Kant não atribui a esta norma fundamental qualquer efeito vinculante sobre o ordenamento positivo, exceto a segurança e a paz jurídica: “o conteúdo do direito positivo ao qual ela confere validade é tão pouco importante quanto em Kelsen”⁹⁷. Isso acaba conduzindo a uma primazia do direito positivo sobre o direito natural, o que Alexy procura demonstrar através de algumas citações de Kant, como esta: “Assim, contra a suprema autoridade legisladora do Estado não existe uma resistência legítima do povo; pois um estado jurídico só é possível pela submissão a sua vontade universalmente legislativa”⁹⁸.

E de forma ainda mais extrema, Kant chega mesmo a negar que a função do jurista seja julgar cada caso de acordo com a razão. Para ele, o jurista deve se limitar a aplicar a lei positiva, pois não é “justo exigir dele a prova da verdade e da legalidade de tais leis (as leis naturais) nem encarregá-lo de defendê-las contra as objeções feitas pela razão”⁹⁹. Esta posição parece muito contraditória com a opinião de Kant de que a lei injusta é um “despropósito a ser imediatamente rechaçado pelos juristas”¹⁰⁰. Duas possibilidades de interpretação vêm à tona: para a primeira, Kant não incorreu em qualquer equívoco, pois não afirmou que o direito positivo teria uma primazia ilimitada sobre o direito natural. Assim, a melhor interpretação seria

⁹⁶ ALEXY, 2009, p. 140.

⁹⁷ Ibid., p. 141.

⁹⁸ Ibid., p. 141.

⁹⁹ Ibid., p. 142.

¹⁰⁰ Ibid., p. 143.

aquela que negasse o caráter jurídico às leis extremamente injustas, de maneira excepcional. Para a segunda, a norma fundamental kantiana não é uma dedução coerente dos seus princípios fundamentais, incorrendo o filósofo alemão em um grave equívoco¹⁰¹.

2.2.1.6 A Solução de H.L.A. Hart: a Norma Fundamental Empírica

Além da “norma fundamental normativa” de Kant, Alexy também identifica uma terceira espécie, a “norma fundamental empírica” de Hart¹⁰². Trata-se da mais importante alternativa à norma fundamental de Kelsen, segundo Alexy. Embora Hart não a denomine “norma fundamental” mas de “regra de reconhecimento” ou “regra de reconhecimento”¹⁰³, tendo em vista o *status* distinto, é certo que possui muitos pontos em comum com a norma fundamental kelseniana.

A regra de reconhecimento também estabelece critérios para se identificar as regras de um direito vigente dos outros tipos de regras encontradas na sociedade; ela também é a regra máxima do ordenamento jurídico, condensando em si mesma os fundamentos de validade de todas as outras regras que lhe são hierarquicamente inferiores. Questionando o fundamento de validade da norma mais inferior, somos remetidos a uma norma superior, que por sua vez se fundamenta em uma terceira norma hierarquicamente superior, ascendendo assim numa escala hierárquica que, da mesma forma como na teoria de Kelsen, culmina na regra de reconhecimento. No entanto, ao dissertar sobre a existência e o conteúdo as diferenças tornam-se marcantes, pois em Hart tudo se resume a fatos empíricos. Ou seja: a regra de reconhecimento é uma questão de fato, não de Direito, propriamente dito. Daí que só se pode falar da sua existência, mas não da sua validade: ela existe como prática nos tribunais, nas cortes, no costume social de identificar certas regras como jurídicas e utilizá-las na solução de controvérsias de forma sistemática, constante e criteriosa.

¹⁰¹ ALEXY, 2009, p. 144.

¹⁰² Herbert Lionel Adolphus Hart (H. L. A. Hart) foi professor de John M. Finnis e autor de um dos livros mais importantes da filosofia do Direito no século XX: “The Concept of Law”, publicado em 1961.

¹⁰³ No inglês original, “rule of recognition”.

O problema da regra de reconhecimento, observa Alexy, é que a sua existência acaba sendo deduzida da sua aceitação social: “aceitar uma regra que encontra sua expressão numa prática comum significa passar do fato de que existe a prática ao juízo de que se ordena o comportamento em conformidade com essa prática”¹⁰⁴. Hart, portanto, incorre flagrantemente no problema do ser/dever ser, apoiando todo o conceito de dever jurídico no fato de que a sociedade aceita tais normas como jurídicas.

Norberto Bobbio, positivista de relevo e grande divulgador do pensamento de Kelsen, também incorreu na falácia naturalista de forma muito mais evidente e ingênua, quando na sua obra “A Era dos Direitos”, diagnosticando um fato – assim como Hart – concluiu uma regra deontológica, afirmando que o problema da “fundamentação dos direitos humanos [...] foi resolvido” na contemporaneidade pela Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Bobbio considera que o consenso geral firmado entre as nações é a “única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado”¹⁰⁵. Nem mesmo a percepção de que hoje, ao contrário do que pareceu evidente “aos autores da Declaração de 1789” que consideravam a propriedade como “sagrada e inviolável”, toda referência ao direito de propriedade como direito do homem “desapareceu nos documentos mais recentes das Nações Unidas” constitui para Bobbio qualquer problema a merecer uma análise mais acurada.

Não nos interessa aqui discutir o *status* específico do direito a propriedade privada, mas cumpre ressaltar que, do ponto de vista de filósofos e economistas, não parece existir consenso sobre a questão da propriedade privada. O fato de que a ONU não mencione há anos a propriedade privada em seus documentos não constitui (ou não deveria constituir) um argumento para restringirmos a pertinência do debate teórico: de um fato, não se extrai um dever. Até porque, caso levemos a risca a argumentação de Bobbio segundo a qual “a única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado” é o consenso geral firmado nos documentos da ONU, então não poderíamos sequer objetar em teoria eventuais posicionamentos neonazistas formulados pela ONU, caso algum dia, radicais assumissem o controle da entidade. E para seguir o exemplo ainda

¹⁰⁴ ALEXY, 2009, p. 147.

¹⁰⁵ BOBBIO, 2006, p. 25

citado por Bobbio, caso a ONU declare que a propriedade privada não constitui um Direito Fundamental, nada poderíamos objetar contra a expropriação de todos os bens individuais e sua incorporação aos respectivos Estados, ou, quem dirá, da própria ONU.

A História nos mostra que o consenso universal sobre questões relevantes da ética nem sempre é algo louvável em termos de direitos humanos, lição que, como vemos, é frequentemente negligenciada.

Isto nos remete ao que dissemos anteriormente: Kelsen, ciente do problema do ser/dever ser, procurou delinear sua norma fundamental de maneira a não incorrer em contradições de lógica, de modo que esta constitui no esquema de Alexy, a primeira função da norma fundamental.

2.2.2 O Relativismo

Um direito natural, estabelecendo valores e direitos absolutos e universais, caso existisse, deveria ser uniforme em todos os lugares. Se a razão é a mesma em todos os homens e leva-os a compreender os objetos do conhecimento de forma similar, então, caso existisse, as regras do certo e do errado no agir deveriam ser iguais ou pelo menos semelhantes em todos os povos. Da mesma forma, se a natureza divina fosse cognoscível por todos os homens, poderíamos encontrar alguma similitude entre aquelas condutas que os povos interpretam como desejáveis e ofensivas a Deus. Evidentemente não é isso o que ocorre e os céticos encontram aqui mais um argumento para negar a existência de uma ordem moral objetiva ou de um deus cuja vontade possa ser conhecida pelo homem.

Pascal ironizou: “Engraçada a justiça que um riozinho limita”. Montaigne também: “São engraçados os que, para darem alguma certeza às leis, dizem haver algumas que são firmes, perpétuas e imutáveis, por eles chamadas naturais [...] Ora, eles são tão infelizes [...] que, num infinito número de leis, não se encontra ao menos uma que a fortuna e a temeridade da sorte tenham permitido ser universalmente aceita”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo, Martins Fontes, 2014, p. 58.

Norberto Bobbio, contestando a possibilidade de definirmos a natureza humana, relembra que a essência do homem foi definida de formas variadas e frequentemente de maneira antagônica. Baseando-se na natureza humana, Spinoza proclamou direito fundamental a lei do mais forte, enquanto Kant sustentou o direito a liberdade¹⁰⁷. Na sua obra *Teoria Geral do Direito* também argumentou:

[...] a teoria do direito natural é aquela que considera poder estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Mas essa pretensão é fundada? A julgar pelas divergências entre os vários adeptos do direito natural sobre o que deve ser considerado justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era natural para uns não o era para outros, deveríamos responder que não. Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) era natural a liberdade; mas para Aristóteles era normal a escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, mas para todos os socialistas utópicos, de Campanella a Winstanley, a Morelly, o instituto mais conforme a natureza do homem era a comunhão de bens¹⁰⁸.

Analisando o curso histórico da civilização, Bobbio conclui que os direitos fundamentais são fruto variável das circunstâncias que, submetendo o homem a condições degradantes, acabam por despertar o interesse na criação de direitos que impeçam a manutenção daquelas condições, geralmente ao custo de guerras, revoluções e crises sociais marcantes:

[...]O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Desta forma os direitos fundamentais são concebidos como fruto não da natureza, mas da civilização, caracterizados pela mutabilidade e possibilidade de ampliação. Bobbio também traça um pequeno panorama para lembrar a crescente modificação e ampliação do rol dos direitos fundamentais no curso histórico:

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

¹⁰⁸ BOBBIO, 2010, p. 48.

Hobbes, por exemplo, conhecia apenas um, o direito à vida. Num segundo momento, surgiram os direitos políticos, que reconheciam a liberdade não apenas como uma abstenção do poder estatal em limitá-la, mas positivamente, isto é, na forma de autonomia, que muito mais tarde seria desenvolvida por Kant. Num terceiro momento, vieram os direitos sociais. Bobbio especula a surpresa que tal evolução poderia ter causado em antigos arautos da liberdade: “Se tivessem dito a Locke, campeão dos direitos de liberdade, que todos os cidadãos deveriam participar do poder político e, pior ainda, obter um trabalho remunerado, ele teria respondido que isso não passava de loucura”¹⁰⁹. Apesar de ter analisado à exaustão a natureza humana, Locke não poderia ter obtido melhor conclusão, pois “a natureza humana que ele examinara era a do burguês ou do comerciante do século XVIII” e não a de qualquer ser humano.

Kelsen também percebeu a tradicional divergência entre os teóricos do jusnaturalismo, que a pretexto de utilizarem o mesmo método para descobrir a essência do homem e os direitos naturais, acabaram obtendo respostas frequentemente antagônicas, iludidos que estavam com a possibilidade de extrair normas para o comportamento humano através da razão ou das características da natureza:

Não é de admirar, pois, que os vários adeptos da doutrina do Direito natural tenham deduzido princípios de justiça extremamente diversos entre si a partir da natureza divina ou os tenham encontrado na natureza humana. Segundo um dos mais representativos partidários dessa escola, Robert Filmer, a autocracia, a monarquia absoluta, é a única forma de governo natural, ou seja, justa. Outro partidário, igualmente ilustre, John Locke, comprova através do mesmo método que a monarquia absoluta não pode de modo algum ser considerada como uma forma de governo, que somente a democracia pode valer como tal [...]¹¹⁰

H. L. Hart, ao lado de Kelsen um dos maiores teóricos do Direito positivo do século XX (e professor de John M. Finnis em Oxford) também sustentou a variedade de opiniões e práticas humanas como prova de que a doutrina do Direito natural é insustentável: “a teoria do direito natural em todas as suas roupagens protéicas tenta asseverar que os seres humanos são igualmente dedicados e concordes a sua

¹⁰⁹ BOBBIO, 2004, p. 32.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001, 60.

concepções de objetivos (a busca do conhecimento, justiça para seus semelhantes) outros que não o da sobrevivência”¹¹¹.

A antropologia também fornece inúmeros argumentos para endossar a posição cética. Montaigne foi pródigo em colecionar registros de povos com os mais variados e inusitados costumes, a começar pelos canibais.

No capítulo 4.2 veremos como Finnis, Aristóteles e Tomás de Aquino responderam a esta questão, bem como alguns outros teóricos do Direito natural, como Robert P. George e Leo Strauss.

2.2.3 Dualismo Ou A Necessidade Do Direito Positivo

O quarto argumento contra a doutrina do Direito natural afirma que, caso realmente existissem normas evidentes à razão de todo homem, então o Direito positivo seria desnecessário, pois todos os indivíduos seriam capazes de se conduzir da forma correta, em todas as circunstâncias. Em outras palavras, não seria possível a coexistência entre um Direito natural perfeito e um Direito positivo imperfeito. Esta crítica se encontra bem delineada no trecho abaixo, mais uma vez da lavra de Kelsen:

A doutrina do Direito natural é caracterizada por um dualismo fundamental de Direito positivo e Direito natural. Acima do Direito positivo, imperfeito, criado pelo homem, existe um Direito natural, perfeito (porque absolutamente justo), estabelecido por uma autoridade divina. [...] Se, porém, o Direito positivo é válido apenas na medida em que corresponda ao Direito natural; se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural – descobrir as regras do Direito natural por meio de uma análise da natureza; se, como afirmam alguns autores, a lei da natureza é até mesmo evidente, então o Direito positivo é inteiramente supérfluo. Diante da existência de um ordenamento justo da sociedade, inteligível na natureza, a atividade dos legisladores positivos equivale a uma tentativa tola de fornecer iluminação artificial em pleno sol. Esta é outra consequência da doutrina do Direito natural¹¹².

Na sequência desta passagem, o filósofo austríaco ainda aponta uma contradição no expediente de sustentar que a natureza humana, fonte do Direito natural, é fundamentalmente boa, justificando logo em seguida a necessidade da

¹¹¹ HART, H. L. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, 1958, p. 36.

¹¹² KELSEN, 2001, p. 142.

coerção legal pela maldade do homem¹¹³. Se, além de ser possível desvelarmos a essência humana, também concluirmos que se trata de algo “bom”, então não faz sentido a necessidade de uma lei para coagir o homem a ser bom. Para Kelsen, Hobbes foi o único jusnaturalista que escapou desta contradição ao inverter o dogma cristão e afirmar que a natureza do homem é má¹¹⁴.

Que o Direito positivo seria supérfluo na hipótese da existência do Direito natural é argumento também repetido na Teoria Geral do Direito e do Estado, de forma mais irônica:

Fosse possível responder à questão da justiça como é possível resolver problemas de técnica da ciência natural ou da medicina, pensar-se-ia tanto em regular as relações entre os homens através de medida de autoridade coercitiva quanto se pensa hoje em prescrever forçosamente pelo Direito positivo como se deve construir uma máquina a vapor ou como curar uma doença específica. Caso houvesse uma justiça objetivamente reconhecível, não haveria Direito positivo e, conseqüentemente, Estado; pois não seria necessário coagir as pessoas a serem felizes.¹¹⁵

A coexistência do Direito natural e positivo seria assim impossível do ponto de vista da lógica formal, além de supérfluo “de um ponto de vista material-teleológico”, visto que enquanto “um é uma ordem coercitiva (o direito positivo)” o outro “é, idealmente, não apenas uma ordem não-coercitiva, mas também uma ordem que tem de proibir efetivamente qualquer coerção entre os homens”.¹¹⁶ Kelsen não explica por que o direito natural deveria proibir qualquer coerção entre os homens. Aparentemente, está afirmando que o princípio da liberdade seria o único fundamento legítimo para o Direito natural, na hipótese por ele já rechaçada de que tal doutrina fosse aceitável. Não pretendemos discutir neste momento o fundamento do Direito natural, nem por que um princípio único não corresponde à realidade desta doutrina na teoria de Tomás e Finnis. Cumpre discutirmos aqui a objeção levantada contra a doutrina jusnaturalista: por que deveria uma ordem de arbítrio humano ser necessária para a regulamentação da conduta humana, se uma regulamentação justa já pode ser encontrada numa ordem ‘natural’, evidente a todos, e em harmonia com o que propoiam todos os homens de boa vontade?

¹¹³ KELSEN, 2001, p. 142/143.

¹¹⁴ Ibid., p. 143.

¹¹⁵ KELSEN, 2000-b, p. 19.

¹¹⁶ KELSEN, 2000-b, p. 587.

3 A ORIGEM DA NNL NO ÂMBITO DA FILOSOFIA ANALÍTICA

Diversos trabalhos apontam para uma retomada dos estudos da obra de São Tomás de Aquino na era contemporânea. Um dos principais motivos para esta retomada seria o reconhecimento da pertinência do método e de alguns argumentos em voga no período da Escolástica, há muito abandonados, e que agora voltam a despertar interesse no âmbito da filosofia analítica. Esta tendência se manifesta mais claramente nas universidades de língua inglesa, em especial na Universidade de Notre Dame (EUA), na Universidade de Cornell (EUA) e na Universidade de Oxford (Inglaterra), onde se encontram os principais expoentes desta nova corrente filosófica.

Segundo John Joseph Haldane, filósofo escocês e conselheiro do Papa, até a metade do século XX, eram raras as referências a Tomás na filosofia de língua inglesa, exceto por referências esporádicas em trabalhos sobre a ética da lei natural e à teologia natural. Este quadro começou a se alterar em fins dos anos cinqüenta, com a publicação de diversos trabalhos de Peter Geach nos quais o pensamento de Tomás é apresentado para esclarecer questões de metafísica, de filosofia da mente e de metaética. Em seguida, em 1961, Geach ainda publica um longo ensaio intitulado “Aquinas”, promovendo ainda mais a retomada do pensamento de Tomás.

A esposa de Geach, Elizabeth Anscombe, profundamente influenciada por Ludwig Wittgenstein, também publicou importantes artigos sobre ética, filosofia da mente e filosofia da religião. Muitos deles, publicados na década de 50 e 60, tratam dos problemas levantados por Tomás de Aquino à luz da moderna filosofia analítica.

Brian J. Shanley, padre católico e autor de diversos trabalhos sobre Tomás, também aponta Peter Geach como o primeiro filósofo de relevo a inserir Tomás no debate analítico contemporâneo. Também aponta Anthony Kenny e Alasdair MacIntyre como expoentes desta nova corrente. Para Shanley, duas tendências contribuíram para a retomada do tomismo na filosofia analítica:

- a) O aparecimento de tratados de filosofia medieval influenciados pela filosofia analítica (como por exemplo *Cambridge History of Later Medieval Philosophy*, de 1982, sob a direção de N. Kretzmann, A. Kenny e J. Pinborg);

b) O fato de que Tomás se tornou fonte recorrente entre filósofos analíticos de relevo como Brian Davies, Norman Kretzmann e Eleonore Stump¹¹⁷.

O teólogo secular Germain Gabriel Grisez é autor do trabalho que viria a se tornar a principal influência na obra de John Finnis. Em 1965, Grisez publicou o artigo “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae*, I-II, Q. 94, A. 2” em que apresenta uma crítica à interpretação neo-escolástica da lei natural em São Tomás de Aquino. Segundo ele, toda a interpretação da lei natural em Tomás de Aquino está maculada por um equívoco monumental, o que servirá, anos mais tarde, como ponto de partida para as teorias de Finnis. Esta polêmica em torno da interpretação da lei natural em Aquino será tratada em detalhes nos capítulos subseqüentes deste trabalho.

Em 1980, após dez anos de pesquisas, John Mitchell Finnis – professor em Oxford desde 1967 até a atualidade - publicou sua principal obra “Lei Natural e Direitos Naturais”, a qual foi imediatamente reconhecida como um marco na teoria do Direito Natural. A obra foi concebida após um pedido de seu professor, H. L. Hart, autor do clássico da filosofia jurídica “O Conceito de Direito”. Hart é um expoente da teoria jurídica analítica, mais precisamente da corrente dos positivistas inclusivistas, ou seja, aqueles que não excluem a moral do conceito de Direito. Joseph Raz, que também foi aluno de Hart, é um representante da corrente dos positivistas exclusivistas, numa linha próxima ao positivismo de Hans Kelsen. Finnis não hesita em se opor a todos eles, apresentando argumentos contundentes para afastar as refutações positivistas ao Direito Natural de Tomás.

Foi somente em 1992 que a expressão “tomismo analítico” foi proposta por Jonh Joseph Haldane em algumas conferências na Universidade de Notre Dame, termo popularizado em 1997 com a publicação de um monográfico em “The Monist”, um dos mais prestigiados jornais de filosofia dos Estados Unidos. Em 1999 o fascículo “NewBlackfriars” também dedicou um artigo apresentando uma bibliografia sobre o assunto, empregando a expressão “tomismo analítico”.

A expressão “tomismo analítico” foi então criticada em duas frentes: na primeira pelos tomistas receosos de que a abordagem analítica fosse apresentada como superior às outras formas de abordagem do pensamento de Tomás; na

¹¹⁷ MICHELETTI, Mario. **Tomismo Analítico**. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2009, p. 17/18.

segunda, por filósofos católicos hostis ao tomismo, que consideravam a aliança com a filosofia analítica um risco para a harmonização do pensamento católico com a filosofia pós-moderna¹¹⁸.

Segundo Haldane “as principais áreas de interesse dos tomistas analíticos são identificadas [...] nos temas da intencionalidade, da ação, da teoria das virtudes, da antropologia filosófica, da causalidade e do essencialismo”¹¹⁹. Haldane também identifica Germain Grisez como pertencente à corrente do ‘tomismo analítico’ bem como, não poderia ser diferente, Peter Geach, Elizabeth Anscombe, Anthony Kenny, Donagan e MacIntyre. O pensamento filosófico da atualidade, ainda segundo Haldane, “tem necessidade [...]” de “uma clara descrição da estrutura inteligível da realidade e dos princípios apropriados de ação (em relação com os problemas de ética, mas também de filosofia social e estética)”. Daí o interesse em São Tomás de Aquino, vez que o pensamento do Aquinate está marcado por aquelas características, o que o torna facilmente harmonizável com os métodos da filosofia analítica. Cometeria um “sério erro”, diz Haldane, quem apresentasse “a filosofia analítica como antimetafísica, cética e nihilista”, porque, ‘mesmo tendo necessidade de aperfeiçoamento, ela pode, em bom direito, reivindicar para si o papel de ‘principal herdeira do racionalismo filosófico ocidental’¹²⁰.

Roger Pouivet, filósofo francês e professor na Universidade de Lorraine publicou um livro em 1997 intitulado “Après Wittgenstein, Saint Thomas”, no qual se vale da expressão “tomismo wittgensteiniano” para explicar as principais características do tomismo analítico que, segundo ele, levaram a conclusões bem diferentes do neotomismo de inspiração eclesial do fim do século XIX, referindo-se a Étienne Gilson e Jacques Maritain. Pouivet então identifica duas escolas tomistas no século XX: a primeira dos filósofos poloneses do Círculo de Cracóvia nos anos 1930 (Józef Bochenski, Jan Salamucha, Jan Drewnowski e B. Sobocinski); a segunda dos filósofos ingleses dos anos 1950 (Elizabeth Anscombe, Peter Geach e Anthony Kenny). Para Pouivet apenas esta segunda escola pode ser denominada como de “tomistas analíticos”, corrente que ainda inclui John Haldane, Brian Davies, David Braine, Norman Kretzmann e Ralph McInerny¹²¹.

¹¹⁸ MICHELETTI, 2009, p. 10.

¹¹⁹ Ibid., p. 13.

¹²⁰ Ibid., p. 15.

¹²¹ Ibid., p. 18/19.

Tymothy Chappel inclui como tomistas analíticos os seguintes: Alasdair MacIntyre, Germain Grisez, John M. Finnis, Philippa Foot, Elizabeth Anscombe, John Haldane, Robert e Marilyn McCord Adams, McInerney, Robert P. George, Christopher Martin, David Oderberg, Hayden Ramsay, Henry Richardson e Daniel Westberg¹²².

As obras de Finnis foram traduzidas para diversas línguas. No México, a Universidade Nacional Autónoma do México (UNAM) vem produzindo diversas pesquisas, destacando-se os trabalhos de Carolina Pereira Saez¹²³, Javier Saldaña¹²⁴, Joaquín García-Huidobro e Alejandro Miranda Montecinos¹²⁵.

No Brasil a Universidade Federal e a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul tem se dedicado ao estudo da obra de Finnis, merecendo especial destaque os trabalhos do professor Luis Fernando Barzotto¹²⁶, responsável inclusive por trazer John Finnis ao Brasil em 2007. Na ocasião, Finnis proferiu palestras na PUC e na UFRGS.

A Universidade de São Paulo (USP) também possui diversos trabalhos acerca da obra de John Finnis. Em 2007, o professor Adrian Sgarbi publicou o artigo “Direito Natural Revigorado de John Finnis” no qual elenca entre os expoentes do novo Direito Natural, além de Finnis, Germain Grisez, Joseph Boyle, Robert P. George e William E. May¹²⁷. De fato, Sgarbi não hesita em incluir Finnis como herdeiro da tradição analítica

Diante deste pequeno histórico, podemos notar que o tomismo passou por um longo período de esquecimento entre os filósofos seculares, sendo preservado apenas por uma corrente de intelectuais católicos, muitos deles membros do clero (como Brian J. Shanley) ou mesmo diretamente ligados ao Vaticano. O advento da teoria de John M. Finnis marca, no âmbito da Ética e da teoria do Direito, a saída de Tomás de Aquino dos círculos católicos e da teologia natural, e sua entrada no debate contemporâneo secular, por intermédio dos instrumentos da filosofia

¹²² MICHELETTI, 2009, p. 70-71.

¹²³ SAEZ, Carolina Pereira. **La incomensurabilidad de los Bienes Basicos en J. Finnis**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx>> Acesso em 10 de outubro de 2015.

¹²⁴ SALDANA, Javier. Descripción VS. Valoración. **Las Respuestas de John Finnis al Desafío de La Falacia Naturalista**. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx>

¹²⁵ GARCIA-HUIDOBRO, Joaquín; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. **Finnis y Grisez ante El Argumento de La Facultad Pervertida**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015.

¹²⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹²⁷ SGARBI, Adrian. **O Direito Natural Revigorado de John Finnis**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan/dez 2007, p. 661/689.

analítica, revigorando a teoria do direito natural. Por certo, a inclusão no John Finnis como filósofo analítico não é opinião unânime, mas diversos aspectos de seu pensamento, bem como o fato de ser membro de um círculo de filósofos analíticos da Universidade de Oxford, apóiam esta posição.

Este ressurgimento do direito natural pouco teria a contribuir se não fosse capaz de justificar-se diante das refutações apresentadas por David Hume e os positivistas (principalmente Hans Kelsen), pois a recuperação da credibilidade do Direito Natural depende de uma resposta às contundentes contestações que sofreu no passado. Atento a este problema, antes de tratar da teoria do Direito Natural em si, Finnis dedicou vários capítulos de seus livros, bem como diversos artigos, a diagnosticar e esclarecer as falhas nas críticas céticas ao Direito Natural. Nesta empreitada, a obra de Tomás se revelou de importância fundamental, tendo em vista que, talvez de forma um pouco surpreendente, seus métodos se tornaram compatíveis com a filosofia contemporânea:

O que importa aos tomistas analíticos é, em definitivo, a força argumentativa das teses de Tomás e a sustentabilidade racional delas, uma vez que são justamente o processo argumentativo e o rigor racional que tornam o pensamento de Tomás semelhante ou ao menos compatível com a tradição analítica.¹²⁸

O próximo capítulo, portanto, destina-se a apresentar os argumentos desta polêmica entre Finnis e Kelsen, considerados os maiores expoentes do período contemporâneo das duas correntes antagônicas da teoria do direito. Ao final pretendemos opinar quanto à sustentabilidade racional da argumentação de Finnis e sobre sua classificação como um intérprete legítimo de Tomás ou o criador de uma nova teoria.

3.1. PREMISSAS DA TEORIA DE JOHN M. FINNIS

Neste capítulo apresentamos as premissas do pensamento de John M. Finnis as quais estão pressupostas em sua argumentação contra as objeções céticas e

¹²⁸ MICHELETTI, 2009, p. 23.

objeções dos neo-escolásticos contemporâneos, respectivamente apresentadas nos Capítulos 4 e 6.

Iniciaremos no próximo tópico (3.1.1) apresentando o *status* da metafísica na teoria de Finnis, bem como as devidas considerações implícitas sobre o “bem”, a “ética” e a “razoabilidade prática” empregadas em sua obra.

3.1.1 Uma Ética sem Metafísica: seu sentido e seu limite

Tornou-se lugar comum questionar os pressupostos de um Direito natural já na expectativa de que tal resposta apresentará necessariamente um raciocínio fundado em dados metafísicos, de acordo com um padrão bem definido: “Se X é Y, então deve-se fazer Z”, onde X pode ser uma característica, uma faculdade ou um objeto, Y é um dado metafísico, descrito ontologicamente portanto, e Z a conclusão deontológica e falaciosa (*is/ought problem*). Como já vimos, assim fizeram os estóicos e todos os jusnaturalistas modernos, refutados por David Hume. Apesar de não negar a pressuposição de elementos colhidos na metafísica e na antropologia filosófica, a teoria de Finnis pretende tratar a questão referente à obrigação moral e jurídica (o que legitima a imposição de deveres a terceiros, independentemente ou até contra suas vontades) como autônomas em relação à metafísica, embora admita ele, algumas premissas implícitas dependam da metafísica. Neste sentido, ele comenta:

As a theory of some of the principles of human action, what we offer here presupposes many theses of metaphysics and philosophical anthropology – for example, that human intelligence is irreducible to material realities, that doing and making are irreducible to one another, that human persons and their actions are caused by an uncaused cause, and so on. We defend many such presuppositions elsewhere¹²⁹.

Assim, entre as pressuposições da antropologia filosófica assumidas em sua teoria está a de que seres humanos podem fazer escolhas livres¹³⁰, elemento

¹²⁹ BOYLE, Joseph; FINNIS, John; GRISEZ, Germain. **Practical Principles, Moral Truth & Ultimate Ends**. American Journal of Jurisprudence. Notre Dame Law School: Notre Dame, 1987, p. 100.

¹³⁰ BOYLE, Joseph *et al.*, 1987, p. 100.

considerado central em questões morais¹³¹. A partir disso, Finnis desenvolve uma abordagem sobre duas espécies de bens que constituem os fatores motivadores da ação livre: os bens inteligíveis e os bens sensíveis. A deliberação a respeito das escolhas a serem feitas em uma situação que requer uma ação é o objeto da ética, a qual consiste, portanto, em deliberação sobre os bens a serem atingidos em cada ação. Finnis explica a diferença entre os bens sensíveis e os bens inteligíveis:

Entendimento e sentimento estão, normalmente tão integrados no nosso querer que facilmente podemos ignorar ou mal compreender essa distinção. A diferença é a seguinte: entre o puro querer e o querer algo (para obter, fazer ou ser) relacionado a uma descrição. Podemos discernir essa diferença mesmo em contextos onde isso poderia ser facilmente ignorado, em contextos em que um simples e não refletido querer parece ser fundamental ou autossuficiente: digamos, querer beber algo. Mesmo aqui há uma real diferença entre, de um lado, a experiência da sede, e, de outro lado, o pensar que seria bom ter uma bebida e, por isso, pegar um copo para dele beber, de modo a tomar uma bebida (em vez de analisar o gosto da água que está aqui ou para fazer uma afirmação filosófica ou para manter minhas cordas vocais lubrificadas para falar em público ou para que eu não sinta sede mais tarde...).

Os bens sensíveis, relativos aos desejos de cada indivíduo, estão excluídos de uma definição da virtude moral. Só os bens inteligíveis interessam e eles não dizem respeito a especulações sobre a natureza humana ou sobre a vontade de Deus. Isto faz com que Finnis afirme que sua teoria não pode ser classificada nem como deontológica nem teleológica. Diferentemente das teorias teleológicas, ele afirma, sua teoria mostra por que existem normas morais absolutas¹³³. Diferentemente das teorias deontológicas – exemplificada com a teoria de Kant, que tentou derivar normas morais a partir da liberdade, assim como aquelas teorias que pretendem fundar a moralidade na vontade de Deus e no seu *status* de legislador supremo, excluindo as determinações impostas por desejos naturais como alheios à moralidade – Finnis nega que a razão prática ou a vontade sejam uma fonte constituinte da moralidade. Assim, em face das teorias deontológicas afirma que verdades morais direcionam as escolhas em busca de ações que tendem a

¹³¹ A rejeição do livre arbítrio conduz em Direito Penal, por exemplo, aos postulados da Escola Positiva, formada por Enrico Ferri e Cesare Lombroso. Uma de suas conseqüências é que a pena perde sua finalidade ressocializadora e se resume a neutralizar o criminoso. Outra conseqüência é que a pena se insurge contra a pessoa do réu (Direito Penal do autor) e não contra a conduta por ele realizada (Direito Penal do fato), característica do Direito Penal contemporâneo.

¹³² FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 45.

¹³³ Como por exemplo, jamais usar da violação a um bem humano básico como meio para satisfazer outro bem humano básico.

satisfazer desejos naturais¹³⁴. Assim, embora alguns bens (objetos das escolhas) sejam meramente sensíveis (relativos ao apetite de cada um) existem outros, os inteligíveis, que não só servem como orientação em assuntos morais, mas admitidamente satisfazem desejos naturais.

Mas como é possível uma deliberação sobre os bens humanos sem o recurso a uma metafísica ou a antropologia filosófica ou à teologia? E ainda, como ela é possível, sem incorrer no *is/ought problem* ou na falácia naturalista? Aqui reside, em nossa opinião, uma das mais interessantes e importantes contribuições de Finnis ao debate sobre ética na contemporaneidade.

Aristóteles na *Ética a Nicomaco* faz uma distinção entre o “prático” e o *theoretike*, traduzido na Idade Média como *speculativa*¹³⁵. A distinção não é perfeita, segundo Finnis, porque a filosofia prática é dirigida à ação de forma muito vaga, na verdade de modo teórico: a rigor é diferente o ato de investigar bens humanos básicos e regras gerais para o reto agir daquele ato de efetivamente agir. Não obstante, Finnis considera pertinente manter a distinção porque “ela é uma testemunha da consciência antiga da distinção básica entre ‘ser’ e ‘dever ser’”¹³⁶ (sem grifos no original). Em outras palavras, a distinção entre razão teórica e razão prática seria a prova de que Aristóteles e Tomás estavam cientes de que cada espécie de conclusão no silogismo lógico possui premissas próprias: conclusões descritivas requerem premissas descritivas, assim como conclusões normativas requerem premissas normativas¹³⁷. Isto fica ainda mais evidente quando Aristóteles descreve uma analogia entre os objetos da razão prática e da razão especulativa:

Lo que en el pensamiento son la afirmación y la negación, son, em el deseo, la persecución y la huida; así, puesto que la virtud ética es um modo de ser relativo a la elección, y la elección es um deseo deliberado, el razonamiento, por esta causa, debe ser verdadero, y el deseo recto, si la elección há de ser buena, y lo que (la razón) diga (el deseo) debe perseguir. Esta clase de entedimiento y de verdad son prácticos. La bondad y la maldad del entendimiento teoretico y no práctico ni creador son, respectivamente, la verdad y la falsedad (pues ésta es la función de todo lo intelectual); pero el

¹³⁴ BOYLE, Joseph, et al., 1987, p. 100.

¹³⁵ FINNIS, 1980, p. 20.

¹³⁶ Ibid., p. 20.

¹³⁷ Este será um dos argumentos empregados para mostrar que o Direito natural clássico não incorre no *is/ought problem* e nem na falácia naturalista. Tais filósofos não extraíram conclusões normativas de premissas descritivas porque preliminarmente já haviam salientado a diferença de premissas entre o silogismo teórico e o silogismo prático.

objeto próprio de la parte intelectual y práctica, a la vez, es la verdad que está de acuerdo com el recto deseo¹³⁸.

Tomás, assimilando a ética aristotélica, ao investigar a quantidade de preceitos na lei natural, esclarece em certo trecho:

[...] os preceitos da lei da natureza se tem em relação à razão prática como os princípios primeiros das demonstrações se tem em relação à razão especulativa: uns e outros são princípios conhecidos por si. [...]
Com efeito, o que por primeiro cai na apreensão é o ente, cuja inteligência está inclusa em todas aquelas coisas que alguém apreende. E assim o primeiro princípio indemonstrável é que “não se pode afirmar e negar ao mesmo tempo”, que se funda sobre a razão de ente e não ente, e sobre esse princípio todas as outras coisas se fundam, como se diz no livro IV da Metafísica. Assim como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem¹³⁹.

Jean-Marie Aubert comenta:

É graças a um paralelismo entre a ordem das verdades teóricas e a das ações a realizar que Sto. Tomás determina o funcionamento da lei natural. Em ambos os casos, há no ponto de partida princípios evidentes [...], axiomas evidentes e indemonstráveis, pois ligados à percepção do ser, objeto da inteligência, no caso das verdades teóricas; preceitos primeiros, evidentes para a razão prática, pois estreitamente ligados à percepção do ser descobrindo a riqueza de seu conteúdo em seu sinônimo que é o bem desejável. Assim, o papel que desempenha o princípio de identidade na ordem do conhecimento teórico é também aquele que desempenha o preceito primeiro da ordem moral (fazer o bem, evitar o mal)¹⁴⁰.

Tomás de Aquino enunciou o primeiro princípio da razão prática na famosa expressão “o bem deve ser perseguido e feito e o mal, evitado”. Assim como os princípios da razão teórica (identidade, não contradição e terceiro excluído), o primeiro princípio da razão prática é autoevidente e indemonstrável. A partir dele, os tomistas tradicionais pretendem identificar o “bem” ali expresso através da metafísica da natureza humana ou da vontade divina o que acaba por remeter o raciocínio a uma premissa anterior não mencionada, incorrendo flagrantemente no *is/ought problem*. No entanto, Finnis sustenta que Tomás, ciente da distinção razão prática e razão teórica, estava diagnosticando tais bens não através da especulação metafísica, mas a partir de uma outra forma de análise, que emprega uma

¹³⁸ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*. Madrid: Gredos, 2008, p. 271.

¹³⁹ AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. IV. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 77.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 78.

visualização do ser a partir do “seu interior”, quer dizer, colocando-se no lugar do próprio objeto. Finnis explica assim:

Tomás considera que o raciocínio prático começa não por entender essa natureza pelo lado de fora, por assim dizer, por meio de observações e juízos psicológicos, antropológicos ou metafísicos que definem a natureza humana, mas por experimentar a nossa própria natureza, por assim dizer, pelo lado de dentro, sob a forma de nossas próprias inclinações. A pessoa não julga que ‘tem [ou todos tem] a inclinação de descobrir a respeito das coisas’ e depois infere que, portanto ‘o conhecimento é um bem a ser buscado’. Pelo contrário, por meio de um simples ato de entendimento não-inferencial, a pessoa apreende que o objeto da inclinação que ela experencia é um caso particular de uma forma geral de bem, para si mesma (e outros como ela).¹⁴¹

Neste sentido, observe-se que bens como “casamento”, “conhecimento” e “relação com Deus” ou “religião” não são características do ser humano cognoscíveis através da metafísica ou da antropologia filosófica: são, nas palavras de Finnis, “oportunidades” (*opportunities*) que o ser humano possui para realizar em suas ações. Estas oportunidades são fins, mas não no sentido da causa final da metafísica aristotélica. São fins no sentido de finalidades de todas as ações humanas. Descobrimos tais coisas não pela análise exterior dos seres, mas experimentando nossa própria existência.

Finnis identifica sete bens humanos básicos: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade (amizade), razoabilidade prática e religião¹⁴². Outros bens podem ser considerados, mas Finnis sustenta que serão apenas modos ou combinações de modos de se buscar os bens básicos citados¹⁴³.

Mas a ética não trata da identificação dos bens básicos. Tomás, de acordo com Finnis, não incorrerá na falácia naturalista sustentando apressadamente que, e.g., “o casamento é um bem e portanto deve ser perseguido e feito”. Pois a ética é uma deliberação sobre meios e não sobre fins. Isto significa que os bens humanos básicos não possuem status moral, como frequentemente se supõe: eles são “pré-morais”. O *status* moral de uma ação só virá à tona na situação concreta – pois a ética é prática – quando a ação for avaliada em face dos requisitos da razoabilidade prática. A título exemplificativo: que o casamento é um bem, não decorre que ele deve necessariamente ser feito. Podem ocorrer hipóteses em que o casamento não é aconselhável, assim como hipóteses em que expor-se a um risco (contra o bem da

¹⁴¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2007, p. 45.

¹⁴² *Ibid.*, p. 91/95.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 95.

vida) pode ser necessário (moralmente necessário). Valorar uma ação como moral ou imoral é avaliar o caso concreto em face dos princípios razoabilidade prática. Assim, “moralidade, para Tomás de Aquino, é a plenitude da razoabilidade, da bondade e da natureza humana”¹⁴⁴.

Sendo assim, a razoabilidade prática, ela própria um bem humano básico, é um bem que orienta a escolha nas ações concretas, desdobrando-se nos seguintes princípios¹⁴⁵: (1) um plano coerente de vida (Finnis cita John Rawls: “ver nossa vida como um todo, as atividades de um sujeito racional desdobradas no tempo), ou seja, não viver “atendendo a anseios imediatistas, fazer planejamentos a longo prazo, “pensar no futuro” etc); (2) não ter preferências arbitrárias por valores (não negligenciar nenhum bem básico em detrimento exclusivo de outro); (3) não ter preferências arbitrárias por pessoas; (4) despreendimento e compromisso (“não há uma boa razão para adotar uma atitude para com qualquer dos objetivos particulares a tal ponto que, se um projeto fracassa e o objetivo não é alcançado, ela considere que sua vida ficou sem sentido”); (5) relevância das conseqüências (realizar o bem – em sua própria vida e na dos outros – por “meio de ações que sejam eficientes para seus propósitos. A pessoa não deve desperdiçar suas oportunidades usando métodos ineficientes. As ações dela devem ser julgadas por sua eficácia [...]”); (6) respeito por cada valor básico em cada ato (“não escolher realizar qualquer ato que em si não faz outra coisa além de danificar ou impedir a realização ou participação em qualquer uma ou em mais de uma das formas básicas de bem humano”).

O homem que emprega a razoabilidade prática em suas ações atinge a “plenitude de bem-estar” disponível ao ser humano nesta vida. Segundo Finnis,

[...] é o “spoudaios (homem maduro) de Aristóteles, sua vida é eu zen (viver bem) e, a menos que as circunstâncias estejam contra ele, nós podemos dizer que tem a eudaimonia (bem estar ou florescimento inclusivo ilimitado – traduzido incorretamente como ‘felicidade’) de Aristóteles. Mas, em terceiro lugar, as formas básicas do bem são oportunidades do ser, quanto mais um homem participa delas, mais ele é o que ele pode ser. E, para esse estado de ser plenamente o que se pode ser, Aristóteles destinou a palavra *physis*, que foi traduzida para o latim como *natura*. Então, Tomás de Aquino irá dizer que esses requisitos são requisitos não apenas da razão, e da bondade, como também (por implicação) da natureza (humana).¹⁴⁶

¹⁴⁴ FINNIS, 2007, p. 131.

¹⁴⁵ Ibid., p. 109/127.

¹⁴⁶ Ibid., p. 107/108.

Daí Finnis afirmar que a ética não é uma deliberação sobre fins (a mera identificação dos bens básicos e a derivação falaciosa de um dever) mas uma deliberação sobre meios.

Esta teoria será acusada pelos tomistas tradicionais de ignorar o fato de que os bens humanos básicos, no sistema tomistas, são, assim como todas as coisas, criação divina e portanto, desejados por Deus. Isto é verdade, mas acreditamos ser perfeitamente possível afirmar, considerando os argumentos de Finnis, de que Tomás considerava uma tal questão como especulativa, concernente à razão teórica e que nada tem a ver com a deliberação em ética. Que Deus quer o bem humano é uma verdade teológica, e que Deus é a origem de todas as coisas é uma verdade disponível à razão natural, embora não auto-evidente, segundo Tomás. No entanto, a vontade divina é irrelevante na deliberação sobre as escolhas a serem feitas em cada ação concreta.

Finnis considera perfeitamente possível separar a filosofia de Tomás de sua teologia¹⁴⁷, considerando as distinções que este apresenta logo na abertura de suas grandes sínteses teológicas, a Suma Contra os Gentios e a Suma Teológica. Nestas obras, Tomás sustenta a existência de três níveis de verdade:

- a) Aquelas verdades que são acessíveis pela razão natural, entre elas as verdades práticas a respeito do bem do mal, do certo e do errado;
- b) Aquelas que, acessíveis pela razão natural, ainda são confirmadas e esclarecidas pelas Sagradas Escrituras, na forma de mandamentos ou concluídos inferencialmente das obras e feitos de Cristo;
- c) Aquelas que são divinamente reveladas e não poderiam ter sido descobertas pela razão natural ou filosóficas, embora uma vez reveladas possam ser esmiuçadas pela reflexão filosófica (e.g. a santíssima trindade).

Nesta toada, as posições filosóficas na ética e política (que envolvem também o Direito) pertencem às categorias “a” e “b”. Estas categorias não contemplam a especulação sobre o fim último do ser humano, que reside no categoria “c”. Isto significa que, segundo Finnis, o Direito pode ser fundamentado em Tomás sem qualquer apelo à existência de Deus (teologia) e mesmo sem qualquer apelo à

¹⁴⁷ FINNIS, John Mitchell. **Direito Natural em Tomás de Aquino** – Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 28.

metafísica. Mas isto não é um tipo de raciocínio exclusivo da sua teoria, segundo ele próprio: ciências da saúde, por exemplo, tratam dos deveres profissionais à luz dos bens humanos sem a necessidade de se recorrer à teologia. Por exemplo: que a odontologia deve cuidar da saúde bucal, e preservar a finalidade da mastigação, é uma verdade sem a qual a odontologia deixaria de existir. No entanto, ela não precisa invocar Deus para provar que a mastigação é seu desejo e assim legitimar-se como útil ao ser humano. Evidentemente que um tal raciocínio, a título especulativo pode ser feito, mas ele não é condicionante da prática. Da mesma forma no Direito: que Deus queira o bem humano, que o indivíduo adquira conhecimento e amigos, é irrelevante para se reconhecer tais coisas como boas, ainda que, metafisicamente e teologicamente, assim o seja. Como se vê, a razão prática pode trabalhar de forma independente da metafísica e da teologia. Esta premissa repercute diretamente no tratamento fornecido ao *is/ought problem* distinguindo a abordagem de Finnis dos tomistas tradicionais, que consideram a filosofia de Tomás subordinada a sua teologia e metafísica, como veremos adiante.

3.1.2 Método e Verdade

É a partir das teorias de Thomas Nagel¹⁴⁸ e David Wiggins¹⁴⁹ que Finnis constrói sua abordagem sobre método e verdade em questões éticas.

Nagel tem argumentado que o método científico de abstração do observador individual em busca de uma objetividade ou neutralidade priva o cientista de uma visão mais adequada de certos objetos, pois “não é toda coisa que é mais bem compreendida quanto mais objetivamente (no sentido de neutralidade ou avaloratividade para usarmos os termos de Max Weber) ela seja visualizada”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Filósofo americano contemporâneo. Se dedica ao estudo da filosofia da mente, ética e política. Tem algumas obras traduzidas para o português e publicadas no Brasil: “Uma breve introdução à Filosofia”. Martins Fontes, 2001; “Que quer dizer tudo isto?” Gradiva, 1995; “A última palavra”. Gradiva, 1999 e “Visão a partir de lugar nenhum”. Martins Fontes, 2004.

¹⁴⁹ Filósofo britânico contemporâneo. Se dedica ao estudo da metafísica, filosofia moral, lógica e meta-ética. Não tem nenhuma obra publicada no Brasil.

¹⁵⁰ NAGEL, Thomas. The Limits of Objectivity, in Sterling McMurrin (Ed.) The Tanner Lectures on Human Values 1980 (University of Utah, Salt Lake City, and CUP, Cambridge and London: 1980), p. 78. In: FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 62.

Particularmente em questões éticas, o método científico objetivo, fundamental nas ciências naturais, acaba obscurecendo e bloqueando a possibilidade de um conhecimento verdadeiramente objetivo porque incapacita o observador de contemplar a experiência prática, elemento essencial e decisivo segundo Aristóteles e Tomás de Aquino. Dito de outro modo: incapacita o observador de assumir a posição do sujeito observado. Nagel tratou do assunto, informa-nos Finnis, em um artigo intitulado “Como é ser um morcego?”, no qual destaca que, embora não compartilhemos das experiências de todas as criaturas, o mesmo não pode ser afirmado em relação às nossas próprias experiências subjetivas, que não são completamente privadas. Segundo Nagel, “podemos conhecer qual é a qualidade das experiências de cada um de nós”¹⁵¹. Ainda que tais elementos sejam mesmo subjetivos, afirmar que eles não teriam lugar no mundo (como resulta do método objetivo) seria, paradoxalmente, carecer de objetividade¹⁵². Daí que a objetividade em Ética requer necessariamente, ao contrário das ciências naturais, a inclusão da experiência individual como fonte de conhecimento e discernimento daquilo que é razoável ou não, pois definir a razoabilidade dos atos é a própria essência da Ética. Finnis então recusa o emotivismo de Hume nestes termos:

[...] não podemos separar o significado de ‘bem’ e de ‘bem-estar’ da noção de ‘ter interesse em algo’. Isso porque não podemos separar a noção de bem da noção daquilo pelo qual nós, inteligentemente, nos interessamos (aquilo que favorecemos, promovemos...). No entanto, aquilo que é do meu interesse certamente não pode ser suficientemente determinado por meio da pergunta sobre o que eu, por acaso, venho a me interessar (desejar, almejar...). A questão decisiva sempre se apresenta como sendo o que é inteligente que venha a ser assumido como interessante. Não há nenhum interesse (desejo...) que esteja imune a essa pergunta. Nesse sentido, não há nenhuma razão para supor que a resposta a essa pergunta seja fornecida pelos desejos (mesmo pelos ‘desejos normais’) ou sentimentos [...]. Então, não há nenhuma razão para negar a objetividade – i.e., a inteligibilidade, a razoabilidade e a verdade... – de afirmações sobre o que constitui o bem-estar de alguém.¹⁵³

Por sua vez, a objetividade, compreendida como “fundamentalmente, uma questão de raciocínio em direção à verdade”, se assenta sobre as investigações conduzidas por David Wiggins. Finnis resume a posição de Wiggins que ele próprio endossa em “cinco truísmos sobre a verdade”:

¹⁵¹ NAGEL, Thomas. *The Possibility of Altruism*. Clarendon Press, Oxford: 1970, p. 91. Citado por FINNIS, John. In **Fundamentos de Ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 63.

¹⁵² FINNIS, 2012, p. 63.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 64.

(i) a verdade é a propriedade com a qual frases declarativas devem normalmente ser formuladas com o intuito de possuir esse traço (ii) [...] sob condições favoráveis de investigação [...] haverá uma tendência para que se reduza o desacordo e para que se imponha o consenso entre os investigadores (iii) toda declaração que carece de veracidade, carece do seu meio independente de o interlocutor reconhecê-la, e toda declaração que é verdadeira possui a verdade de modo independente tanto dos meios de o interlocutor reconhecê-la quanto da sua intenção de formular tal declaração, [...] (iv) toda frase verdadeira é verdadeira em virtude de algo que é de algum modo (mesmo que indiretamente) acessível tanto para o falante, quanto para o intérprete, (v) toda frase verdadeira é compatível, *i.e.*, coassertiva [co-assertible], com todas as outras frases verdadeiras.¹⁵⁴

Estas asserções não parecem conflitar com a concepção de Tomás de Aquino em que a verdade é definida como a adequação entre a coisa e o intelecto. Não obstante as críticas cabíveis a tal definição, a posição de Finnis é que enquanto atua no âmbito prático, a razão humana não pode operar independentemente da confiança na sua capacidade de conhecer as coisas, o que desloca a discussão sobre a verdade para a especulação metafísica e restringe a questão prática para um ponto muito restrito, que pode ser resumido na pergunta “o que fazer?”. Ao decidir o que fazer, até mesmo o mais radical dos cétricos estaria necessariamente aceitando pelo menos algum grau de confiabilidade na sua capacidade de discernir a verdade concernente aos objetos de sua ação. Esta construção levará Finnis a tratar a ética como preliminar à ontologia, pelo menos enquanto o sujeito atua no *modus operandi da razão prática*.

3.1.3 Bem e Natureza Humana: a Ética como preliminar à Ontologia

Contra aqueles que sustentam que a metafísica é preliminar à Ética - e aqui nos referimos tanto aos cétricos como David Hume e Hans Kelsen que apresentam essa tese como um erro de toda teoria jusnaturalista, quanto os tomistas tradicionais que acreditam ser esta uma premissa evidente ou necessária – Finnis sustenta uma interpretação do pensamento de Aristóteles no qual se faz uma distinção entre o cognoscível no plano epistemológico e o cognoscível no plano ontológico. A Ética,

¹⁵⁴ FINNIS, 2012, p. 65.

cujo objeto de estudo consiste nos atos humanos, requer por sua vez o conhecimento do objeto destes atos (as finalidades dos atos). E este conhecimento não é atingido pela inferência através de um inventário colhido em estudos antropológicos ou metafísicos dos atos humanos:

[...] o estudo sobre a natureza de um ser, para Aristóteles, é um estudo sobre as potencialidades e as capacidades daquele ser. E Aristóteles possui um princípio metodológico que contradiz a visão de Adler de que os bens humanos devam ser entendidos por meio da referência a um inventário dos desejos humanos 'inerentes'. A ordem do entendimento explicativo, para Aristóteles, é exatamente a contrária: potencialidades ou capacidades são compreendidas quando se compreendem os seus atos (atualizações) correspondentes; e atos ou atualizações devem ser, por sua vez, compreendidos por meio do entendimento dos seus objetos.¹⁵⁵

Dito de uma forma talvez mais clara:

Na ordem ontológica, sem dúvida, “a essência da alma firma-se nas potências, as potências firmam-se nos atos e os atos firmam-se no conhecimento dos objetos”. No entanto, se você perguntar como viemos a conhecer a essência ou a natureza humanas, a ordem será aquela afirmada pelo próprio Aristóteles: a pessoa deve, primeiro, conhecer os objetos e, com isso, pode-se plenamente, conhecer as características dos atos humanos e, com isso, as potencialidades humanas e, por fim, a essência e natureza humanas. E os objetos (iv) dos atos humanos são bens inteligíveis que fazem sentido para alguém que está escolhendo o que fazer... Epistemologicamente, (o conhecimento) da natureza humana não é a “base da Ética”; na verdade, a Ética é uma preliminar indispensável para o pleno e bem fundado conhecimento da natureza humana. O que alguém pode e deve dizer sobre a natureza humana, como o resultado dos seus questionamentos éticos, não é mero argumento retórico adicional; ela encontra seu lugar na consideração sóbria e factual sobre o que é ser um ser humano.¹⁵⁶

Tal posicionamento parece advogar um intuicionismo ético¹⁵⁷ ou de que a Ética fornece todas as respostas para a questão sobre a natureza humana. No

¹⁵⁵ FINNIS, p. 20.

¹⁵⁶ Ibid., p. 21.

¹⁵⁷ Edward Moore contesta o intuicionismo ético nos seguintes termos: “A visão intuicionista da Ética consiste na suposição de que certas regras, estabelecendo que certas ações precisam sempre ser executadas ou omitidas, podem ser tomadas como premissas auto-evidentes. Tenho mostrado com respeito aos julgamentos do que é bom em si mesmo, ser este o caso; nenhuma razão pode lhes ser dada. Mas é da essência do intuicionismo supor que regras de ação – afirmações não do que deve ser, mas do que devemos fazer – são no mesmo sentido intuitivamente certas. Plausibilidade foi concedida a esta visão pelo fato de que fazemos, indubitavelmente, julgamentos imediatos de que certas ações são obrigatórias ou erradas: estamos, assim, freqüente e intuitivamente certos de nosso dever, em um sentido psicológico. Porém, ainda assim, estes julgamentos não auto-evidentes e não podem ser tomados como premissas éticas, uma vez que, como foi agora demonstrado, são capazes de ser confirmados ou refutados por uma investigação de causa e efeito” [MOORE, George Edward. **Principia Ethica**. São Paulo: Ícone, 1998, p. 235]. Parece-nos que esta crítica não atinge de forma alguma a teoria de Finnis porque a autoevidência invocada no intuicionismo ético descrito por Moore concerne ao próprio julgamento do certo e errado na conduta humana. A autoevidência na teoria de Tomás e Finnis tem uma incidência muito mais restrita: diz respeito apenas aos primeiros princípios da razão prática e que, por definição, são “pré-morais”. Julgamentos de certo e errado, moral e imoral

entanto, esta objeção pecaria por um simplório *reductio ad absurdum*. Finnis pretende sustentar tão somente uma interdependência mútua entre Ética e o que poderíamos talvez chamar de antropologia filosófica:

Há pois uma interdependência mútua, mesmo que não tão simétrica, entre o projeto de descrição dos interesses humanos por meio de uma teoria e o projeto de avaliar as opções humanas, tendo em vista, mesmo que remotamente, a ação razoável e correta. [...] As descrições não são deduzidas a partir das avaliações; no entanto, sem as avaliações ninguém consegue determinar quais descrições são, verdadeiramente, esclarecedoras e significativas¹⁵⁸.

Daí afirmar que “a Ética não é deduzida ou inferida da metafísica nem da antropologia. No entanto, uma metafísica ou uma antropologia equivocada irá bloquear o entendimento reflexivo sobre o modo pelo qual alguém participa dos bens humanos”¹⁵⁹. Roberto Andorno comenta:

En el plano epistemológico, del conocimiento, la naturaleza humana no es la base de la ética, sino que, por el contrario, la ética es previa al conocimiento pleno de la naturaleza humana. Nos colocamos aquí en la perspectiva del individuo que conoce el bien a hacer o el mal a evitar. En esta óptica, Finnis sostiene que primero conocemos los bienes y luego la naturaleza humana [...] ¹⁶⁰

Isto levará Finnis a concluir que os bens humanos, finalidades dos atos cognoscíveis de forma completa somente através da experiência de ser um ser humano, são elementos condicionantes para o conhecimento acerca da natureza humana:

Llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, y a éstas a través de sus actuaciones, las que a su vez conocemos por medio de sus objetos ... que son precisamente los bienes humanos. Por tanto, un adecuado conocimiento de la naturaleza humana se deriva de nuestro conocimiento práctico e inderivado (*per se notum*) de los bienes humanos¹⁶¹

serão posteriores à definição dos primeiros princípios autoevidentes e requerem os postulados da *prudentia* (Tomás) ou razoabilidade prática (Finnis). Justamente por não serem os julgamentos morais autoevidentes é que se fará necessário, e.g. a criação da lei humana positiva.

¹⁵⁸ FINNIS, 2007, p. 31.

¹⁵⁹ FINNIS, 2012, p. 21.

¹⁶⁰ ANDORNO, Roberto. **El Paso Del "Ser" Al "Deber Ser" En El Pensamiento Iusfilosófico De John Finnis** Disponível em: < <http://dadun.unav.edu/handle/10171/12884> > Acesso em 2 de Maio de 2015. p. 15.

¹⁶¹ FINNIS, John, **Natural inclinations and natural rights: deriving "ought" from "is" according to Aquinas**, in Lex et Libertas, *Studi Tomistici*, 30, Ciudad del Vaticano, Pontificia Accademia di S. Tommaso, 1987, p. 46.

Segundo Finnis, Tomás em diversos momentos fornece apoio a esta tese, como por exemplo:

[...] em seu prólogo ao seu comentário à Ética de Aristóteles, Tomás de Aquino ensina que o conhecimento das coisas que são o que são independentemente do nosso pensamento (isto é, por natureza) é fundamentalmente distinto tanto do conhecimento lógico, quanto do prático, do qual uma das duas espécies é a *philosophia moralis* [...] ¹⁶²

Tais considerações fornecem as bases para o raciocínio de Finnis segundo o qual Aristóteles e Tomás de Aquino não incorreram em falácias lógicas pois estavam cientes não só da distinção entre razão prática e teórica, mas sim a respeito da própria primazia que a ética desfruta em relação à metafísica. Ainda que se falar em primazia talvez não seja muito adequado, pois sugere uma independência radical, tornando-se mais correto se falar em uma interdependência mútua, nos termos de Finnis, o fundamento da obrigação, neste esquema, restará sim completamente independente de uma metafísica ou de uma teologia.

Diante de tais preceitos, a noção de natureza em Tomás – segundo Finnis – é mais pertinente à metafísica e não à filosofia prática. Quando se pergunta, portanto, qual o fundamento de um bem ou qual a causa eficiente das finalidades inerentes ao ser, Finnis não hesitaria em afirmar que, em Tomás, remete-se a uma metafísica. Mas tais perguntas estão fora do âmbito da razão prática e assim, são irrelevantes na definição da obrigação jurídica ou na discussão de questões éticas. Mas então o que significa o “natural” em “Direito natural” ou “lei natural” no pensamento tomista? Significa – não uma apelo à razão especulativa – mas tão somente o racional, isto é, em termos de razão prática, a razoabilidade das escolhas que definem as ações: “Una de lãs manifestaciones de que lá filosofia práctica no puede ser acusada de ‘naturalismo’ seria, para Finnis, el hecho de que en su argumentación el criterio de la medida de la bondad o maldad de lãs acciones no es de lo natural, sino, normalmente, el de lo racional” ¹⁶³

Qualquer outra definição que remeta à especulações ontológicas ou teológicas não é, obviamente, recusada por Tomás (e nem por Finnis), mas é preciso ter em mente que dentro do *modus operandi* da razão prática, tais questões

¹⁶² FINNIS, 2007, p. 36.

¹⁶³ GARCIA-HUIDOBRO, Joaquín; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. **Finnis y Grisez ante El Argumento de La Facultad Pervertida.** Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015.

não são cabíveis. Segundo tal tese, ao discorrer sobre ética, Tomás não se apoiava em dados empíricos sobre natureza humana, mas sobre princípios da razão prática auto-evidentes:

Santo Tomás não assentou a teoria do Direito Natural na natureza humana em suas manifestações empíricas, mas sim no que veio a designar, ele, Finnis, de “princípios da razão prática”. A diferença crucial é que esses princípios, longe de estarem calcados em deduções de algum fato encontram suporte na “auto-evidência”. Auto-evidência porque, para alcançá-los é suficiente que se use a razão para acedê-los pelo intelecto, de tal modo que sequer cobriam demonstração posterior.¹⁶⁴

A autoevidência dos primeiros princípios da razão prática, que pretendem afastar completamente a necessidade da especulação metafísica, merece uma análise mais detalhada. Até porque ela também atua como premissa de uma das críticas de Finnis contra o ceticismo de Kelsen.

3.1.4 Autoevidência dos Primeiros Princípios da Razão Prática

De acordo com Finnis, seguindo o pensamento de Tomás, os primeiros princípios da razão prática são autoevidentes. Esta premissa do raciocínio ético demanda uma série de esclarecimentos, pois

Hoje em dia, a alegação de que algo é evidente por si mesmo é geralmente mal entendida pelos filósofos. Eles pensam que qualquer alegação dessas ou afirma ou pressupõe que o critério de verdade do princípio, da proposição ou do fato supostamente evidente por si mesmo é a *impressão* de certeza que a pessoa tem a respeito dele. Esse é de fato um mal entendido.

Observe-se que Finnis não pretende fundar a ética em uma investigação metafísica sobre as qualidades do ser humano nem sobre uma experiência científica que imponha as diretrizes naturais do homem. Os primeiros princípios da razão prática também não são axiomáticos, morais, nem princípios costumeiramente utilizados em teorias deontológicas ou teleológicas do Estado ou do Direito, como “justiça”, “liberdade”, “igualdade” ou “bem estar geral”.

¹⁶⁴ SGARBI, Jan/dez 2007, p. 661/689.

Ao invés de começar por princípios abstratos que conduzam o raciocínio na construção da teoria da lei, como se está acostumado a proceder em diversas teorias modernas, Tomás apresenta, preliminarmente, aquilo que seria uma espécie de listagem das hipóteses de bens ofertados pela natureza humana. Estes bens devem ser compreendidos em linguagem contemporânea como “oportunidades”, isto é, faculdades de realizações que a natureza disponibiliza ao ser humano. Tais bens não foram detalhadamente abordados por Tomás, que apenas os apresentou genericamente. Finnis tratou de apresentá-los como uma listagem pretensamente exaustiva: vida, matrimônio, razoabilidade prática, busca pelo conhecimento, vida em amizade e sociedade e religião.

Importante destacar que não há aqui ainda qualquer juízo valorativo: os “bens” apresentados na forma de uma lista, não são bens em sentido moral, como em oposição a “mal”. São inicialmente considerados apenas sob o aspecto de uma oportunidade objetiva de realização, da mesma forma como na linguagem jurídica corrente falamos em “bens imóveis” e “bens móveis”. Uma vez que não existe conduta sem finalidade racional, a lei natural começa por elencar todas as finalidades disponíveis para um ser humano “realizar” ou “participar”. A título exemplificativo se pudéssemos fazer uma lei natural dos animais¹⁶⁵, começaríamos por conceituar cada animal – que inclui naturalmente as finalidades de cada ser – elencando as finalidades da sua conduta disponibilizadas pela natureza: para um pássaro, talvez disséssemos que seus bens básicos seriam a vida, o acasalamento, o “canto” e o voo. Assim, os bens básicos constituem todas aquelas finalidades que a natureza disponibiliza ao ser como oportunidades de realização. É uma descrição objetiva das potencialidades práticas daquela criatura. Portanto, não são ainda “morais”, são “pré-morais”. Dito ainda de outro modo, poderia-se afirmar que não é possível imaginar uma conduta humana que não se destine a preservar/garantir o bem da vida, do casamento, do conhecimento, da amizade/sociedade ou da religiosidade. Finnis não nega que talvez existam outros bens, mas sustenta que a sua lista apresenta aqueles que com mais propriedade podemos denominar de

¹⁶⁵ A rigor uma lei natural para animais em São Tomás é um contrassenso que aqui nos permitimos para fins “didáticos”. “Lei natural” é a participação da criatura racional na Lei Eterna, pois somente o ser dotado de razão pode compreender as finalidades dos seres. No reino animal impera o determinismo (AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. IV. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 531), ou seja, os animais não são livres para contrariar aquela parte da Lei Eterna que a eles se destina. Naquela parte destinada ao homem, a participação na Lei Eterna se dá pela descoberta através da razão e a sua realização, conforme a vontade humana. Esta parte, descoberta pela razão, é pois, a Lei Natural.

“básicos” pois podem absorver como gênero quaisquer outras finalidades da ação humana que possamos imaginar.

Mas se a autoevidência dos primeiros princípios da razão prática não concerne à uma impressão de certeza, então, a que concerne? Concerne a uma condição sem a qual torna-se impossível qualquer discurso em matéria prática, assim como os primeiros princípios da razão especulativa estão implícitos em qualquer juízo descritivo. A analogia, mais uma vez, é do próprio Tomás:

Com efeito, o que primeiro cai na apreensão é o ente, cuja intelecção está inclusa em todas aquelas coisas que alguém apreende. E assim o primeiro princípio indemonstrável é que “não se pode afirmar e negar ao mesmo tempo”, que se funda sobre a razão de ente e não ente, e sobre esse princípio todas as outras coisas se fundam, como se diz no livro IV da Metafísica. Assim como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem. E assim o primeiro princípio da razão prática é o que se funda sobre a razão de bem que é “bem é aquilo que todas as coisas desejam”. Este é pois, o primeiro princípio da lei, que o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado¹⁶⁶.

Há dois sentidos em que se afirma que algo é autoevidente, que Tomás denomina como “por si” e “quanto a nós”:

[...] os preceitos da lei da natureza se tem em relação à razão prática como os princípios primeiros das demonstrações se tem em relação à razão especulativa; uns e outros são princípios conhecidos por si. Diz-se, porém, que algo é por si mesmo conhecido de dois modos: de um modo, em si; de outro modo, quanto a nós. Em si, certamente se diz conhecida por si mesma aquela proposição da qual o predicado é da razão do sujeito, acontece que ao que ignora a razão do sujeito, tal proposição não seria conhecida por si mesma. Como esta proposição “o homem é racional” é por si mesma conhecida segundo sua natureza, porque quem diz homem, diz racional; entretanto, ao que ignora o que é homem, tal proposição não é conhecida por si mesma. E daí que, como afirma Boécio, algumas são dignidades ou proposições conhecidas por si mesmas de modo comum a todos, e tais são aquelas proposições cujos termos são conhecidos de todos como “Qualquer todo é maior que sua parte” e “Aquelas coisas que são iguais a uma terceira são entre si iguais”.¹⁶⁷

Mas, “apreender um princípio prático, não é exatamente como entender um princípio da lógica, ou a matemática ou a física”¹⁶⁸, as quais também se utilizam de axiomas. E isso decorre justamente do caráter prático da Ética.

¹⁶⁶ AQUINO, 2002, p. 562.

¹⁶⁷ Ibid., p. 562.

¹⁶⁸ FINNIS, 2007, p. 78.

Tomemos como exemplo o princípio prático da busca pelo conhecimento, decorrente da assimilação da verdade como o bem da inteligência. Não existe na Ética uma dedução ou esquema silogístico a partir da observação empírica dos seres humanos enquanto espécie para daí se concluir que o conhecimento é um princípio da razão prática¹⁶⁹. O que ocorre é simplesmente a percepção direta do indivíduo acerca da experiência de conhecer como algo bom em si mesmo: não há como pensar no objeto “conhecimento” sem identificar que se trata de uma finalidade do intelecto. Como a “finalidade tem inteligibilidade de bem”, o conhecimento é um bem humano. Somente desta forma podemos compreender o que Aristóteles pretende ao classificar Ética e Política como ciências práticas, consoante Finnis:

A pessoa não julga que ‘tem a inclinação de descobrir a respeito das coisas’ e depois infere que, portanto ‘o conhecimento é um bem a ser buscado’. Pelo contrário, por meio de um simples ato de entendimento não-inferencial, a pessoa apreende que o objeto da inclinação que ela experencia é um caso particular de uma forma geral de bem, para si mesma (e outros como ela)¹⁷⁰

Desta forma se dirá que participar no bem “conhecimento” é por exemplo investigar a verdade sobre uma ciência prática, aprender uma língua, descobrir um fato histórico ou sobre a própria vida particular. O ser humano tem a potencialidade de conhecer e na medida em que conhece e busca conhecer mais, participa no bem “conhecimento”. A idéia de que se trata de um bem é inerente e não depende de inferência. E não importa qual seja o objeto desse conhecimento: em qualquer circunstância, será lícito afirmarmos que o indivíduo que conhece está em melhores condições do que aquele que não conhece. Daí que o conhecimento é um bem em si mesmo, digno de ser buscado. Sua peculiaridade reside portanto na sua assimilação diretamente a partir da experiência: “o valor da verdade fica óbvio apenas para aquele que experienciou o ímpeto de perguntar [...] que compreendeu que o conhecimento é constituído de respostas corretas para perguntas particulares”. Não se nega neste íterim, que uma criança recém-nascida, pelo menos naquele momento, não pode compreender o valor do conhecimento e nem

¹⁶⁹ Este tipo de construção silogística será uma caricatura da lei natural em Tomás, apresentada por críticos como Kelsen para delegitimar o jusnaturalismo. Tomistas tradicionais tentam negar, inutilmente, que tais construções sejam falaciosas. Abordaremos tais temas novamente nos capítulos destinados à refutações das críticas céticas e neo-escolásticas (Cap. 4 e 7, respectivamente).

¹⁷⁰ FINNIS, 2007. p. 45.

tem inato o conhecimento como um bem a ser buscado¹⁷¹. Esta compreensão se desenvolve justamente a partir da experiência de viver como um ser humano e não a partir de uma elocubração teórica.

Neste passo, a autoevidência dos primeiros princípios não se refere a uma aceitação universal e nem a uma impressão de certeza que poderíamos eventualmente possuir ao nos confrontar com eles. Refere-se a sua: (a) indemonstrabilidade (e nem precisam de demonstração); (b) a impossibilidade de qualquer juízo ético ou escolha prática sem a sua consideração, ainda que meramente implícita; (c) não necessitam de consenso para serem válidos.

Tais princípios de racionalidade teórica não são demonstráveis, pois são pressupostos ou empregados em tudo o que consideraríamos como demonstração. Eles não descrevem o mundo. Mas, embora não os possamos verificar abrindo nossos olhos e dando uma olhada, são óbvios – obviamente válidos – para qualquer um que tenha experiência em investigar questões de fato e de julgamento teórico (inclusive histórico e filosófico); eles não precisam ser demonstrados. São objetivos; sua validade não é uma questão de convenção nem é relativa aos propósitos individuais de ninguém. Podem ser significativamente negados, já que não são princípios de lógica, aos quais é essencial a conformidade, caso se queira dizer alguma coisa. Mas opor-se a eles é tornar-se inelegível para a busca do conhecimento, e negá-los é tão desarrazoado quanto possível. Sob todos esses aspectos os princípios da razoabilidade teórica são evidentes por si mesmos. E é sob esses aspectos que estamos afirmando que o princípio prático básico de que o conhecimento é um bem a ser buscado é evidente por si mesmo.

Contra os mal entendidos a respeito de princípios autoevidentes, podemos sustentar então o seguinte: (a) a autoevidência de um princípio não significa que ele é formulado conscientemente por aqueles que se orientam por ele; (b) a autoevidência não significa que, uma vez formulado e expresso, será necessariamente aceito como suficientemente esclarecido; (c) a autoevidência de um princípio não significa que a sua descoberta prescinde da experiência¹⁷².

A autoevidência dos princípios da razão prática, dirá Finnis, se dá também pela impossibilidade de contradizer um princípio sem incorrer em “autorrefutação”, pois uma vez que a natureza humana nos fornece a possibilidade de conhecer, não podemos negá-la sem rejeitar aquilo que buscamos durante todo o tempo:

A declaração cética de que o conhecimento não é um bem refuta operacionalmente a si mesma. Pois aquele que faz tal declaração,

¹⁷¹ FINNIS, 2007. p. 72.

¹⁷² Ibid., p. 75.

pretendendo que ela seja uma séria contribuição para a discussão racional, está implicitamente comprometido com a proposição de que ele acredita que sua declaração é digna de ser feita – e digna de ser feita verdadeira; ele, assim, está comprometido com a proposição de que acredita que a verdade é um bem digno de ser buscado ou conhecido.¹⁷³

Tal raciocínio poderia ser estendido a outros princípios básicos da razão prática como a preservação da vida e a manutenção da vida em sociedade e amizade com outras pessoas. A menos que o indivíduo abdicasse da própria vida ou da companhia de outros indivíduos, não poderia sustentar, sem incorrer em autorrefutação, que estes bens são descartáveis ou que dizem respeito a um interesse particular, mas caso o fizesse, certamente já não poderia alegar coisa alguma. Desta forma toda contestação a tais princípios são deslocados para uma esfera especulativa, teórica e que em nada afasta a realidade prática na qual tanto o cético quanto o jusnaturalista estão inseridos. Estando o Direito inserido no âmbito da razão prática, as especulações céticas em razão teórica são automaticamente excluídas como impertinentes ou incabíveis.

¹⁷³ FINNIS, 2007. p. 80.

4 JOHN M. FINNIS E AS REFUTAÇÕES ÀS OBJEÇÕES CÉTICAS

4.1 IS/UGHT PROBLEM E O DEVER NA TEORIA DE FINNIS

John M. Finnis sustenta a existência de duas interpretações mais plausíveis para a famosa passagem de David Hume.

A primeira delas, a mais conhecida e amplamente enfatizada pelos críticos do Direito Natural, inclusive Hans Kelsen, afirma que Hume está anunciando o argumento de que nenhum conjunto de premissas fáticas ou “não-morais” pode conduzir a uma conclusão moral ou valorativa. Tomistas tradicionais negam que este tipo de raciocínio seja falacioso, pois ao conhecermos o ser, conhecemos necessariamente sua finalidade. Como a finalidade tem inteligibilidade de um bem, como dirá Aquino, o ser traz “embutido” um valor. Este raciocínio aliado ao primeiro princípio da razão prática (“o bem deve ser perseguido e feito e o mal evitado), a falácia fica afastada. Estudaremos alguns destes teóricos no capítulo 6.

Finnis concorda com Kelsen no argumento de que extrair juízos de valor a partir dos fatos é mesmo uma falácia, mesmo porque, como veremos, Finnis sustenta que o raciocínio de Tomás é diferente do que pensam os tomistas tradicionais.

A segunda interpretação de Finnis quanto àquela passagem de Hume contextualiza a passagem em seu momento histórico, considerando o cenário intelectual para o qual Hume pretendia se dirigir na época. Ao que tudo indica, segundo esta segunda interpretação, Hume tinha em mente uma crítica aos racionalistas do século XVIII, em especial Samuel Clarke¹⁷⁴.

Na verdade, Hume não se referiria à impossibilidade de se derivar o *dever ser* a partir do *ser*, mas, mais precisamente, estaria se referindo à impossibilidade de se sustentar a motivação das ações a partir da percepção racional das qualidades morais. Ou seja: não haveria naquela passagem uma contestação da possibilidade de se extrair valores morais a partir dos fatos, mas uma contestação da

¹⁷⁴ FINNIS, 2009, p. 49.

possibilidade de fundar o dever na percepção racional da moralidade das ações¹⁷⁵. Essa interpretação é amparada por uma explicação fornecida pelo próprio Samuel Clarke:

a vontade de Deus sempre e necessariamente determina a si mesma a escolher fazer apenas o que é conforme à justiça, equidade, bondade e verdade, em prol do bem-estar de todo o universo; deveriam da mesma forma constantemente determinar a vontade de todos os seres racionais subordinados de governar todas as suas ações de acordo com as mesmas regras, para o bem do público, em suas respectivas posições. Ou seja, essas eternas e necessárias diferenças entre as coisas tornam adequado e razoável que as criaturas ajam assim; elas fazem com que seja seu dever, ou impõem a elas a obrigação de assim fazê-lo [...]¹⁷⁶

Clarke estava tentando fundamentar a obrigação na razoabilidade das ações desejadas por Deus, ou “razão eterna das coisas”. Para ele, “as regras do que é correto coagem porque aqueles que as infringem tentam fazer as coisas serem o que não são e não podem ser”, estabelecendo uma analogia entre as regras aritméticas e as regras do agir justo: seria ridículo que alguém acreditasse que dois vezes dois não é igual a quatro, da mesma forma como seria ridículo confundir o certo e o errado, ou seja, entender as proporções da moralidade como sendo o que não são. Finnis não hesita em responder que este argumento é um fracasso, pois tentar alterar as proporções dos números é infrutífero, enquanto agir em oposição à justiça frequentemente é vantajoso. Juízos de valor sobre objetos das ciências exatas são incompatíveis com os juízos de valor sobre objetos da razão prática.

Assim, Clarke fracassa ao tentar fazer a transição do juízo ontológico para o deontológico porque não considera qualquer interesse do agente que poderia ser satisfeito caso agisse corretamente. Mas esta não foi a objeção levantada por Hume, pois para ele o problema da obrigação se resumia a encontrar um motivo para alguém agir. É por isso que, segundo Finnis, a objeção levantada por Hume contra Clarke é esta:

Uma coisa é conhecer a virtude, outra é conformar a vontade a ela. Portanto, para provar que as medidas de certo e errado são leis eternas, obrigatórias em toda mente racional, não é suficiente mostrar as relações nas quais elas se baseiam: devemos também mostrar a conexão entre a relação e a

¹⁷⁵ Esta interpretação é apoiada, segundo Finnis, pelo fato de que o próprio Hume incorreu na derivação de valores a partir de fatos. Logo, não é razoável considerar que Hume estaria apontando uma falácia para incorrer nela poucas páginas depois.

¹⁷⁶ FINNIS, 2009, p. 49-50.

vontade; e devemos provar que essa conexão é tão necessária que em toda mente bem-intencionada ela deve ocorrer e ter sua influência.¹⁷⁷

Hume percebeu que Clarke negligenciava a distinção entre conhecer e agir: saber que algo é bom não obriga a vontade necessariamente. Sustentava equivocadamente que as verdades morais, pelo simples fato de serem morais, forneciam uma razão para a ação. Assim, “o abismo que Hume diz não poder ser atravessado não é o abismo entre o factual e o normativo, mas o abismo entre qualquer verdade e conclusões motivadoras”¹⁷⁸. Esta é que seria a grande questão sobre a qual debateram exaustivamente os teólogos do século XIV em diante, os quais se tornaram também objeto de estudo e discussão nos filósofos posteriores. Hume estaria portanto discutindo na verdade a seguinte questão: admitindo que somos capazes de discernir o certo do errado, o que nos impõe a obrigação de fazer o certo? A “resposta padrão” entre os teólogos da época, segundo Finnis, seria esta:

O que é certo e errado depende da natureza das coisas e não de um mandamento de Deus; mas a importância normativa ou motivadora da retidão moral e da incorreção moral, em particular a obrigatoriedade da norma de certo e errado, depende fundamentalmente de existir um mandamento que expresse a vontade de Deus de que o que é certo seja feito e que o errado seja evitado.

Segundo esta tese, a obrigação (de fazer o bem e evitar o mal) é essencialmente o efeito da vontade de um superior, no caso, Deus. Mas aquilo que é certo pode ser discernido pela razão humana que compreende a natureza, mesmo na hipótese de que Deus ou um superior qualquer não existam. É o mesmo que afirmar que a natureza é uma espécie de código moral a ser “lido” ou interpretado pelo homem.

Finnis identifica as fontes do raciocínio de Clarke nos pós-Renascentistas, como Hugo Grotius, Francisco Suarez e Gabriel Vasquez. Eles estavam interessados em combinar a ética estoica com a escolástica. Mas no ponto central que nos interessa – o fundamento da obrigação jurídica – o que prevaleceu foram as características e o *modus operandi* da ética estoica que não só está presente nos pós-renascentistas, mas também é comum às teorias contemporâneas positivistas.

¹⁷⁷ FINNIS, 2009, p. 51-52.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 52.

Como se não bastasse, ela tem contaminado a interpretação sobre a lei natural em Tomás. É que, segundo Finnis:

Uma leitura equivocada muito freqüente de Tomás, favorecida pelas correntes principais do escolasticismo pós-Renascimento, trata os pronunciamentos da *synderesis* (isto é, os primeiros princípios da razoabilidade prática: S.T. I, q. 79, a.12, I-II, q. 94, a1 ad2) como princípios morais já cristalizados (sob a forma, por exemplo, dos seis últimos dos Dez Mandamentos). Essa interpretação encontra algum apoio no fraseado de passagens ocasionais (e.g. S.T. II-II, q. 122, a.1c). Mas transforma em disparate a noção de Tomás de *prudentia*, reduzindo-a à mera habilidade de julgar quando tal regra moral cristalizada é aplicável, empregando ‘argumentos’ tão banais quanto ‘o assassinio é errado; esse é um ato de assassinato, portanto, este ato é errado e não deve ser realizado’. A capacidade de formular tais argumentos nunca poderia merecer a dignidade superior do status atribuído por Tomás à *prudentia*: S.T. II-II, q. 47, a.6 ad 3; I-II, q. 61, a.2c; q.66, a.3 ad3. Acima de tudo essa teoria neo-escolástica descarta o reiterado ensinamento de Tomás de que os primeiros princípios da ação humana são fins (fines) tal que um homem não pode raciocinar corretamente em questões de prática, isto é, não pode ter *prudentia*, a menos que esteja com boa disposição para com esses fins últimos¹⁷⁹.

O “escolasticismo pós-Renascimento” a que Finnis se refere, responsável por transformar os elementos da *synderesis* em mandamentos práticos, inclui portanto Hugo Grotius, Francisco Suarez e Gabriel Vazquez¹⁸⁰. No entanto, será útil para nossa pesquisa verificarmos alguns outros pensadores que constituíram a base teórica destes, conforme apontam alguns outros historiadores do Direito que abordamos em paralelo com os estudos históricos de Finnis. Ainda, seguindo um pouco além destes, analisaremos o positivismo de Lutero, apontado por alguns como o ponto culminante e decisivo do advento do positivismo jurídico. Neste passo, o objetivo dos próximos capítulos será delinear os pressupostos comuns do Direito Natural moderno e do Positivismo Jurídico contemporâneo, para verificar se as teorias dos tomistas tradicionais apresentados no Capítulo 6 podem ser as “leituras equivocadas muito freqüente de Tomás” a que Finnis se refere. Começaremos com os estóicos.

¹⁷⁹ FINNIS, 2007, p. 60/61.

¹⁸⁰ Ibid., p. 53.

4.1.1 Dever No Estoicismo: Confusão entre Razão Prática e Teórica

Na abordagem histórica conduzida por Finnis, os estóicos constituem a mais antiga teoria ética a incorrer no *is/ought problem*. Mais importante do que meramente apontar um remoto antecessor deste tipo de ilogismo, ele pretende fornecer um diagnóstico preciso da fonte do erro que contaminará, posteriormente, a escolástica pós-renascentista e obscurecer as interpretações hodiernas sobre Tomás.

Os estóicos serão os responsáveis por fazer desaparecer da teoria ética a distinção – fundamental nos ensinamentos platônicos e aristotélicos – entre razão teórica e razão prática. Segundo Finnis, os estóicos assim fizeram intencionalmente. Não que tais conceitos tenham se perdido: pelo contrário, sabemos que tais conceitos assumiram ao longo dos séculos os mais variados desenvolvimentos, entre os mais vários filósofos. O problema aqui apontado seria uma radical transformação na forma de abordar as questões éticas, consideradas por Aristóteles e Tomás como questões práticas, detentoras de princípios e toda uma forma própria de raciocinar, análoga mas não dependente da razão teórica. Esta revolução, mediante a contribuição posterior dos pós-renascentistas, teria obscurecido completamente até hoje a metodologia empregada para se pensar filosoficamente em assuntos práticos, minando a capacidade dos tomistas em bem compreender o pensamento de Tomás e fazendo das objeções cétricas meras críticas dirigidas a um espantinho do direito natural clássico. Dito de outro modo é como se o pensamento sobre ética na contemporaneidade tivesse perdido as balizas do pensamento clássico, tornando-se incapaz de compreendê-lo e de criticá-lo com precisão.

Finnis destaca inicialmente a abordagem que Cícero emprega ao tratar do termo técnico *natura*, na sua obra *De Legibus*. A palavra aparece 52 (cinquenta e duas) vezes ao longo dos parágrafos 16 a 48 do Livro 1, em que Cícero se dedica a introduzir as opiniões estóicas “explicitamente destacando as opiniões cétricas acadêmicas às quais ele próprio adere”¹⁸¹. De acordo com estas opiniões,

[...] o bem supremo é a harmonia com a natureza (*consentire naturae*), que eles interpretam como significando viver virtuosamente, isto é, honeste, que

¹⁸¹ FINNIS, 2007, p. 18.

eles explicam como viver ‘com entendimento do curso natural dos acontecimentos [*cum intelligentia rerum earum quae natura evenirent*], escolhendo as coisas que estão de acordo com a natureza [*secundum naturam*] e rejeitando as coisas contrárias.¹⁸²

Para atingir o bem supremo, a ética estóica se dedicará a delinear pelo menos cinco etapas: a *prima naturae* (que Finnis denominará de “formas básicas de bem humano”, quando partir da ética aristotélico-tomista); os modos adequados de se atingir a *prima naturae* (razoabilidade prática em Finnis); os aspectos da natureza humana que a razão descobre por comparação com os outros seres (as analogias com a razão especulativa que Tomás emprega frequentemente a título ilustrativo, para demonstrar teológica e metafisicamente a ordem na Criação); uma compreensão de que a virtude assemelha os homens aos deuses (cujas *natura* própria é ser razoável) e por fim, uma **inferência especulativa** de que:

[...] em virtude de ser razoável, a virtude humana de viver de acordo com a natureza [humana] está também de acordo com a ratio (inteligência/inteligibilidade) universal que dá forma a toda a natureza (o universo, o cosmo), e que, sendo uma ratio dirigente ou diretora, deveria ser chamada de lei da natureza (*Lex naturae*), estabelecendo um caráter justo ou justiça universal.¹⁸³

O problema estaria justamente nesta última inferência, que, apesar de aparecer como um desfecho permeia e orienta todas as outras fases da argumentação ética do estoicismo. Pois é aqui que o conceito de *natura* que aparece em todas as outras fases e justificará o dever moral transparece seu significado especulativo e metafísico:

Para os estóicos, a vida humana tem seu significado, a escolha sua importância, a razão prática sua objetividade, exatamente na medida em que se encaixam no vasto plano divino (*logos*) do cosmo, um aspecto do qual é a Cosmópolis dos deuses e homens na harmonia (*homologia*) de suas respectivas comunidades¹⁸⁴.

Esta transformação está conectada com uma alteração especialmente significativa na segunda etapa (razoabilidade prática) do raciocínio ético: desaparece o termo fundamental “bem” ou “bens”. Embora os estóicos estivessem evidentemente interessados em identificar a “forma mais elevada de bem”, como era

¹⁸² FINNIS, 2007, p. 356.

¹⁸³ Ibid., p. 357.

¹⁸⁴ Ibid., p. 358.

corrente no debate helenístico, eles criarão “toda uma série de neologismos para evitar chamar a *prima naturae* de “bem” ou “bens”. Desta forma, o conceito de bem só é atingido por um “processo de inferência (*collatio rationis*) que parte de um reconhecimento prévio de coisas como estando de acordo com a natureza (*secundum naturam*)”¹⁸⁵. A noção de dever, matéria da razão prática, acaba assim fundida com a ordem natural, matéria da razão especulativa. Isto possibilitará, e.g., a ética neo-suareziana segundo a qual supõe-se que o primeiro princípio do direito natural é “mire-se na natureza”, o que constitui por essência uma falácia do tipo *is/ought problem*¹⁸⁶.

Michel Villey se mostra de acordo com Finnis, quando reconhece em Suarez uma forte influência estoíca em descompasso com a doutrina tomista, mas o que ele destaca não é a modificação no fundamento do dever, mas a depreciação do direito, reduzido à lei positiva:

Suarez sofreu a influência do estoicismo, que o humanismo de seu tempo [...] revalorizou: o estoicismo enfatizava a importância da razão como elemento específico da natureza do homem, e é nesse sentido que Cícero podia qualificar de natural a lei pretensamente incluída na razão do homem. Mas estamos muito longe de São Tomás quando ele trata do direito natural: São Tomás quer extrair o direito da natureza exterior da observação da polis e dos grupos humanos. É algo bem diferente de extraí-la da razão individual¹⁸⁷.

Este tipo de afirmação é recorrente nos textos de Villey: Tomás extrai o direito natural da *polis* e nisso consiste sua diferença com o direito natural moderno, que o extrai da lei positiva. Esta afirmação é bastante questionável sem uma maior especificação dos seus termos e limites. Trataremos dos problemas na interpretação de Villey no cap. 6.3. Por ora, vejamos então alguns desdobramentos da ética estoíca no Direito natural pós-renascentista.

¹⁸⁵ Ibid., 2007, p. 358.

¹⁸⁶ Não discutimos aqui como seria, afinal de contas, a teoria aristotélico-tomista segundo Finnis. Por ora, tratemos apenas de delinear os aspectos do pensamento estoíco e neo-escolástico sobre a obrigação. Sobre o modo “aristotélico-tomista de pensar a ética” trataremos no cap. 4.1, de acordo com os termos propostos por Finnis.

¹⁸⁷ VILLEY, 2014, p. 412.

4.1.2 A Obrigação No Direito Natural Pós-Renascentista

O dever jurídico como expressão de uma coação legal é uma teoria compartilhada por jusnaturalistas modernos e positivistas contemporâneos como Hans Kelsen, Norberto Bobbio e H. L. A. Hart. Deita suas raízes no nominalismo e no voluntarismo. Mas podemos verificá-lo de forma embrionária já nos antigos sofistas. Quem o afirma é o próprio Norberto Bobbio, positivista e grande entusiasta do pensamento de Kelsen, quando identifica na fala de Cálicles, em um dos diálogos platônicos (Górgias) a redução da justiça à força:

Mas a própria natureza, julgo eu, revela que justo é o homem mais nobre possuir mais que o pior, e o mais potente, mais do que o menos potente. Está em toda parte, tanto entre os animais quanto entre os homens de todas as cidades e estirpes, a evidencia de que esse é o caso, de que o justo é determinado assim: o superior domina o inferior e possui mais do que ele¹⁸⁸.

No mesmo sentido, Tomás de Aquino na obra *Da Justiça* comenta que inclusive Aristóteles já havia refutado os cirenos, que também defendiam a idéia de que somente as leis positivas seriam justas: “Aristóteles diz que, fora defendido por muitos que todas as prescrições justas seriam somente as positivadas pela lei, sendo que nada poderia realmente ser considerado como naturalmente justo. Ora, era esta a opinião dos cirenos, os seguidores de Aristipo, discípulo de Sócrates”¹⁸⁹.

Ao longo dos séculos, este posicionamento deu origem a diversas críticas incisivas por parte de alguns jusnaturalistas¹⁹⁰ contra positivistas. Jean-Jacques Rousseau escreveu: “A força é um poder físico, não vejo que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, e não de vontade; é, quando muito, um ato de prudência. Em que sentido poderá constituir um dever?”¹⁹¹ Michel Villey destacou que a redução do Direito à força concedia ao legislador uma imensa parcela de poder¹⁹², fazendo dos juízes um mero instrumento

¹⁸⁸ PLATÃO. **Górgias**. Tradução de Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, Fapesp, 2011, p. 299.

¹⁸⁹ AQUINO, São Tomás de. **Da Justiça**. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas/SP: Vide Editorial, 2012, p. 98.

¹⁹⁰ Jusnaturalistas iluministas contra jusnaturalistas do escolasticismo pós-Renascimento.

¹⁹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 12.

¹⁹² A despeito das sugestões de que o Direito Natural, por sua tendência a delimitar os bens e as virtudes humanas, é anti-democrático, sobrevém, em contrapartida, a argumentação dos

a serviço do poder executivo ou legislativo: “Reatar com essa conclusão de que o direito é a coisa justa – *id quod justum est* – seria libertar os juristas da servidão em que o positivismo os mantém em relação ao Estado, ao Poder, às ordens arbitrárias do Legislador [...]”¹⁹³ E mesmo positivistas como Norberto Bobbio admitiram que o positivismo conduz a um regime em que o poder se concentra nas mãos do legislador:

Se não existe outro critério do justo e do injusto a não ser o comando do soberano, é preciso resignar-se a aceitar como justo o que agrada ao mais forte, a partir do momento em que o soberano, se não precisa ser o mais justo entre os homens, certamente é o mais forte (e continuará a ser soberano não enquanto for justo, mas enquanto continuar a ser o mais forte). A distinção entre validade e justiça serve precisamente para distinguir a justiça da força. Onde essa distinção desmorona e a justiça se resolve na validade, a distinção entre justiça e força também não é mais possível.¹⁹⁴

Embora não ignoremos este remoto passado da obrigação como fruto da lei, bem como o debate sobre centralização do poder e liberdade individual, optamos por limitar a pesquisa pelas referências fornecidas por Finnis e diagnosticar os elementos que fazem a obrigação fundada no realismo aristotélico-tomista ser substituída por um voluntarismo nominalista.

4.1.2.1 Francisco Suarez e Gabriel Vazquez

Tanto Suarez quanto Vazquez sustentaram que a obrigação é o efeito do *imperium* de um superior. A princípio Vazquez parece um realista à semelhança de

jusnaturalistas de que o positivismo jurídico concentra o poder nas mãos do chefe do estado ou de uma oligarquia legislativa. É que ao “libertar” os juízes da servidão à lei emanada pelos detentores do poder político, como sustenta Villey, o Direito natural acaba distribuindo uma parcela significativa de poder para os magistrados avaliarem a justa decisão caso a caso, tornando-se a lei apenas uma fonte possível e auxiliar e não estritamente determinante da jurisdição. Do ponto de vista do indivíduo e seus interesses pessoais, o positivismo pode ser mais “libertário” pois se assenta exclusivamente no voluntarismo legal. Por outro lado, de um ponto de vista social, considerando a integridade das instituições e a parcela disponível das autoridades judiciais para tomarem decisões independentes do *lobby* político (nem sempre interessados sinceramente no bem comum), é o Direito natural o mais “libertário”. Mas esta é uma descrição extremada no intuito de salientar uma distinção e uma espécie de crítica comum entre positivistas e jusnaturalistas. Finnis pretende mostrar que o Direito natural tomista pode conferir amplas margens de liberdade individual e não expulsa a vontade do ato legislador.

¹⁹³ VILLEY, 2014, p. 118.

¹⁹⁴ BOBBIO, 2010, p. 53.

Tomás, pois afirma que o direito é um ato do intelecto e não da vontade. Alguns, segundo Finnis, valem-se deste aspecto para contrapô-lo com Suarez e aproximá-lo de Tomás. No entanto, estão negligenciando que o ato do intelecto em Vazquez “não passa de uma *intimatio* a um subalterno da vontade de um superior [...], o que é essencialmente a opinião de Suarez”¹⁹⁵. A diferença com Tomás é substancial, pois este não trata o intelecto, em questões éticas, como um instrumento para conhecer a vontade de um superior, mas para conhecer os fins disponíveis, planejar os meios para alcançá-los e apreender a necessidade desses meios¹⁹⁶.

Michel Villey está de acordo: “Suarez perdeu o que era a chave da doutrina clássica do direito natural: para ele, o direito deixou de ser a arte dinâmica de busca da solução justa e se reduz à obediência aos mandamentos do soberano”¹⁹⁷. O aspecto estóico do direito natural em Suarez, consistente no apelo à natureza, é destacado por Nicolas Israel:

Suarez vai esforçar-se para identificar ‘a lei da pura natureza’. Essa dedução da lei natural, a partir do estado de pura natureza, leva-o a se distanciar da concepção tomista. Segundo Suarez, a dedução tomista da lei natural não se alicerçou na apreensão da verdadeira condição natural do homem. A análise tomista é dependente de uma definição da lei ‘excessivamente ampla e geral’, segundo a qual a ‘lei é certa regra e medida que prescreve a alguém fazer algo ou o dissuade de fazê-lo’.¹⁹⁸

Nesta toada, embora as teorias de Vasquez e Suarez se baseassem em Aristóteles e Tomás, é certo que diferiam destes em pontos nevrálgicos da teoria ética, consoante esquema a seguir que resume os principais pontos de conflito:

¹⁹⁵ FINNIS, 2007, p. 64.

¹⁹⁶ Ibid., p. 64.

¹⁹⁷ VILLEY, 2014, p. 410.

¹⁹⁸ ISRAEL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno**: o Estado de Necessidade. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 73.

SUAREZ E VÁSQUEZ	TOMÁS
<ul style="list-style-type: none"> São racionalistas: o conteúdo do direito natural é discernido pela forma, através da razão que conhece a natureza; 	<ul style="list-style-type: none"> É realista: o conteúdo do direito natural é questão de entendimento racional das formas básicas do bem-estar humano (ainda não moral), como fins ou oportunidades desejáveis e potencialmente realizáveis;
<ul style="list-style-type: none"> São voluntaristas: para eles, a obrigação é o efeito da vontade de um superior que move a vontade do inferior. 	<ul style="list-style-type: none"> Trata a obrigação como a necessidade racional de algum meio para realizar um fim ou objetivo de tipo particular: um objetivo que é uma forma de vida adequada às formas básicas do bem-estar humano¹⁹⁹.
<ul style="list-style-type: none"> O <i>imperium</i> que comanda o ato humano vem de um superior 	<ul style="list-style-type: none"> O <i>imperium</i> está no próprio indivíduo²⁰⁰

4.1.2.2 João Duns Escoto e A Vontade Divina

Não é pacífica a questão da origem do positivismo jurídico moderno. Muitos estudiosos, a exemplo de Norberto Bobbio²⁰¹ e Michel Villey²⁰² atribuem o feito a Thomas Hobbes (1588 – 1679). No entanto, alguns outros identificam o nascimento do positivismo moderno muitos séculos antes, já na filosofia de João Duns Scoto (1266 – 1308), beato da Igreja também chamado de Doutor Sutil. É o caso de Alfredo Culleton, que, seguindo opinião de G. de Lagarde e Paul Virnaux afirma que “Scotus inaugura o positivismo jurídico, a soberania absoluta da lei positiva sobre o direito, coisa que Tomás relega a um segundo plano, como uma fonte a mais do direito”²⁰³.

O positivismo de Escoto obviamente ainda está muito distante do normativismo-legal de Kelsen, afinal, trata-se de um frade franciscano que se insurge contra o realismo tomista. Seu enfoque é teológico e não filosófico²⁰⁴, muito

¹⁹⁹ FINNIS, 2007, p. 55.

²⁰⁰ Ibid., p. 64.

²⁰¹ BOBBIO, 2006, p. 34.

²⁰² VILLEY, 2014, p. 333, p. 674.

²⁰³ CULLETON, Alfredo. **Ockham e a lei natural**. Florianópolis, UFSC, 2011, p. 24

²⁰⁴ Etienne Gilson destaca a diferença entre as obras de Tomás e Escoto: “[...] *Duns Scot parece ter considerado a filosofia como cega de nascimento e sem esperança de cura. Santo Tomás não desesperara assim da filosofia porque a transformara: sua obra é uma vitória da teologia na filosofia.*”

menos científico-jurídico. No entanto, a sua teologia fornecerá toda a estrutura do pensamento que, séculos mais tarde, uma vez secularizado, desembocará no positivismo contemporâneo. Além disso, seu pensamento nos ajudará, na sequência, a esclarecer aquilo que John M. Finnis sugere como um magistral erro de interpretação sobre a obra de São Tomás a respeito da lei natural na era contemporânea: neo-escolásticos estariam atribuindo a Tomás um raciocínio que na verdade seria de seus opositores medievos, como Ockham e Escoto.

A polêmica medieval sobre a qual Escoto vai se debruçar, de importância nevrálgica para a definição da obrigação jurídica, diz respeito ao fundamento das proibições instituídas por Deus: elas são más porque são proibidas ou são proibidas porque são más? Em outras palavras, a imoralidade de uma ação é resultado de um querer divino (vontade) ou é fruto da própria natureza má da ação (razão)?

Enquanto Tomás sustentava certa prioridade da razão sobre a vontade²⁰⁵, tanto em Deus como no homem, Escoto considerará esta posição herética: para ele, sendo Deus onipotente e inclusive criador da própria razão, não pode estar por ela limitado, mas pelo contrário, livre de qualquer ordem, é capaz de criar e determinar qualquer coisa, seja material ou normativa. É deste debate no seio da Igreja, a respeito da onipotência divina, que emergirá o nominalismo.

De fato, Tomás sustentou que o Deus onipotente não pode fazer algumas coisas e citou exemplos²⁰⁶, entre eles: Deus não pode sofrer mudança, nem aumentar nem diminuir; não pode falhar em coisa alguma; não pode fazer com que os opostos estejam “simultaneamente e sob o mesmo aspecto inerentes a um mesmo sujeito”; não pode atentar contra os princípios formais da Lógica, Geometria e Analítica (não poderia fazer um círculo cujas linhas que vão do centro à circunferência não sejam iguais); Deus também não poderia fazer com que “o passado não tenha sido” e nem “fazer uma coisa igual a Deus”.

Ainda segundo Tomás, o poder de Deus é uma *potestas ordinata*, ou seja, um poder ordenado pela Sabedoria divina. Ao tratar da questão, Tomás salientou a intenção de refutar “o erro de alguns que afirmavam tudo depender da simples

Duns Scot desesperou da filosofia pura porque registrou-a como um fato: sua obra só poderia ser uma vitória da teologia sobre a filosofia. As duas obras são, pois, de espírito essencialmente diferente. GILSON, Etienne. **A Filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 745.

²⁰⁵ CULLETON, 2011, p. 24.

²⁰⁶ AQUINO, Tomás de. **Suma Contra os Gentios**. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1990, p. 201/202.

vontade divina, com exclusão do intelecto”²⁰⁷. Para Tomás em Deus há “apreensão intelectual, e Ele não tem apreensão de algo senão conhecendo a si; e como conhecer a Deus é ser sábio: resulta que Deus produz todas as coisas segundo a sua sabedoria”. Amparando-se ainda na Metafísica de Aristóteles, segundo a qual não é possível a ordenação nas coisas senão pelo conhecimento da relação e da proporção das coisas a serem ordenadas em vista de um fim, Deus não ordenaria nada que violasse a ordem natural.

Escoto rejeitará tal tese pois a onipotência implica que Deus não está submetido a regra alguma, nem mesmo à regras racionais, até porque a própria razão é uma de suas criações. Discorrendo sobre este ponto da tese de Escoto, Etienne Gilson comenta:

Deus cria se quer e somente porque quer. Perguntar a razão pela qual Deus quis ou não quis esta ou aquela coisa é, pois, perguntar a razão do que não tem razão. A única causa pela qual Deus quis as coisas é sua vontade, e a única causa da escolha que fez é eu sua vontade é sua vontade; portanto, não há por que ir além disso²⁰⁸.

Uma vez que a própria razão é uma criação divina, tem-se que a moralidade das ações é resultado de um querer divino, ou seja, a questão inicial é respondida por Escoto no sentido de que a imoralidade de uma ação não provém da violação da ordem de relação e proporção em vista de um fim, mas única e exclusivamente da vontade divina:

Se Deus quer uma coisa, essa coisa será boa; e se ele tivesse querido outras leis morais diferentes das que estabeleceu, essas outras teriam sido justas, porque a retidão é interior à sua própria vontade e porque uma lei só é reta na medida em que é aceita pela vontade de Deus²⁰⁹.

Esta concepção está intimamente relacionada com o ceticismo da filosofia franciscana com os alcances da razão e a desconfiança ante a idéia de uma ordem natural. Enquanto para Platão, Aristóteles e Tomás o mundo é feito de gêneros e espécies, causas formais e finais, o mundo de Escoto é formado por entes particulares e nada mais²¹⁰. Nisto vai uma carga teológica, que Escoto entende

²⁰⁷ AQUINO, 1990, p. 200.

²⁰⁸ GILSON, 1995, p. 745.

²⁰⁹ Ibid., p. 745.

²¹⁰ CULLETON, 2011, p. 23.

como mais genuinamente cristã que a teologia tomista: o Deus “dos filósofos” é abstrato, impessoal, universalista. O Deus da fé, o Deus autêntico, é aquele que “fala ao coração” de cada homem, é particular, íntimo, ama a cada um de forma individual e única. Mirando na fé, Escoto concebe uma filosofia em que somente o singular pode ser conhecido, em oposição à concepção tomista em que os objetos de predileção da consciência são os gêneros e espécies. Também concebe a vontade como superior à razão, esta reduzida a uma condição de serva. Estes dois elementos constituirão alicerces do positivismo jurídico: “que a vontade tenha primazia sobre a razão implica, em termos de moral social, seguir os preceitos divinos positivados, que para Escoto são o que são por expressarem a vontade divina, jamais por serem racionais ou exprimirem uma ordem natural”²¹¹.

O modo como Escoto aplica no Direito a sua concepção voluntarista através do positivismo fica claro nos seus comentários às Sentenças de Pedro Lombardo. Para ele, mesmo quando o legislador ou o juiz estabelecem normas no caso concreto, mesmo para assuntos muito específicos, não o fazem de forma legítima se não quando o fazem seguindo, pelo menos de alguma forma ainda que remota, os preceitos das Escrituras. É o caso do direito de propriedade: nada há na natureza que forneça uma justificativa ou um critério para sua fixação. Somente a autoridade política pode fazê-lo e somente o faz, porque as Escrituras legitimam a autoridade política. Assim, a propriedade “não acontece com base na lei da natureza, mas na lei positiva”²¹².

Se pudéssemos apontar uma única contribuição decisiva de Escoto para o desenvolvimento da concepção moderna de dever, seria esta: a legitimidade da lei foi transferida de uma conclusão racional extraída das coisas para a autoridade de um ser superior. Vários séculos transcorrerão até que o nominalismo efetivamente triunfe no âmbito jurídico, mas a sua radical oposição com o realismo aristotélico tomista já está devidamente traçada, assim como suas conseqüências: no realismo a liberdade humana de escolher e determinar as leis que regem a sociedade estão delimitadas pela natureza das coisas, o que não acontece no nominalismo, em que o reto agir depende da submissão à vontade de um superior, o qual desfruta de uma liberdade legislativa relativamente maior. No caso de Duns Escoto este ser superior ainda é Deus, cuja vontade dependerá da interpretação das Sagradas Escrituras

²¹¹ Ibid., p. 24.

²¹² Ibid., p. 25.

fornecida pelos mestres da Igreja, mas não tardará o aparecimento de pensadores que substituirão este Deus pelo soberano (absolutismo) e, depois disto, já no iluminismo, pela vontade popular.

4.1.2.3 Guilherme De Ockham e a *Via Nouvelle*

Assim como Duns Escoto, Guilherme de Ockham (1285 – 1347) foi um frade franciscano que se opôs ao tomismo. Sua obra, no entanto, indo além das conquistas dos seus antecessores acabou gerando uma verdadeira revolução na filosofia jurídica. Embora Scoto já tivesse delineado os pressupostos básicos para uma oposição ao realismo aristotélico-tomista, pertence à Ockham o mérito de ter inaugurado o que se chama de *via nouvelle* – a via moderna – no mundo jurídico, o que significa o triunfo definitivo do nominalismo²¹³.

É claro que muitos outros mestres e teólogos da Igreja já haviam sustentado o nominalismo muito antes de Ockham. Além de Escoto, já nos séculos XI e XII, Roscelin e Abelardo, no final do século XIII o franciscano Pedro D'Auriolo e o dominicano Durand de Saint Pourçain. Na Universidade de Paris encontramos os nominalistas Thomas de Bravardine e Gregorio Rimini, Buridan, Marcilio d'Inghem, Nicolas d'Autrecourt, Gerson, Pedro Ailly, Alberto de Saxe e Nicole Oresme²¹⁴.

No realismo, a coisa enquanto gênero precede a coisa concreta e particular, independentemente inclusive do conhecimento do homem. A partir daí a ética tomista será construída com o apelo da razão como instrumento de conhecimento da finalidade intrínseca aos entes: o homem pode encontrar a maneira correta de agir descobrindo tais finalidades. Contemporaneamente tal pensamento é rejeitado, entre outras coisas, por requerer uma confiança praticamente total na capacidade humana de conhecer e também por resultar numa despersonalização do indivíduo, cuja vontade será cerceada pelo mundo que o cerca.

Não eram estes os problemas que levaram Ockham a se insurgir contra o tomismo, mas sim os problemas de ordem teológica. Ele não estava interessado em questionar os limites da razão humana mas sim em questionar os limites que o

²¹³ VILLEY, 2014, p. 225.

²¹⁴ CULLETON, 2011, p. 27.

realismo impunha à onipotência divina. Ao formular suas objeções no campo teológico, Ockham fornecerá praticamente todas as premissas que possibilitarão a revolução científica e também o pensamento jurídico moderno, baseado nos direitos subjetivos e na individualidade. Ainda que tivesse os olhos voltados para a teologia, Ockham não ignorou tais conseqüências políticas de seu pensamento²¹⁵, pois imediatamente sustentou que, sendo o homem a imagem e semelhança de Deus como diziam as escrituras, seu destino e sua realização última residiam em desfrutar da mais plena liberdade possível, o que significava uma vontade livre de quaisquer limites naturais, à semelhança de Deus. No Direito o resultado é uma lei cujo conteúdo depende exclusivamente da vontade de Deus e das determinações do soberano, independente de qualquer análise dos fins intrínsecos aos entes, rejeitados agora como mera abstração.

Os milagres, sustentará Ockham, “trazem a prova de que Deus pode suspender a ordem das causas naturais e secundárias a todo instante”. Isto significa que Deus não rege o mundo impulsionando os entes para o fim que lhes é próprio, pois, afinal, não existe um fim imanente. A potência divina é tal que as coisas são conduzidas não de acordo com uma razão ou uma mecânica, mas simplesmente pela vontade de Deus que tudo determina a todo instante. Mesmo as relações de causa e efeito só se manifestam como as conhecemos porque a todo instante, Deus as conhece e, por sua vontade, ordena que ocorram de certa forma. Não é portanto uma conseqüência necessária da natureza das coisas, mas da vontade divina, que pode suspender a qualquer momento aquilo que concebemos como leis físicas e criar um efeito diferente, que denominamos “milagre”. Evidentemente podemos já encontrar aqui um esboço daquilo que viria a ser o empirismo britânico do século XVIII. Em termos metafísicos esta concepção implica em negar a categoria aristotélica da relação como gênero do ser, tarefa na qual Ockham irá se empenhar, concluindo que não existe nenhuma ordem natural cognoscível pela razão que rastreia e distingue fins imanentes:

No hay una inteligibilidad intrínseca de lãs cosas, sino solo el poder de Dios que lãs determina a ser de um modo; no hay una ley natural, no hay naturaleza de lãs cosas, sino solo el libre querer divino. No se trata de una arbitrariedad de Dios, em quanto El se salte lo que Él mismo haya

²¹⁵ Tanto assim que, segundo J. A. Widow as obras do segundo período da vida de Ockham (a partir de 1328) serão eminentemente políticas. Neste sentido: DIP, Ricardo. **Tradição, Revolução e Pós-Modernidade**. In: WIDOW, J. A. Nacimiento Del voluntarismo. Campinas: Millennium, 2001, p. 132.

establecido, pues lo que há establecido no tiene más consistência que la del querer que lo estableció. Se trata, más que de arbitrariedad, de uma radical e intrínseca ininteligibilidad de las cosas, del mundo creado y del plan de Dios sobre el mundo, em quanto el ser de todo está constituído, no por principios intrínsecos, sino unicamente por el acto extrínseco de uma voluntad libre y omnipotente²¹⁶.

O interesse de Ockham ainda é a teologia, mas mais uma vez as conseqüências no mundo do Direito serão decisivas: “já não será mais extraído o direito da observação da ‘natureza’ ou da ordem natural das coisas. O nominalismo pensará as coisas a partir de sua individualidade, e o indivíduo será o centro de interesse da ciência do direito”²¹⁷. Esta substituição da ordem natural pela vontade do legislador é decorrência lógica e necessária do nominalismo, pois uma vez ausente o critério racional e excluída a causa final, a definição dos fins recairá sobre a vontade:

[...] este vacío producido por La ausencia de lo propriamente inteligible es llenado por el poder de la voluntad, según esa ley de la compensación que ya se há observado em Scotus. La voluntad interviene necessariamente, incluso para producir el asentimiento del juicio, pues la mera intuición de lo singular no es capaz de determinar el acto por el cual el intelecto se pronuncia acerca de lo que es o de lo que no es [...]”²¹⁸.

A radicalidade do voluntarismo de Ockham será tal que, para ele, e.g., “um acto humano es meritório no porque em si sea Bueno y porque nazca de la virtud teologal de la caridad, sino solo porque Dios quiere aceptarlo por su potencia libre e absoluta”. Sendo deste modo, “de la misma manera como Dios libremente acepta el buen movimiento de la voluntad como meritório cuando es producido por el que tiene caridad, así, por sua potencia absoluta, puede aceptar el mismo movimiento de la voluntad aun si no hubiera ahí caridad”²¹⁹.

É assim que o nominalismo resultará no abandono do direito como fruto da observação da natureza ou da ordem natural das coisas: “de acordo com essa tradição (nominalista), a lei consiste na vontade de quem legisla, exercida sobre

²¹⁶ DIP, Ricardo. **Tradição, Revolução e Pós-Modernidade**. In: WIDOW, J. A. Nacimiento Del voluntarismo. Campinas: Millennium, 2001, p. 140.

²¹⁷ CULLETON, 2011, p. 29.

²¹⁸ DIP, Op. cit., p. 135.

²¹⁹ Ibid., p. 140.

indivíduos livres ou com liberdade para serem comandados por uma vontade legisladora – em última instância, Deus”²²⁰.

Outra conseqüência inevitável da negação da categoria aristotélica de relação é a alteração no significado de *Ius*: no Direito Romano, assim como para Aristóteles e Tomás, *Ius* designava uma relação objetiva e justa entre coisas, eventualmente até mesmo independente da lei positiva. Já na era nominalista (que dura até os tempos atuais) se transformará em uma possibilidade ou faculdade de ação, uma qualidade do sujeito. Esta conseqüência para a teoria jurídica, embora inevitável tendo em vista os pressupostos do nominalismo, não teria despertado atenção de Ockham, a princípio um teólogo interessado mais na metafísica do que em Direito ou política. No entanto foi grande a repercussão na época a respeito da controvérsia envolvendo o papa João XXII e os franciscanos espirituais, que constituíam um grupo mais radical dentro da ordem. Estes renunciavam completamente ao direito de propriedade, sustentando que Cristo não era proprietário dos bens que usava, pois um tal materialismo seria indigno do Salvador e seus verdadeiros discípulos. A intervenção de Ockham será então decisiva.

São Francisco de Assis criou a Regra segundo a qual seus discípulos deveriam viver na mais absoluta pobreza, nada possuindo, o que seria perfeita imitação da vida de Cristo. A ordem franciscana rapidamente ganhou milhares de adeptos e se espalhou pela Europa. Muitas pessoas abandonavam ou vendiam tudo o que possuíam para se tornarem franciscanos. Em pouco tempo, no entanto, a nova ordem acabou se tornando responsável por inúmeros bens, entre igrejas e mosteiros. Nicolas Israel comenta:

Essa aspiração à pobreza evangélica traduz a vontade de superar as conseqüências da queda original, de recobrar o estado de inocência que precede a instituição da propriedade. Em contraposição à posição tomista, a instituição da propriedade não se mostra uma conseqüência racional do *dominium natural* concedido a todos, mas, no prolongamento da concepção agostiniana, um acidente desastroso ligado à história da queda. Segundo os espirituais, a única maneira de resgatar a inocência e a pobreza evangélica consiste em reivindicar um uso dos bens exteriores renunciando ao mesmo tempo a deter qualquer direito de propriedade sobre essas coisas²²¹.

O papa Gregório IX, tecendo uma interpretação sobre a questão na Bula *Quo Eleganti*, de 1230, afirmou que a regra proibia os frades de terem propriedades

²²⁰ CULLETON, 2011, p. 33.

²²¹ ISRAEL, 2015, p. 54/55.

comuns ou individuais, remanescendo apenas o direito de uso, sem esclarecer quem seriam os donos dos bens usados. Uma solução temporária veio com a Bula *Ordinem vestrum* de 1245, na qual o papa Inocencio IV afirmou que a propriedade (*dominium*) pertencia ao papa enquanto o *usus* pertencia aos franciscanos.

O debate acabou se acirrando até porque a questão envolvia temas teológicos e de interpretação das escrituras, mesclando-se ainda referências do *Corpus Iuris Civilis* e suas glosas. São Boa Ventura e Duns Scoto também se envolveram: para o primeiro, utilizando-se de argumentação teológica, os franciscanos estão em situação análoga às crianças e lunáticos, os quais não tem direito de propriedade mas apenas de uso dos bens temporais, conduta que, segundo ele, era perfeita imitação de Cristo e seus discípulos. A princípio, a idéia de que Cristo não possuía qualquer propriedade foi tachada de herética. Por sua vez, Escoto não reconheceu a inalienabilidade do direito natural de propriedade, o que a princípio desautorizaria a ordem franciscana, mas acabou por atribuir a faculdade à lei positiva decidida em consenso da comunidade²²².

Foi então que o papa João XXII, adepto da doutrina tomista, interveio afirmando que a propriedade não depende da lei positiva, bastando o usufruto de um bem que foi objeto de uma partilha justa. Tal visão contrariava os franciscanos espirituais, segundo os quais a propriedade se originou da lei positiva. A intervenção de Ockham será consideravelmente agressiva, pois acusará o papa de heresia: “Dizer de fato, como faz João XXII, que [...] não é possível distinguir entre o uso e o domínio senhorial (*dominium*) entendido como propriedade, é uma heresia manifesta”.²²³

Para Ockham, o *jus poli* (direito do céu) concedido por Deus aos homens para desfrutar os bens pode ser exercido de duas formas: (1) a apropriação privada (*dominium*) nascida após a queda, sendo um poder adequado ao estado inferior de decadência, garantido pelo *jus fori* (direito da praça pública) ; (2) o mero uso das coisas, ou *dominium* natural, conforme concedido *ab initio* pelo *jus poli*. O que os franciscanos afirmam renunciar, segundo Ockham, seria apenas o direito de defender a posse das coisas em justiça, tal como outorgada pela lei humana (*jus fori*)²²⁴.

²²² CULLETON, 2011, p. 79.

²²³ ISRAEL, 2015, p. 56.

²²⁴ ISRAEL, 2015, p. 57.

Em geral existe certa divergência acerca do momento preciso em que o termo *ius* passou a ser usado no seu sentido subjetivo. Culleton, amparado em Tierney e alguns outros pesquisadores, afirma que o conceito já era conhecido antes de Tomás e que a originalidade de Ockham residirá na sua demonstração metafísica²²⁵, não na própria criação da idéia. Brian Turney, menciona ainda Culleton, na sua obra “The Idea of natural rights” credita aos canonistas do século XII as primeiras menções a direito em sentido subjetivo, muito antes de Ockham.

Referência nesta questão são os estudos de Michael Villey, alvo das críticas de Culleton. Villey argumenta que a definição formal de Ockham a respeito do *ius utendi* e *dominium* foram as responsáveis pela revolução na filosofia do direito, posição que, embora seja usualmente aceita, encontra algumas críticas contundentes.

Paolo Grossi argumenta que os direitos subjetivos nasceram da idéia medieval de soberania do indivíduo sobre a propriedade (*dominium*) e direito (*ius*), tomadas como equivalentes, aliado ainda ao fato de que os franciscanos entendiam que a vontade, por ser a responsável pela decisão de pecar ou agir virtuosamente, como o centro da personalidade. Desta combinação teriam nascido as idéias modernas de direitos naturais individuais.

A partir de Ockham o nominalismo se espalhará pela Europa, fornecendo as bases para Gabriel Biel e Lutero na Alemanha, e na Inglaterra para Bacon, Hobbes, Locke e Hume.

4.1.2.4 O Positivismo De Lutero

Michel Villey está convencido de que Lutero (1483 – 1546) foi uma pedra angular na transição da filosofia clássica do direito natural para o jusnaturalismo moderno. Mais do que isso, seu pensamento pavimentou o caminho para o positivismo jurídico contemporâneo. Três teriam sido as conseqüências jurídicas da revolução religiosa do século XVI: (1) uma depreciação do direito; (2) o abandono do

²²⁵ CULLETON, 2011, p. 42.

antigo direito natural clássico; (3) o advento de um positivismo particularmente rígido²²⁶.

Considerando que Lutero não tinha uma preocupação central com o Direito, mas sim com a religião e a política, seria impossível compreender as origens e conseqüências de suas teses sem adentrarmos em alguns pormenores de sua teologia. Como veremos, alguns elementos das teorias contemporâneas, hoje sustentados através fundamentos, digamos, seculares, tiveram seu berço na teologia luterana.

Uma das questões centrais e que terá gigantesca influência nos desdobramentos da teoria do Direito, muito mais simplória que no pensamento clássico, diz respeito ao pecado original. Na teologia católica, entende-se que o pecado original que resultou na expulsão de Adão e Eva do paraíso, não chegou a destruir a capacidade da razão humana em alcançar as verdades morais ou mesmo da teologia natural. Já no pensamento de Lutero, o pecado original destruiu nossa capacidade de alcançar qualquer nível de discernimento confiável. Disso resulta que, na Igreja Católica, o pensamento pagão não é de todo menosprezado, mas considerado, filtrado e eventualmente absorvido. Veja-se que o Direito Romano era a base do Direito Canônico²²⁷, o que evidentemente só podia ser admitido pelo reconhecimento de algum valor ao pensamento pagão. Os tomistas consideravam o direito como sendo uma ordem desejada e pensada por Deus para a comunidade humana. Não se tratava, como em Lutero, meramente de um instrumento paliativo para controlar de forma imperfeita uma comunidade degradada pelo pecado original. Mesmo numa sociedade de santos, o Direito seria necessário: Deus concebeu o ser humano para viver num tipo de comunidade que requer regras. Nem todas estas regras podem ser encontradas nas Escrituras, fazendo-se útil e necessário a incorporação da experiência e conhecimento oriundos de outros povos, eventualmente povos pagãos. Em Roma, a Igreja encontrou o Direito em sua forma mais bem elaborada.

Essa doutrina será rechaçada por Lutero que, por considerar a razão humana como incapaz de discernir o certo e o errado, não pode admitir o conhecimento acumulado ao longo de séculos por uma civilização pagã. Daí que somente a fé pode servir de guia ao homem decaído: é o chamado “princípio material” da

²²⁶ VILLEY, 2014, p. 309.

²²⁷ Ibid., p. 310.

Reforma, segundo o qual as obras de virtude não tem qualquer utilidade para a salvação humana, vez que, a rigor, o homem não pode através da razão realmente saber se a sua conduta é boa ou não:

Sê pecador e peca intensamente, mas confia e alegra-te ainda mais intensamente em Cristo [...] Enquanto estivermos aqui embaixo, é preciso que o pecado exista [...] Basta termos reconhecido o Cordeiro que carrega os pecados do mundo; então o pecado não poderá nos separar dele, ainda que fornicássemos mil vezes por dia [...]²²⁸.

Revoltado contra os elementos da filosofia pagã que a escolástica medieval integrara na teologia, Lutero desprezará Aristóteles e Tomás com veemência, não raro empregando impropérios: “Aristóteles é o bastião ímpio dos papistas. É para a teologia o que as trevas são para a luz. Sua Ética é o pior inimigo da graça”²²⁹. Tomás, para ele é “um grande porco”²³⁰.

É assim que se torna necessário reduzir a idéia de Direito para o seu aspecto punitivo, extirpando de sua natureza o elemento distributivo, que, para Aristóteles e Tomás, definiam a sua essência. Em comparação com o direito natural clássico, portanto, desaparece a justiça particular, ou, na expressão romana o *suum cuique tribuere*. Agora, o direito se resumirá à aplicação da lei, em oposição à doutrina clássica na qual a lei positiva era mero elemento auxiliar do magistrado que definia, também amparado pelos princípios da equidade e do conceito aristotélico de justiça comutativa, a justa parte de cada um. Daí que também o direito não é mais algo a ser buscado e descoberto, expresso pelo brocardo *id quod justum est*. O homem é incapaz de produzir justiça, o mundo está perdido e só podemos encontrar a verdadeira Justiça²³¹ através da fé. Buscá-la através da razão é uma prepotência inaceitável. O novo direito nascido da teologia luterana se resume a respeitar a lei: “sejam as leis positivas divinas contidas na Sagrada Escritura; sejam as leis positivas dos príncipes”²³².

Neste passo, Lutero substitui as fontes romanas pelas Escrituras sagradas. As conseqüências são extremas: usura e caução, por exemplo, atividades

²²⁸ VILLEY, 2014, p. 311.

²²⁹ Ibid., p. 322.

²³⁰ Ibid., p. 322.

²³¹ Tomás dirá que entre o homem e Deus não há justiça, pois esta só pode ocorrer entre semelhantes. O homem não faz “justiça” a Deus nem Deus faz “justiça” ao homem, propriamente falando. A rigor, entre Deus e o homem só cabe a misericórdia divina.

²³² VILLEY, op. Cit., p. 317.

essenciais para os bancos e para a então nascente classe comerciante, serão proibidas. Genesis 43 e 44, Lucas 12, 16 e 21 são exemplos de passagens bíblicas que Lutero tomará ao pé da letra para justificar sua posição.

O direito natural, para Lutero, é a lei divina revelada que, segundo a teologia agostiniana tradicional, substitui com vantagens, para os judeus e para os cristãos, a lei natural pagã, esta ditada por Deus primitivamente a cada consciência, com o mesmo conteúdo, mas da qual nossas consciências corrompidas só tem agora um conhecimento obscuro²³³.

Não se tratava, com efeito, de um pensamento inovador: diversos canonistas e teólogos já haviam incorrido neste equívoco. Para Michel Villey, tais pensadores, “de jusnaturalistas só tinham o nome, não a substância”²³⁴. Sabe-se que Lutero foi educado na escola de João de Wesel e Gabriel Biel, estando ligado portanto aos franciscanos Duns Escoto e Guilherme de Ockham.

A rigidez do positivismo (3) que daí emerge é latente. Inclusive os ensinamentos mais severos de Jesus Cristo, aqueles que Tomás denominava de “conselhos de perfeição” em oposição aos preceitos jurídicos, serão considerados por Lutero como obrigatórios para todo e qualquer cristão: os inimigos devem ser amados, devemos emprestar sem esperar retorno, perdoar sempre, oferecer a outra face quando agredidos e deixar-se roubar sem resistência. Mesmo o príncipe tirano deve ser respeitado. O cristão não tem direito a se levantar contra normas injustas, ainda que estas normas lhe imponham a desgraça completa: aos camponeses revoltados “ordena-lhes deixarem-se pilhar, maltratar, ‘estrangular’ pelos senhores” e até mesmo “deixarem suas filhas serem violadas”²³⁵.

Essa posição não impedia Lutero de julgar certas leis impostas pelos senhores como injustas, mas quando os camponeses resolveram rebelar-se contra a tirania, acreditando ingenuamente que por isso Lutero estaria ao lado deles, surpreenderam-se com o apoio do teólogo aos senhores. Tanto assim que Lutero chegou mesmo a exortar “os senhores a pilhar, supliciar, enforcar e estrangular”²³⁶, numa verdadeira ode ao gládio, reprovando com violência verbal a audácia dos camponeses que haviam se rebelado supostamente em nome do Evangelho. Pode parecer muito estranho num primeiro momento que um líder cristão incentive com

²³³ VILLEY, 2014, p. 319.

²³⁴ Ibid., p. 320.

²³⁵ Ibid., p. 323.

²³⁶ Ibid., p. 327.

tanto empenho a violência arbitrária do poder constituído contra uma horda de camponeses famintos. É que, para Lutero, o poder constituído recebera sua autoridade diretamente de Deus, conforme consta nas Escrituras. Rebelar-se contra a autoridade humana, portanto, se tornava equivalente a se rebelar contra o próprio Deus.

A justificação do poder a partir das Escrituras sempre fora um tema recorrente e polêmico entre os medievais. Dante Aleghieri já havia abordado a questão na obra *Da Monarquia*, concluindo muito antes de Lutero, que o poder secular recebe sua autoridade diretamente das mãos de Deus e não precisa do reconhecimento papal²³⁷.

Michel Villey então classifica Lutero como uma certa espécie de reacionário: seu pensamento implicava num retorno à Agostinho. Em matéria de teologia havia aí algo de louvável: uma fé mais simples ao contrário das complexas, infundáveis e por vezes inúteis discussões da Escolástica sobre questões, digamos, não tão importantes. Implicava um retorno aos textos sagrados e às origens do Cristianismo. Mas na seara política e no Direito, seus efeitos foram devastadores. No tempo de Agostinho, o positivismo conduzia à fé simples nas Escrituras e nada mais. No tempo de Lutero, acabava por conceder mais poder aos príncipes: a lei agora vale pela sua fonte, seja qual for seu conteúdo. Aos camponeses revoltados, Lutero responde que “sofrer e submeter-se à cruz é o único direito dos cristãos”²³⁸. Foi assim que a reforma protestante, na arena política, acabou resultando na hegemonia dos príncipes, que a partir de então, cada vez menos precisariam se submeter às diretrizes da religião. No mundo jurídico, representou o Gênesis do direito positivo moderno, refratário do direito natural clássico e da idéia do direito como a coisa justa. Com apenas um único golpe, Lutero sabotou a influência da Igreja sobre os príncipes e ainda retirou dos juízes aquela parcela de poder com a qual podiam apresentar soluções aos casos concretos através de princípios de justiça. Livres do poder da Igreja, os príncipes agora também ditavam a lei a ser aplicada *ipsis litteris* pelos magistrados. O sociólogo Christopher Dawson, analisando o cenário político da época, está de acordo com a conclusão de Villey (sem grifos no original):

²³⁷ ALEGHIERI, Dante. *Da Monarquia*. São Paulo: Lafonte, 2012.

²³⁸ VILLEY, 2014, p. 331.

Mesmo à parte da obra de organização política, contudo, o avanço da Reforma foi naturalmente favorável ao poder dos príncipes, uma vez que, como já havia sido observado, a eliminação do estamento eclesiástico e a secularização da riqueza da Igreja ajudaram os príncipes a aumentar e consolidar os próprios governos; ao passo que a instituição de uma igreja territorial luterana sob supervisão e controle do príncipe envolvia a reconstrução radical da sociedade para o benefício do príncipe, de sorte que este adquiriu uma autoridade religiosa patriarcal que era quase absoluta.

Em outra passagem bastante explícita, Dawson novamente afirma que a Reforma resultou num positivismo que, longe de favorecer a causa religiosa, forneceu mais poderes aos príncipes:

Muitas vezes, isso é visto como um triunfo do protestantismo alemão. Na verdade, foi uma derrota, sem dúvida, da tradicional ordem católica, na Igreja e no Estado, mas não menos dos ideais de Lutero de reforma cristã. A causa que triunfou foi a da revolução dos príncipes. Deixou a Alemanha dividida, com um modelo de igrejas territoriais e pequenos governos semissoberanos que seriam peões no jogo do poder político europeu pelos próximos trezentos anos. Lutero teve a sorte de morrer na véspera da batalha final, em 1546, de modo que não experimentou a amargura de ver a ruína da sua Saxônia e a transferência de Wittenberg e do eleitorado para a família de seu antigo desafeto o duque Georg der Bartige (1431-1539)²³⁹.

Uma das bases do pensamento luterano é portanto o ceticismo em relação à razão humana, idéia nada inovadora: está em Agostinho, nos franciscanos e nos demais teólogos e filósofos medievais em geral. Para eles, só importa a fé subjetiva e as sagradas Escrituras. Seus olhos estão voltados para o alto, para a salvação da alma. O mundo, e tudo o que ele contém, é enganador ou obscuro. Michel Villey comenta:

A doutrina do direito natural repousa sobre uma certa confiança na inteligência do homem; é preciso que a razão do homem, inclusive a dos pagãos, ainda seja capaz de discernir as instituições naturais das que vão contra a natureza; que não se tenha apagado a “centelha” que lhe permite discernir o justo do injusto nas coisas (“sinderese”)²⁴⁰.

Michel Batisti também destacou esse ceticismo em relação à razão humana já existente de forma bem elaborada nos primeiros anos do século XIII, muito pouco tempo depois da morte de São Tomás:

²³⁹ DAWSON, Christopher. **A Divisão da Cristandade – Da Reforma Protestante à Era do Iluminismo**. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 139-140.

²⁴⁰ VILLEY, 2014, p. 321.

Manifestam-se primeiro na sociedade e na Igreja e repercutem depois entre os doutores da universidade. As autoridades da Igreja de Paris e certo número de leigos começam a ficar com medo diante das audácias a que os arrasta Santo Tomás. O que este propunha era nada menos do que dar à inteligência a plenitude de seu fim, reconhecendo-lhe o poder de compreender uma ordem segundo a qual ela está, pelas coisas, na dependência de um Outro. Tal pensamento equivalia a exigir da inteligência uma abertura para a totalidade da realidade. Implicava também confiar plenamente nessa realidade, considerada ademais na razão como um dom de Deus, que não podia de modo algum contradizer a fé. A lei podia encontrar sua fonte na observação do que é e devia modelar-se de acordo com todas as suas variações complexas²⁴¹.

Desabrochando dois séculos depois na Reforma Protestante, o ceticismo com a razão humana, num primeiro momento, fez com que Lutero plantasse na alma alemã o culto da autoridade. Ao mesmo tempo com que libertou o príncipe do jugo do papado, possibilitou na seara teológica o princípio da livre interpretação das Escrituras. No campo jurídico, justificou um rígido positivismo:

O direito natural, para Lutero, é a lei divina revelada que, segundo a teologia agostiniana tradicional, substitui com vantagens, para os judeus e para os cristãos, a lei natural pagã, esta ditada por Deus primitivamente a cada consciência, com o mesmo conteúdo, mas da qual nossas consciências corrompidas só tem agora um conhecimento obscuro. O direito natural seria portanto a lei promulgada na Sagrada Escritura, tanto antiga como nova, e principalmente no Decálogo: no fim das contas.²⁴²

Isso explica em parte o motivo pelo qual os primeiros jusnaturalistas modernos vão buscar nas Escrituras, através de uma hermenêutica nada ortodoxa, fundamentos para as mais distintas concepções do direito natural. Estará em Pufendorf, Hobbes, Kant e Stahl. Posteriormente, em Bismarck²⁴³. A ruptura com a forma de pensar dos clássicos (Aristóteles e Tomás) atinge seu ápice.

4.1.3 A Solução de John M. Finnis: a desnecessidade de inferências

O que foi dito no capítulo 3.1 já forneceu muitos elementos para mostrar como Finnis rechaça a necessidade de inferências a partir do ser no estabelecimento da obrigação. Mesmo teorias positivistas que superam a falácia naturalista e o *is/ought*

²⁴¹ BATIST. Michel. **Nascimento da Lei Moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 195.

²⁴² VILLEY, 2014, p. 319.

²⁴³ *Ibid.*, p. 333.

problem através da redução do Direito à lei positiva, falham nessa tentativa ao reportar à uma norma fundamental pressuposta e indefinível. Finnis resume sua interpretação sobre Tomás e Aristóteles em torno da objeção cética do *is/ought problem* em cinco proposições:

(i) Aristóteles e Tomás prontamente admitiriam que deveria não pode ser deduzido de é; (ii) Os dois concordariam com a opinião de Hume de que o discernimento especulativo das “relações eternas”, mesmo relações de ‘adequação à natureza humana’, deixa em aberto a questão de que motivo tem alguém para regular suas ações de acordo com isso; (iii) Tomás iria deplorar tanto a confusão (compartilhada por Hume e Suárez! De obrigação com impulso ou influência quanto a incapacidade de Hume de ver que a razão é um ‘princípio’ ativo porque a pessoa é movida de acordo com seu entendimento da bondade e da desejabilidade das oportunidades humanas, inclusive a oportunidade de estender a inteligência e a razoabilidade a suas escolhas e ações; (iv) Tomás rejeitaria a assunção de Clarke, Grotius, Suarez e Vazquez de que os princípios primários e evidentes por si mesmos do direito natural são princípios morais, ou de que eles são inicialmente apreendidos como princípios que dizem respeito às relações evidentes por si mesmas de conformidade e desacordo com a natureza humana; (v) Tomás, como Clarke e Hume, rejeitaria a opinião de que a vontade ou o imperativo de um superior dá conta da obrigação; como Hume, ele rejeitaria a opinião de Clarke de que a obrigação é essencialmente uma questão de evitar inconsistências intelectuais; e, finalmente, ele rejeitaria tanto a opinião de Hume de que é uma questão de um sentimento que lhe é peculiar, [...] quanto à recente visão neo-humana de que enunciados de obrigação são meramente prescrições que expressam um certo tipo de compromisso ou decisão²⁴⁴.

Podemos identificar algumas passagens de São Tomás que parecem conferir razão à interpretação de Finnis. A mais clara delas encontra-se na Questão 90, Artigo 1 da Suma Teológica em que Tomás se dedica a responder ao seguinte problema: ‘A lei é algo da razão?’. O Aquinate preliminarmente explica que acerca da lei é preciso em primeiro lugar considerá-la em sentido geral e somente depois, as partes dela. Em seguida, afirma que “a respeito da lei em geral há três questões que se devem considerar: a primeira, a essência da lei; a segunda, a diferença das leis; a terceira, os efeitos da lei”.

Prosseguindo no seu tradicional raciocínio dialético, apresenta-se primeiramente os argumentos em sentido contrário, afirmando-se que “parece que a lei **não** é algo da razão” (item 3, na Suma Teologica). Entre os argumentos para sustentar esta tese, no item três, lemos:

²⁴⁴ FINNIS, 2007, p. 57.

Ademais, a lei move aqueles que a ela estão sujeitos para agir retamente. Ora, mover a agir pertence propriamente à vontade, como se evidencia do que foi preestabelecido. Logo, a lei não pertence à razão, porém mais à vontade, segundo o que também afirma o Jurisconsulto: “O que foi do agrado do príncipe, tem vigor de lei.”²⁴⁵

Esta seria, em linhas gerais a posição defendida por Vasquez e Suárez muito tempo mais tarde. Influenciados pelo estoicismo que acreditava poder “ler” na natureza as regras do bem viver e assim deduzir obrigações, os pós-renascentistas estarão interessados em vincular a lei à vontade de um superior. Mas a resposta de Tomás é, inconfundivelmente, no sentido contrário (sem grifo no original):

Diz-se com efeito, ‘lei’ “do que deve ser ligado”, pois obriga a agir. A regra e a medida dos atos humanos é, com efeito, a razão, a qual é o primeiro princípio dos atos humanos, como se evidencia do que já foi dito; cabe, com efeito, à razão ordenar ao fim, que é o primeiro princípio do agir, segundo o Filósofo. Em cada gênero, com efeito, o que é princípio é medida e regra desse gênero, como a unidade no gênero do número, e o primeiro movimento no gênero dos movimentos. **Daí resulta que a lei é algo que pertence à razão.**

Respondendo ao citado no item três, Tomás arremata (sem grifos no original):

Quanto ao 3º deve-se dizer que a razão tem pela vontade a força de mover, como acima foi dito; dado que alguém quer o fim, a razão ordena os meios. **Ora, a vontade, com relação às coisas que são ordenadas, para que possua a razão de lei, é necessário que seja regulada por alguma razão. E desse modo se entende que a vontade do príncipe tenha vigor de lei; caso contrário, a vontade do príncipe seria mais iniquidade do que lei.**

É interessante notar que Tomás faz aqui uma afirmação que pode parecer harmônica com a teoria de Suárez: “a razão tem pela vontade a força de mover”. Na sociedade, no meio político, esta vontade é a vontade do soberano (do superior) e no meio privado (particular) a vontade da própria pessoa. Ocorre que aqui Tomás ainda faz uma distinção adicional – às vezes ignorada, às vezes criticada – tornando sua tese incompatível com aquela dos pensadores mais modernos. De acordo com Tomás, entre a decisão sobre como agir e a atividade física propriamente dita, existe o “*imperium*”: trata-se de uma ordem dada pelo indivíduo a si próprio. O “*imperium*” é atributo da razão e não da vontade e ainda alega que o que move a pessoa a agir

²⁴⁵ AQUINO, 2002, p. 522.

não é exatamente sua decisão, mas esta ordem. Suárez protesta: para ele o “imperium” é algo desnecessário, impossível ou “certamente uma ficção”²⁴⁶.

Finnis argumenta que Suárez considera o movimento da vontade como uma força que impele ou empurra o indivíduo à ação. A racionalidade portanto, é empregada apenas na apreensão da vontade daquele que ordena (seja o soberano ou o próprio indivíduo) e não exatamente na apreensão da finalidade da ação como um bem a ser buscado. Este seria o motivo pelo qual o “imperium” de Tomás se torna para ele tão inaceitável ou “desnecessário”. Mas, “Tomás encara o movimento humano não como o efeito de um empurrão (seja de dentro ou a partir de um agente externo, por exemplo, de um superior), mas como a reação da pessoa à atração exercida pelo bem”²⁴⁷. Interessante notar que ao reduzir a vontade da criatura racional ao efeito de algo semelhante a um “empurrão” ou de uma “força” que o leva a agir, Suárez acaba igualando a *práxis* a um *status* de determinismo ou relação de causalidade, talvez em nada diferente da criatura irracional que é compelida a agir pela força ou pela dor. Agir por reação, aliás, é característica do mal agir: “Pode-se dizer que somente o homem bom é sujeito de obras inteligíveis, pois todas as suas ações apontam para um único fim, a saber, o próprio bem. Falando estritamente, o homem mau não é sujeito de ação (*práxis*), mas somente um ser de reação”²⁴⁸.

Tomás, por outro lado, tem o cuidado de estabelecer uma distinção entre a vontade da criatura racional e a ação instintiva que seria determinada para a criatura irracional, utilizando a própria razão como elemento fundamental, colocando-a acima da vontade mesma. Dito de outra forma: não basta que a lei seja fruto da vontade do legislador, como pensaram os pós-renascentistas e como acreditavam Ockham e seus discípulos nominalistas. Além da vontade, é preciso que a lei seja racional, pois do contrário, perde seu caráter de lei.

²⁴⁶ FINNIS, 2007, p. 325.

²⁴⁷ Ibid., p. 325.

²⁴⁸ BARZOTO, Luis Fernando. **Ley Natural y Amor: El amor como principio de La Ley Natural**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015.

4.1.3.1 Resposta de John M. Finnis à questão do suicídio

No capítulo 2.3 mencionamos uma prova fornecida por Kelsen de que Tomás de Aquino estaria flagrantemente incorrendo em uma derivação ilícita de premissas descritivas para conclusões normativas. A prova diz respeito à passagem em que Tomás argumenta, aparentemente, que é proibido (imoral) cometer suicídio, tendo em vista que “todo ser se ama naturalmente a si mesmo”²⁴⁹. Finnis não comenta diretamente tal passagem em nenhuma de suas obras e a suspeita contra Tomás é reforçada pelo fato de que, Robert P. George (principal divulgador dos trabalhos de Finnis), quando se dedicou a refutar as críticas de Kelsen à teoria do Direito natural, baseou-se exclusivamente num artigo em que Kelsen não trata diretamente de São Tomás²⁵⁰.

Tendo em vista nossas dificuldades para elucidar a objeção de Kelsen, encaminhamos um *e-mail* à John M. Finnis, questionando-o qual seria sua resposta para a passagem de Tomás. Finnis prontamente nos respondeu e autorizou a inclusão de sua resposta em nosso trabalho. Abaixo, transcrevemos a sua análise da questão e os apontamentos que diretamente nos forneceu para elucidarmos o problema:

Dear Mr. Zampier,

Kelsen was one of those who unwisely think they can read a page in the middle of a textbook and understand it without reading the explanations and definitions which precede it in the textbook. By the time we get to II-II q. 64, Aquinas's textbook on Theology had long ago told us that in all moral matters, what is natural is to be determined by asking what is reasonable, and that what is reasonable is settled by the first principles of practical reason (also called principles of natural law), all of which are self-evident (undeducted) propositions of the form “X is a good which is-to-be [=ought to be] pursued, and what is contrary to it is-to-be [=ought-to-be] avoided”. These “oughts” are norms, and are not yet moral, but they are normative and the source of moral norms, and are not purportedly derived by [fallacious] logic from any sort of facts about nature.

²⁴⁹ Para facilitar, transcrevemos novamente (já citada na p. 24) o trecho de Tomás: *Es absolutamente ilícito suicidarse por tres razones: primera, porque todo ser se ama naturalmente a sí mismo, y a esto se debe el que todo ser se conserve naturalmente en la existencia y resista, cuanto sea capaz, a lo que podría destruirle. Por tal motivo, el que alguien se dé muerte va contra la inclinación natural y contra la caridad por la que uno debe amarse a sí mismo; de ahí que el suicidarse sea siempre pecado mortal por ir contra la ley natural y contra la caridad.*

²⁵⁰ Trata-se do ensaio “A Doutrina do Direito Natural perante o Tribunal da Ciência” publicado no Brasil como um capítulo do livro: KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

So there is no trace or taint of naturalistic fallacy, nor any attempt to deduce an ought from an is, in Aquinas's moral theory. I have explained this on various occasions, for example in *Natural Law and Natural Rights* (1980/2011) pp. 33-36, 47-48, with quotation from Aquinas. Pp. 26-29 discuss some other even more ridiculous errors that Kelsen made when discussing "natural law doctrine", which he had obviously made no attempt to study in the form in which it was presented by Aquinas. Later chapters discuss first principles of practical reason, their underived status, and their development into fully moral principles such as the one against self-homicide. My later book *Aquinas* (1998) goes into all this with much more detail, many more texts, and a presentation of the whole architecture of Aquinas' philosophy as it bears on morality, politics, and law.

All good wishes,

John Finnis²⁵¹

A partir destes apontamentos de Finnis pudemos perceber que na verdade a questão já havia sido implicitamente respondida em diversos pontos de sua obra.

Em primeiro lugar, Tomás considera, segundo Finnis, que o "natural" para o ser humano é ser razoável, e o que é razoável, é determinado pelos princípios da razoabilidade prática²⁵², os quais são autoevidentes e indemonstráveis. Dizer que os princípios da razoabilidade prática são autoevidentes por si mesmos não acarreta que ele é formulado explicitamente por aqueles que se orientam por ele, nem que quando é formulado, se descobrirá que sua formulação é precisa e inquestionável e por fim, não significa que ele prescindia da experiência²⁵³. Parece-nos que a melhor forma de compreender tais princípios é, à maneira de Tomás, visualizando sua analogia com os princípios da razão teórica. Não são princípios demonstráveis pois são pressupostos ou empregados em tudo o que consideramos uma demonstração. E portanto, não são validados por sensações ou sentimentos. Pelo contrário, segundo Finnis: "eles próprios são os critérios por meio dos quais discriminamos entre impressões e desprezamos algumas de nossas impressões, por mais intensas que sejam, por serem irracionais ou injustificadas, enganadoras ou ilusórias".²⁵⁴ Finnis comenta:

[...] as ciências naturais e em geral todas as disciplinas teóricas se baseiam implicitamente em princípios epistemológicos, ou normas de racionalidade

²⁵¹ FINNIS, John M. Mensagem recebida por <brunozampier@hotmail.com> em: 22/10/2015.

²⁵² Comentamos de passagem no item 3.1. os princípios da razoabilidade prática. São eles: um plano coerente de vida, não ter preferências arbitrárias por valores, não ter preferências arbitrárias por pessoas, despreendimento e compromisso, eficiência, respeito por cada valor básico em cada ato e bem comum.

²⁵³ FINNIS, 2007, p. 75.

²⁵⁴ FINNIS, 2007, p. 89.

teórica, que não são demonstrados, são indemonstráveis, mas que são evidentes por si mesmos de uma maneira que é fortemente análoga à maneira como, para Tomás, os princípios da razoabilidade prática são evidentes por si mesmos.²⁵⁵

Esta explicação também fornece algum parâmetro para se tratar da objeção cética concernente ao relativismo das concepções de justiça e lei natural: pois que tais princípios sejam autoevidentes e indemonstráveis não significa que todos os conheçam ou que todos saibam empregá-los harmonicamente. Por exemplo: é possível extrair conclusões contrárias à moral com fundamento implícito ou declarado no bem comum, negligenciando a limitação imposta por algum outro requisito da razoabilidade prática.

Em segundo lugar é preciso considerar que Tomás está interessado em mostrar a harmonia entre a criação divina e a razão humana:

Aquinas himself was a writer not on ethics alone but on the whole of theology. He was keen to show the relationship between his ethics of natural law and his general theory of metaphysics and the world order. He wished to point out the analogies running through the whole order of being. Thus human virtue is analogous to the 'virtue' that can be predicated of anything which is a fine specimen of things of its nature, in good shape, *bene disposita secundum convenientiam suae naturae*.²⁵⁶

Este anseio de Tomás fica evidente quando ele responde, na Suma Teológica, a questão sobre a quantidade de preceitos da lei natural (Questão 94, Artigo 2). Após fazer uma analogia com o primeiro princípio da razão teórica e prática (“Assim como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem”), Tomás prossegue:

Segundo, pois, a ordem das inclinações naturais, dá-se a ordem dos preceitos da lei da natureza. Pois é inerente ao homem, por primeiro, a inclinação para o bem segundo a natureza que tem em comum com todas as substâncias, isto é, conforme cada substância deseja a conservação de seu ser de acordo com sua natureza. E segundo essa inclinação, pertencem à lei natural aquelas coisas pelas quais a vida do homem é conservada, e o contrário é impedido – Em segundo lugar, é inerente ao homem a inclinação a algumas coisas mais especiais, segundo a natureza que tem em comum com os outros animais. E segundo isso, dizem-se ser da lei natural aquelas coisas

²⁵⁵ FINNIS, 2007, p. 44.

²⁵⁶ FINNIS, 1980, p. 35.

‘que a natureza ensinou a todos os animais’, como a união do macho e da fêmea, a educação dos filhos e semelhantes.²⁵⁷

Aqui, da mesma forma como na passagem apresentada por Kelsen, Tomás traça analogias que não têm, de forma alguma, o intuito de justificar uma obrigação. Como explica Finnis, seu interesse em passagens semelhantes é mostrar a harmonia entre a Criação divina e a razão que o homem descobre nas coisas. No entanto, nas passagens em que trata da obrigação decorrente da lei humana, Tomás emprega evidentemente os postulados da razoabilidade prática, conforme este exemplo que ele mesmo fornece:

[...] se surge um caso no qual a observância de tal lei é danosa à salvação comum, não deve ela ser observada. Assim se, na cidade sitiada, se estabelece a lei de que as portas da cidade permaneçam fechadas, isso é útil à salvação comum o mais das vezes; se, porém, acontecer o caso de que os inimigos persigam alguns cidadãos, pelos quais é a cidade defendida, seria danosíssimo à cidade que as portas não lhes fossem abertas; e assim, em tal caso, as portas deveriam ser abertas, contra as palavras da lei, para que se preservasse a utilidade comum, que legislador intenciona.

Como se percebe, nesta passagem Tomás se debruça sobre uma questão prática e não a soluciona mediante qualquer inferência falaciosa de fatos para normas. Se analisarmos conforme os termos fornecidos por Finnis, aqui ele está claramente empregando pelo menos um bem humano básico, incluindo pelo menos quatro postulados da razoabilidade prática de forma harmônica: a preservação do bem da vida, aliados ao bem comum, à ausência de preferência arbitrária por pessoas, respeito por cada valor básico em cada ato e eficiência.

É claro que a conclusão de cada caso concreto pode ser alterada conforme as peculiaridades e detalhes de cada situação. Mas o importante aqui é que Tomás não incorre no is/ought problem, e, quando refere-se a dados da razão teórica não os estabelece como premissas de um raciocínio ético: seu intuito é meramente fazer analogias úteis no sistema de sua teologia e que em nada afetam a teoria da obrigação jurídica. Com efeito, Tomás não está dizendo, como sugere Kelsen, que “uma vez que os animais não se suicidam, então é ilícito se suicidar”.

²⁵⁷ AQUINO, 2002, p. 563.

4.2 REFUTAÇÃO AO ARGUMENTO DO RELATIVISMO

No que diz respeito ao argumento do relativismo, isto é, a variedade de opiniões acerca do Direito natural, Finnis em primeiro lugar nega peremptoriamente a idéia de que não é possível vislumbrar valores comuns em todas as comunidades humanas, fornecendo uma lista bastante extensa. Segundo ele, os estudos mais recentes de antropologia mostram justamente o contrário, tornando aquelas informações colecionadas por Montaigne em sua época um preconceito ultrapassado, mas que ainda encontra partidários entre os mais céticos, como Hart e Kelsen. Embora um pouco extenso, cremos ser pertinente transcrever o parágrafo em que Finnis elenca os valores e costumes comuns entre os povos, de acordo, segundo ele, com as pesquisas mais recentes:

Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita, em geral, como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida humana como, em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual; em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas (e.g. evitação do perigo) como também especulativas ou teóricas (e.g. religião). Os seres humanos, que só sobrevivem à infância quando são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores de cooperação, do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todas conhecem a amizade. Todas tem alguma concepção do *meum e tuum*, direito à propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todas valorizam o jogo, sério e formalizado, ou informal e recreativo. Todas tratam o corpo dos membros mortos do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. Todas demonstram interesse por poderes ou princípios que devem ser respeitados por serem sobre-humanos; de uma forma ou de outra, a religião é universal²⁵⁸.

Outro argumento nesta mesma linha, que nos parece bastante óbvio e que nunca é considerado pelos céticos e nem foi citado por Finnis, é a existência do próprio Direito. Todos os povos reconheceram a necessidade de se limitar a conduta humana e estipularam leis, seja através do costume, da oralidade ou da escrita.

²⁵⁸ FINNIS, 2007, p. 89.

Embora possamos encontrar povos mais permissivos que outros, a presença de regras, limites, leis e sanções de algum tipo, são sempre constantes. Isto mostra o reconhecimento universal da ilimitada possibilidade de atos humanos como um problema a ser resolvido mediante restrições coercitivas.

A rigor, o argumento do relativismo consiste numa crítica meramente retórica, pois “o fato de que existe controvérsia não é um argumento contra um dos lados dessa controvérsia”²⁵⁹. Leo Strauss chegou a afirmar que, ao invés de ser uma objeção, a variedade de opiniões é o incentivo para a busca do direito natural:

Não se pode compreender o significado do ataque desferido contra o direito natural em nome da história enquanto não se tiver percebido o quanto este argumento nada tem a ver com o assunto. Em primeiro lugar, o ‘consenso de toda a humanidade’ não é de forma alguma uma condição necessária para a existência do direito natural. Alguns dos maiores proponentes do direito natural afirmaram que, exatamente pelo fato de o direito natural ser racional, a sua descoberta pressupõe o cultivo da razão, e portanto o direito natural não será conhecido universalmente: não se deve esperar nenhum conhecimento real do direito natural por parte dos selvagens. [...] Sobretudo, o conhecimento de uma variedade indefinidamente ampla de noções acerca do certo e do errado, é antes a condição essencial para o surgimento dessa idéia: a constatacao da variedade de noções do direito é o incentivo por excelência para a busca do direito natural.²⁶⁰

Apesar de que estes dois argumentos já parecem rechaçar o argumento cético pela base, há outros elementos mais interessantes que merecem ser considerados. Nem Aristóteles e nem São Tomás de Aquino ignoraram que povos distintos conceberam leis distintas e frequentemente antagônicas, pois já na época em que viveram o relativismo era argumento recorrente contra os ideais de justiça.

Na sua obra “Da Justiça” Tomás afirma: “Aristóteles diz que, fora defendido por muitos que todas as prescrições justas seriam somente as positivadas pela lei, sendo que nada poderia realmente ser considerado como naturalmente justo. Ora, era esta a opinião dos cirenos, os seguidores de Aristipo, discípulo de Sócrates.”²⁶¹ E prossegue, explicando por que os cirenos assim pensavam, o que se aplica também aos críticos contemporâneos:

[...] qualquer proposição que exista em conformidade com a natureza é imóvel e, em qualquer lugar, refere-se à mesma virtude, como se dá em relação ao fogo que arde igualmente tanto na Grécia quanto na Pérsia.

²⁵⁹ FINNIS, 2007, p. 44.

²⁶⁰ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 11/12.

²⁶¹ AQUINO, 2012, p. 61.

Entretanto, tal afirmativa não parece ser verdadeira em relação ao justo, pois todos os elementos justos parecem sofrer modificação, variando conforme o lugar e o tempo.²⁶²

A resposta então elaborada por Tomás é reveladora e bastante útil na compreensão de sua teoria da lei natural. Na verdade, encontramos pelo menos dois argumentos diferentes e complementares, o primeiro na Suma Teológica e o segundo na obra *Da Justiça*. Começamos pela Suma, que aborda a distinção entre preceitos primários necessários e preceitos secundários contingentes. Em seguida complementaremos esta noção com a função que Tomás destina à lei positiva, consoante exposto na obra *Da Justiça*: a determinação dos preceitos secundários contingentes, estipulando regras que norteiam de forma bastante específica as atividades humanas mais rotineiras a partir de preceitos genéricos.

Na Questão 94, Artigo 4 da Suma Teológica, Tomás se debruça sobre a pergunta “A lei da natureza é uma em todos”? Partindo da declaração de Aristóteles no Livro I da Física, segundo o qual “pertence à razão proceder das coisas comuns às próprias”, Tomás distingue a razão especulativa da razão prática, caracterizando a primeira como aquela que trata das coisas necessárias, isto é, as coisas que não podem ser de outro modo em hipótese alguma, e caracterizando a segunda como aquela que trata das coisas contingentes. Um exemplo da primeira é a constatação de que o triângulo tem três ângulos iguais a dois retos, o que é verdade necessária, embora não seja de conhecimento de todos. Quando se fala no conhecimento da razão prática, “nem a verdade ou retidão é a mesma em todos, nem também nas quais é a mesma, é igualmente conhecida”²⁶³. Tomás exemplifica com a regra de que os depósitos devem ser restituídos, regra geral e a princípio conhecida e aceita por todos como justa. No entanto, “pode acontecer em algum caso que seja danoso (a restituição do depósito), e por consequência irracional, se os depósitos são restituídos, por exemplo, se alguém exige, para combater a pátria”. Prosseguindo nas possíveis hipóteses despertadas em torno da restituição dos depósitos, Tomás conclui que quanto mais se desce aos particulares, quanto mais elementos específicos são adicionados ao caso concreto, “mais serão os modos de falhar, de maneira a não ser reto ou restituindo ou não restituindo”.

²⁶² AQUINO, 2012, p. 61.

²⁶³ AQUINO, 2002, p. 567.

Por isso se dirá que, embora o preceito primário da razão prática (buscar o bem e evitar o mal) seja tão necessário quanto os preceitos primários da razão especulativa, os preceitos secundários da razão prática tornam-se cada vez mais incertos à medida que se desce às contingências da realidade concreta. Este discernimento é ainda eclipsado pelo fato de que “alguns tem a razão depravada pela paixão, ou pelo mau costume, ou pela má disposição da natureza”. É o caso do que ocorria com os Germanos, “antigamente”, quando o “latrocínio não era reputado iníquo, embora seja expressamente contra a lei da natureza [...]”²⁶⁴.

Confrontado com a afirmação de Aristóteles no Livro V da *Ética* de que a lei determina o que é justo (dando a entender num primeiro momento, uma semelhança com os sofistas), Tomás responde que neste ponto devemos entender que o justo a que se refere o estagirita, naquela passagem, diz respeito às coisas que são naturalmente justas, não como princípios comuns, mas por derivação. Logo em seguida, já na Questão 95 conclui: “[...] os princípios comuns da lei da natureza não podem aplicar-se do mesmo modo a todos, em razão da muita variedade das coisas humanas. E daí provém a diversidade da lei positiva nos diversos povos”²⁶⁵.

Jean-Marie Aubert, comentando a *Suma Teológica*, destaca a possibilidade aberta por Tomás de falarmos em uma historicidade da lei natural:

A lei natural muda? A resposta de Sto. Tomás é precisa, e permite falar de uma historicidade da lei natural. Com efeito, a lei natural pode mudar por adições, e isto em função de diversos fatores. As tendências profundas do ser humano em virtude de sua dialética própria não são fixas; constituem orientações, inclinações que precisam ser regradas, pelo fato de serem marcadas por muitas ambigüidades²⁶⁶.

Um exemplo deste caso seria a alteração da postura da Igreja em relação aos bens econômicos. Sem modificar preceitos da lei natural, inverteu a lei positiva em virtude de uma alteração no cenário econômico, social e político:

[...] a teologia e a Igreja deixaram (no século XIX) de condenar o empréstimo a juros (condenação quase absoluta até o século XVII) no dia em que o dinheiro adquiriu um valor de uso (investimento industrial), em vez de limitar-se a um valor de troca (permuta), o que o condenava à esterelidade. Em ambos os casos, é o mesmo princípio segundo que funciona: dar a outro o que lhe é devido; a mudança se situa no objeto material devido.²⁶⁷

²⁶⁴ AQUINO, 2002, p. 568.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 577.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 570.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 570.

Em conseqüência desta característica da lei natural, que só manifesta princípios genéricos, é que surge a necessidade do legislador humano e da lei positiva, que irá descer às minúcias da vida prática e das circunstâncias históricas, o que também afasta o argumento positivista de que na existência de uma lei natural, um direito positivo seria desnecessário, conforme trataremos no capítulo seguinte. Deste cotejo entre lei natural e os aspectos sociais relevantes é que a lei positiva pode se dar das mais variadas formas entre sociedades diversas²⁶⁸.

Portanto, uma outra explicação para o relativismo das concepções de lei natural é fornecida pela idéia de que o que está se alterando, na verdade, não é a lei natural em si, mas as condições da comunidade em análise, que pode ser alterada por necessidades peculiares, crenças religiosas, situações extremas e assim por diante (*E.g.*: um povo pode considerar o homicídio um crime e mesmo assim praticar canibalismo, sob a crença, não de que a vida de um ser humano não tem valor, mas de que isto agrada a um deus ou espírito, assim como permitir o roubo ou o latrocínio por acreditar que a penúria justifica tais práticas).

É interessante notar que nesta linha até mesmo Cristo fornece um exemplo destas situações, o que não passou despercebido por Tomás. No Evangelho de Mateus, após expor uma posição rígida sobre a indissolubilidade matrimonial, os apóstolos objetam afirmando que Moisés teria concedido a possibilidade da carta de divórcio, ao que Jesus responde “Moisés, por causa da dureza dos vossos corações, vos permitiu repudiar vossas mulheres [...]”²⁶⁹. Tomás então afirma que a “dureza dos vossos corações” se refere a um costume antigo em que o marido matava sua esposa quando não mais a desejava, no intuito de se casar com outra (s). Assim, para prevenir um mal maior, estaria se concedendo uma flexibilização da lei natural que impõe a indissolubilidade matrimonial, o que não constitui uma revogação da lei natural ou o seu desprezo, mas seu afastamento em virtude de costumes arraigados na comunidade. Além de permitir aqui um historicismo, este tipo de construção também acaba explicando a variedade de concepções de justiça vigente em distintas sociedades, bem como a variedade de normas positivas.

²⁶⁸ LESSA, Barbara Alencar Ferreira; OLIVEIRA, Julio Aguiar de. Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a Teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino? Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198677> > Acesso em: 14 de outubro de 2015.

²⁶⁹ BÍBLIA, Mateus, 19:1-12.

Por fim, Finnis resumiu a abordagem de Tomás para o problema da variedade de opiniões sobre o direito natural em três categorias: (1) o direito natural é formado por princípios dispostos em ordem hierárquica. Tomás chama de comuníssima aqueles mais gerais, que segundo Finnis, “expressam as formas básicas do bem humano” e que são reconhecidos por qualquer um que chegue à idade da razão e que tenha experiência suficiente para saber a que eles se referem e neste sentido, não podem “enquanto princípios gerais [*in universalī*] ser eliminados do coração humano”. Aqui, Finnis tem em mente os aspectos básicos da existência humana como a vida, o conhecimento, o companheirismo (amizade e vida em sociedade), a prole: “são, como tais, bens, isto é, coisas que vale a pena se ter, deixando de lado todas as dificuldades e as implicações particulares”²⁷⁰; (2) Mesmo as implicações morais mais elementares como aquelas acima citadas podem estar obscuras e distorcidas para pessoas específicas, em razão de preconceito, equívoco, influência de um desejo, um trauma, costumes, crenças ou interesse em gratificações específicas. Finnis cita como exemplo que muitas pessoas “na época de Tomás e hoje também, acham que a moralidade só diz respeito às relações interpessoais e que ‘todas as pessoas são livres para fazer o que quiserem nas questões que dizem respeito a elas mesmas’, ao passo que outras não conseguem ver que tem obrigações para com outrem”²⁷¹; (3) existem muitas questões morais que só podem ser respondidas corretamente por alguém que seja sábio e que as tome profundamente em consideração:

Assim, quando Hart interpõe que a concepção de ‘finalidade ou bem humanos para o homem’ que foi agasalhada pelos ‘expoentes clássicos’ do direito natural era ‘complexa’, ‘discutível’ e ‘questionável’, os expoentes clássicos teriam respondido que de fato era complexa, discutível e questionável, e que eles haviam dado contribuições bastante amplas ao debate²⁷².

Os argumentos apresentados já fornecem amplas bases para o tratamento fornecido à objeção do dualismo: as concepções de lei natural (ou justiça) variam em função de costumes, tradições, crenças, situações particulares e assim por diante. Tais situações criam conflitos que só podem ser resolvidos através da norma positiva que, além de ser também uma das explicações para a multiplicidade de

²⁷⁰ FINNIS, 2007, p. 42.

²⁷¹ *Ibid.*, 42.

²⁷² *Ibid.*, p. 42.

conceitos de lei natural, também é imprescindível para especificar os preceitos extremamente genéricos fornecidos pelo direito natural. É este o tema do próximo capítulo.

4.3 REFUTAÇÃO AO ARGUMENTO DO DUALISMO

Na opinião de Robert P. George este argumento fornecido por Kelsen é “espetacularmente pobre”²⁷³.

Para entendermos como um direito natural precisa de um direito positivo e como, desta necessidade, podem emergir uma série de divergências na lei positiva sem que isso acarrete uma contradição, precisaremos nos debruçar sobre a explicação de Tomás a respeito dos dois modos em que a lei positiva se deriva da lei natural. Curioso é encontrarmos Norberto Bobbio explicando este ponto sem atinar que tal explicação responde à objeção positivista formulada por ele em outras obras, da mesma forma como também fez Kelsen.

Logo no primeiro capítulo de “Positivismo Jurídico” Bobbio comenta as quatro espécies de leis apontadas por Tomás: a “Lex aeterna”, a “Lex naturalis”, a “Lex humana” e a “Lex divina”. Em suma, a primeira é a própria razão divina, que tudo provê e tudo conhece. A Lex divina é a lei estabelecida por Deus e positivada nas Escrituras. Na teoria do Direito, interessa-nos a Lex naturalis e a Lex humana, onde residirá o dinamismo que explica a multiplicidade de concepções sobre os direitos do homem e a própria necessidade do direito positivo.

Segundo Tomás a *Lex humana* “deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, *per conclusionem* ou *per determinationem*”²⁷⁴.

A derivação *per conclusionem* ocorre “quando a lei positiva deriva daquela natural segundo um processo lógico necessário (como se fosse a conclusão de um silogismo)” como, por exemplo, a norma positiva que proíbe o falso testemunho é deduzida da lei natural segundo a qual devemos dizer a verdade. Por sua vez, a

²⁷³ GEORGE, Robert P. **Kelsen and Aquinas on “the Natural-Law Doctrine”**. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol75/iss5/3/> > Acesso em 12 de Janeiro de 2015, p. 5.

²⁷⁴ BOBBIO, 2006, p. 61.

derivação *per determinationem* ocorre “quando a lei natural é muito genérica, correspondendo ao direito positivo determinar o modo concreto segundo o qual essa lei deva ser aplicada”. Bobbio ainda nos cita um exemplo: a lei natural estabelece que os delitos devem ser punidos, “mas a determinação da medida e do modo da punição é feita pela lei humana”²⁷⁵.

Infelizmente, Bobbio não prossegue e nem analisa esta argumentação de Tomás em face da objeção da multiplicidade de entendimentos sobre o Direito natural. De qualquer forma a resposta de Tomás é que aquilo que difere entre uma civilização e outra não é a lei natural em si, imutável e universal, mas sim a lei positiva derivada da lei natural:

As leis justas não-naturais, criadas pelos homens, não são as mesmas em todo e qualquer lugar e tempo, tal qual a pena atribuída ao furto que não é idêntica em toda parte. A razão disso é óbvia: não existe uma mesma urbanidade, isto é, uma lei superior comum para toda cidade, mas, diferente disso, as leis das cidades muito variam. Todas as leis das cidades são estabelecidas de forma a perseguir o fim político, mas é certo, no entanto, que há somente uma lei maior da cidade que, por seguir a natureza, é, dentre todas as outras, a melhor²⁷⁶.

Finnis conforme já citamos no tópico anterior referente à refutação do argumento do relativismo, afirma que nenhum povo foi indiferente ao casamento, à morte, à religião. É certo que as regras criadas por cada civilização diferem-se em muitos aspectos mas isto parece ser perfeitamente explicado pelas diferenças culturais (ou outros aspectos) que em nada afetam a existência ou a objetividade de uma lei natural. Pelo contrário, na verdade, são as peculiaridades existenciais que tornam difícil a fidelidade aos princípios da razoabilidade prática e que, portanto, justificam a lei positiva:

[...] o interesse da tradição, como o deste capítulo, tem sido mostrar que o ato de ‘fazer’ uma lei (seja judicialmente, legislativamente ou de qualquer outra maneira) é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras ‘morais’; que essas normas morais são uma questão de razoabilidade objetiva, não de capricho, convenções ou mera ‘decisão’; e que essas mesmas normas morais justificam (a) a própria instituição da lei positiva (b) as principais instituições, técnicas e modalidades dentro dessa instituição (e.g. separação de poderes), e (c) as principais instituições reguladas e

²⁷⁵ BOBBIO, 2006, p. 20.

²⁷⁶ AQUINO, 2012, p. 101.

sancionadas pela lei (e.g., o governo, contratos, propriedade, casamento e responsabilidade criminal).²⁷⁷

Sendo assim, considerando que a lei natural só trata de preceitos genéricos e que não dizem respeito à contingências inerentes à vida social, teoria defendida por Tomás e inúmeros outros jusnaturalistas, resta afastado o argumento de Kelsen de que uma lei natural descartaria uma lei positiva. Curiosamente, em nenhum momento Kelsen aborda o argumento de Tomás a respeito da necessidade de uma lei positiva em função da generalidade da lei natural.

A objeção levantada pelos positivistas também pretende questionar a utilidade da lei positiva em face da lei natural. Este assunto foi tratado por Tomás no Artigo 1 da Questão 95 da Suma Teológica: “Foi útil que algumas leis tenham sido impostas pelos homens?”. Em sentido negativo, o Aquinate nos apresenta três respostas: (a) a lei positiva é desnecessária pois os homens seriam induzidos ao bem de forma mais eficiente pelos conselhos; (b) Seria mais adequado que a justiça ficasse a cargo do arbítrio dos juízes, ao invés de limita-los com leis positivas; (c) Uma vez que é impossível à lei positiva regular todos os atos humanos (incontáveis ou infinitos), seria mais adequado deixar a justiça a cargo dos sábios, para que analisassem caso a caso a melhor solução. Em sentido contrário a resposta de Isidoro, posição que será endossada por Tomás: “As leis foram feitas para que pelo medo delas fosse coibida a audácia humana, e a inocência preservada entre os ímprobos, e nos mesmos ímprobos, dado o temor do suplício, fosse refreado o poder de prejudicar”²⁷⁸.

Embora a natureza humana seja boa, o homem não está determinado a agir virtuosamente como os animais estão determinados a agir por instinto. Da mesma forma que os animais não precisam ser coagidos a agir por instinto, e daí também não ser necessário e nem possível impor a eles uma lei positiva, da mesma forma o homem não precisaria ser coagido a se conduzir da forma como a própria natureza o determinaria. Quanto à prática, o homem tem apenas, dirá Tomás, “aptidão para a virtude”, que pode ou não desenvolver-se, o que requer estímulo e disciplina. Uma vez que frequentemente os estímulos para os vícios são tão ou mais fortes que os estímulos para a virtude, é necessário que os homens obtenham a disciplina pela estimulação de outrem, o que pode ocorrer por conselhos ou pela lei. Para aqueles

²⁷⁷ FINNIS, 2007, p. 282.

²⁷⁸ AQUINO, 2002, p. 573.

já inclinados à virtude, bastam os conselhos, mas para aqueles inclinados ao vício, faz-se necessário a coação pela força e pelo medo, inoculados pela lei²⁷⁹.

De forma complementar, ao tratar da Questão 96, acerca do poder da lei humana, respondendo ao Artigo 5 “Todos se submetem à lei?”, Tomás responde:

[...] os homens virtuosos e justos não se sujeitam à lei, mas tão somente os maus. Com efeito, o que é coagido e violento é contrário à vontade. A vontade dos bons é consoante a lei, da qual discorda a vontade dos maus. E assim, de acordo com isso, os bons não estão sob a lei, mas apenas os maus.

Com efeito, a possibilidade de conhecer o reto agir em cada circunstância é muito diferente de pautar-se por este conhecimento. Razão e vontade não são sinônimos e nem vinculam necessariamente um ao outro. Assim se percebe que a objeção positivista só teria pertinência caso a razão especulativa tivesse força determinante sobre a razão prática, mas se assim fosse, mesmo dotado de razão o homem seria uma criatura limitada pelo determinismo. Por outro lado, o argumento positivista também sugere que ainda que fosse necessário punir os homens por violações da lei natural, a lei positiva seria desnecessária, pois bastaria cotejar a conduta ao preceito jusnatural para que todos concordássemos com a justa solução. Ocorre que, concernindo ao reto agir, a lei natural não fornece as respectivas sanções para cada infração, o que será delegado então para a lei positiva estabelecer, consoante os costumes e a cultura de cada povo. Se é mais adequada a pena de morte, a prisão perpétua, o confisco de bens, o banimento ou a prestação de serviços à comunidade, é algo que dependerá não da cominação pela lei natural, mas da escolha do legislador e também, em função do princípio da proporcionalidade, da culpabilidade de cada indivíduo no caso concreto, o que pode variar, digamos, indefinidamente.

²⁷⁹ Ibid., p. 574.

5 AS OBJEÇÕES DOS NEO-ESCOLÁSTICOS

O modo como Finnis pretende fundar o dever moral e jurídico, além de refutar as críticas céticas, também acaba por colidir com a interpretação dos tomistas mais tradicionais, ou, conforme expressão usada por Robert P. George, dos neo-escolásticos²⁸⁰. Em primeiro lugar porque, ao contrário de Finnis, tomistas tradicionais ou neo-escolásticos não admitem que a derivação de fatos para normas possa constituir uma falácia lógica. Em segundo lugar porque para eles, a afirmação de que normas morais não derivam do nosso conhecimento da natureza implicaria necessariamente na proposição de que a moralidade não tem ligação com a natureza humana, o que resultaria num direito natural sem natureza. Ao contrário dos positivistas, para os quais a metafísica é uma etapa superada do pensamento filosófico, os tomistas tradicionais entendem que uma teoria – qualquer teoria – que não firme suas bases na metafísica carece dos primeiros fundamentos.

Henry Veatch, por exemplo, afirma que Germain Grisez “levanta uma muralha entre ética e metafísica”. Para Russel Hittinger a teoria de Grisez falha em inter-relacionar razão prática com uma filosofia da natureza. Lloyd Weinreb, de forma similar, sustenta que a teoria de Grisez substitui o entendimento deontológico da natureza pelo entendimento ontológico, desprezando o conceito de ser em Aristóteles. Sintetizando sua crítica em uma frase emblemática, acusa Finnis, Lon Fuller, David Richards e Ronald Dworkin de tentar criar uma “teoria do direito natural sem natureza”²⁸¹.

A questão se torna especialmente relevante porque implicaria numa grande revisão sobre a interpretação da obra de Tomás de Aquino nos últimos séculos. Atualmente, sustentar que o dever moral e jurídico em Tomás não deriva de um dever fundamental de obediência a vontade de Deus pode soar como absurdo, ainda mais por se tratar de um frade medieval dominicano, canonizado e declarado

²⁸⁰ O termo “neo-escolásticos” é empregado por Robert P. George para definir aqueles intelectuais que, via de regra, são chamados de “tomistas tradicionais”. Evidentemente George emprega o termo já como uma crítica: aqueles que compreendem a moralidade em Tomás como dependente, em último caso, da metafísica e, em especial, da vontade divina, não seriam verdadeiros tomistas, mas sim adeptos de um pensamento mais moderno, característico de Francisco Suárez e outros teólogos da escolástica espanhola. Por sua vez, os “tomistas tradicionais” acusam os adeptos da *New Natural Law* de tentar criar uma reinterpretação insustentável de Tomás.

²⁸¹ GEORGE, Robert. **Natural Law Theory – Contemporary Essays**. Oxford University Press: New York, 1994, p. 40.

doutor angélico pela Igreja Católica. Mas é justamente esta a posição da *New Natural Law* que apresentaremos no derradeiro capítulo 7, concernente às respostas de Finnis às objeções dos tomistas tradicionais.

Elegemos como principais representantes do pensamento tomista tradicional Alasdair McIntyre, Anthony Lisska, Edward Feser, Javier Hervada e Michel Villey, os quais passaremos a analisar.

5.1 MICHEL VILLEY

Michel Villey sustenta que inferir uma norma de direito da observação da natureza só incorre em um “atentado contra a lógica” se imputarmos aos clássicos um conceito de natureza que lhes fosse estranho.

Aristóteles tratou do conceito de natureza na Física, obra bem conhecida e comentada por Tomás. Enquanto neo-kantianos como Kelsen negligenciam a necessidade de uma discussão preliminar sobre o conceito de natureza, já iniciando suas abordagens empregando, aparentemente, natureza como “matéria inerte”, Aristóteles e Tomás tratam do tema pormenorizadamente antes de adentrar na discussão ética, quando então aludem ao termo *Physis* como o oposto à inércia: significa movimento em direção a uma finalidade. Heidegger, ao comentar Aristóteles, afirmou que *Physis* seria “o princípio originário interno da mudança das coisas”.

Quando os primeiros autores cristãos se debruçaram sobre a questão, sustentaram que a natureza em si, embora designe um movimento, não é um agente, mas um instrumento (as causas segundas) através do qual Deus age. De qualquer forma, tanto nos gregos quanto nos pensadores cristãos, natureza designa um movimento em direção a um fim que não é efeito dos artifícios humanos. Como exemplificará Villey, dizer que o funcionamento do nosso aparelho digestivo, sua capacidade de digerir alimentos e fornecer energia ao corpo é natural, significa tão somente traçar uma distinção com aquelas coisas que possuem finalidades artificiais criadas pelo homem, como o funcionamento de uma máquina.

Para responder ao argumento da falácia naturalista, Villey acusa então Kelsen de negligenciar o conceito de “natureza” em Aristóteles e Tomás. A lógica da

inferência de uma norma de direito a partir da observação da “natureza” só estaria comprometida quando entendemos “natureza” no sentido moderno, negligenciando que Aristóteles e Tomás tinham outro conceito em mente quando se referiam à “natureza”.

Aristóteles tratou do tema nas obras *Metafísica* e *Física*, ambas comentadas pelo Aquinate. São dois os sentidos de “natureza” apresentados no livro V da *Metafísica*: o primeiro como sinônimo de geração dos seres vivos; o segundo como princípio formal ou material do movimento, o que acabou por redundar na natureza como sinônimo de “essência”. Como Kelsen não teve o cuidado de esclarecer em qual sentido está baseando seus argumentos, Villey sugere compreendê-la pelo resgate do seu sentido etimológico: “Physis alude, em primeiro lugar, ao crescimento das plantas (physein); natura, nativitas, à gênese dos seres vivos”. Com isso, explica Villey, os gregos queriam mostrar que a natureza é movimento, o contrário de inércia, o que veio a calhar no pensamento cristão segundo o qual a natureza de fato é movimento, mas não age por si: é Deus quem age no mundo, não diretamente, mas utilizando-se da natureza que então ganha o predicado de “causas segundas”. Os gregos não foram tão longe na explicação sobre o agir de Deus no mundo mas utilizaram-se deste raciocínio para marcar a diferença entre as obras humanas e aquilo que “desabrocha por natureza”, isto é, não depende dos artifícios humanos e move-se ou desenvolve-se por conta própria. Na sequência, os gregos constataram que “assim como uma flor nasce, ganham vida naturalmente grupos sociais, comunidades familiares [...]”. Da mesma forma como uma flor nasce e se desenvolve na sequência de uma ordem, de uma harmonia que não foi preconcebida por ela própria, também a sociedade, como por exemplo a cidade de Atenas, nasceu por um instinto natural dos homens que foram se agrupando sem que houvesse um planejamento prévio ou uma concepção de sociedade anteriormente pensada. Como dirá Villey, o “programa” que engendra o desenvolvimento de uma flor é tão natural quanto o programa que impulsiona o homem a se agrupar e criar comunidades. Logo, “o jurista não cometerá nenhum crime contra a lógica quando resolver extrair da observação da cidade de Atenas o direito que ela inclui naturalmente. Só aí temos a confirmação de que o direito natural não tem sede num sistema de ‘proposições normativas’, mas nas coisas, na

natureza”²⁸². Villey finaliza sua explanação com uma afirmação no mínimo estranha: “Sua constituição natural (da cidade de Atenas), uma distribuição de tarefas, funções públicas ou privadas, classes sociais; distinção entre crianças, adultos, idosos, homens e mulheres, riquezas. É isso o que se quer dizer quando se fala de seu direito natural”²⁸³.

Portanto, um direito seria dito natural, no sentido de baseado na natureza, pelo fato de que é sinônimo de movimento, isto é, aquilo que instintivamente engendrou a fundação e desenvolvimento de uma dada sociedade. Não seria um atentado contra a lógica deduzir desta natureza todo um ordenamento jurídico porque esta natureza já é em si uma ordem normativa: os fatos que a engendraram são naturais a ela.

5.2 EDWARD FESER

Para explicar a posição tomista tradicional Edward Feser²⁸⁴ recorre inicialmente a analogias com a idéia de “bom” em julgamentos estéticos, primeiramente em figuras geométricas e depois no julgamento de características animais. Para ele, embora a apreciação de qualidades estéticas não seja idêntica a valoração moral, elas constituem uma forma genérica de bom e mau, do qual a bondade moral surgirá como uma subespécie.

No primeiro caso sabemos que um triângulo, consoante exemplo que ele fornece, consiste em uma figura com três ângulos iguais cuja soma resulta em 180 graus. Um triângulo mal desenhado certamente não deixará de ser um triângulo, embora não possua laterais perfeitamente retas e nem a soma de seus ângulos resulte em exatos 180 graus. Mesmo assim, “it would be silly to suggest that it

²⁸² VILLEY, 2014, p. 147.

²⁸³ Ibid., p. 147.

²⁸⁴ Edward Feser considera a teoria de Grisez e Finnis como a mais influente reinterpretação contemporânea da obra de Tomas. No entanto, não considera que seja uma reinterpretação razoável. (Cf. FESER, 2011, p. 85)

reflects nothing more than a subjective preference for triangles with angles adding up to 180 degrees”²⁸⁵.

Prosseguindo em suas analogias, Feser invoca o pensamento de Philippa Foot e Michael Thompson, segundo os quais, os seres vivos só podem ser descritos nos termos das categorias aristotélicas, em que as criaturas são identificadas por predicados extraídos das espécies: “coelhos são herbívoros”, “gatos possuem quatro pernas” e “seres humanos possuem trinta e dois dentes” são os exemplos citados.

Feser observa que tais proposições não podem ser adequadamente assumidas como proposições universais e nem como condição existencial: afirmar que gatos possuem quatro pernas não é afirmar que todos os gatos possuem quatro pernas. Trata-se aqui, obviamente de uma definição genérica. Da mesma forma, Aristóteles também não pretendia sustentar que, para que um animal pudesse ser um gato, precisaria necessariamente ter quatro pernas, vez que um ferimento ou um problema genético podem ocasionar uma anomalia. Quando um animal não possui – por alguma razão – as características típicas da espécie, não se conclui que aquele animal é de outra espécie, mas que ele é um exemplar *defeituoso* da referida espécie.

Assim como a definição de triângulo possui um rol taxativo e objetivo de características que não precisam estar rigorosamente presentes para definir uma figura como “triângulo”, assim também ocorre com as características animais. Nem no primeiro nem no segundo caso será subjetiva a definição/julgamento de que um é mais perfeito ou melhor que outro²⁸⁶. Um triângulo com laterais tortuosas será pior do que aquele traçado com auxílio de uma régua, assim como aquele gato com apenas duas pernas é, pelo menos em algum sentido, pior do que aquele que tem todas as pernas, como por exemplo, na habilidade de locomoção.

O mesmo raciocínio se aplicaria aos valores morais extraídos da concepção finalista do ser, tornando-os inteiramente objetivos, uma vez que “quem define um bem define um fim”, de acordo com Tomás. Assim, a falácia estaria resolvida mediante a intervenção da premissa inicial do raciocínio prático orientada aos fins dispostos pela natureza e assimilados pela razão teórica.

²⁸⁵ FESER, 2011, p. 11. Em tradução livre: “seria bobo sugerir que tal julgamento reflete nada mais do que uma preferência subjetiva por triângulos cujos ângulos somem 180 graus”.

²⁸⁶ Ibid., 2011, p. 15/16.

Logo, para os tomistas tradicionais, como é o caso de Feser, não existe falácia naturalista porque, tecnicamente, a falácia consiste em um *non sequitur* na sequência do silogismo, resolvida por Tomás através da inclusão da premissa auto-evidente de todo raciocínio prático: “o bem deve ser perseguido e feito, e o mal, evitado”. Se aplicarmos a premissa inicial ao exemplo citado temos que “um triângulo cujos três ângulos somem 180 graus é um bom triângulo”, seguindo-se a inevitável conclusão: “um triângulo cujos três ângulos somem 180 graus deve ser feito”.

Até aqui a interpretação de Feser mantém harmonia com o pensamento de Finnis. Se a finalidade fornecida pela natureza tem inteligibilidade de bem, então é possível que, em parte, a moralidade possa ser conhecida sem um apelo teológico:

Hence it seems clear that at least a substantial part of morality can, on a Thomistic account, be know in principle without appealing of God. If we know that the will is naturally ordered to pursuing what the intellect perceives as good, and know that what is in fact good is what realizes our natural ends, then we can know that if we are rational we ought to pursue those ends²⁸⁷.

Todavia, se os fins estabelecidos por Deus determinam o bem perseguido por toda conduta racional, Feser concluirá que, ao menos indiretamente, Deus é o responsável por dar ao homem um código de conduta através da natureza, pois afinal, é Ele quem estabelece as finalidades de cada ser: “For a rational agent will act only in accordance with what reason and nature command, and precisely because reason and nature command it. But reason and nature only command what they do because God as ordered them that way”.²⁸⁸.

Isto desencadeia uma hierarquia de finalidades na qual Deus ocupa o ápice, isto é, a finalidade última de toda obrigação moral. Por conseqüência:

[...] it seems highly implausible to suggest that the existence of God, as Aquinas understands him, could possibly be irrelevant to a Thomistic understanding of natural law. For if God exists, then he cannot fail to be our ultimate end, in which case everything else in our moral lives would necessarily have to be subordinated to our religious obligations²⁸⁹.

Se assim é, arremata Feser, o conhecimento de Deus torna-se imprescindível para um completo conhecimento da moral em Tomás de Aquino:

²⁸⁷ FESER, 2011, p. 67 (cap. V - Ethics).

²⁸⁸ Ibid., p. 73(cap. V - Ethics).

²⁸⁹ Ibid., p. 69/70 (cap. V - Ethics).

To be sure, if Aquinas is right that God alone can be our ultimate end, then without knowledge of this fact, our understanding of morality will be deficient, to say the least. Still, we would nevertheless have some substantial understanding of it. And while if there is a God he Will, of course, be the ultimate explanation of the natural Law (since he Will be the ultimate explanation of everything) [...] ²⁹⁰

Isto também levará Feser a sugerir que Tomás adiciona à ética o elemento teológico não contemplado por Aristóteles. Aliás, para ele, a teologia é a explicação última de toda ciência:

A natural law theory with Aristotelian metaphysics but without God is not false, even if it isn't the whole truth either. It is, we might say, a study of the 'proximate grounds' of morality, just as natural science is the study of the proximate or secondary causes of observed phenomena. Still, in morality as in science, a complete account must necessarily be a theological one ²⁹¹.

É importante destacar aqui a transição da análise da lei concebida como racional para a sua progressiva imersão no fundamento último, radicado na metafísica, onde se encontrará Deus, concebido como legislador, o qual promulga normas a serem assimiladas pelo homem racional:

Like every other form of Law, then the natural Law, if it is truly to count as Law (rather than a mere counsel of prudence) must be backed by a *lawgiver*. Since it is a law governing the natural order, the lawgiver in question would just be the source of the natural order, namely God, Who promulgates the natural law: 'by the very fact that God instilled it into man's mind so as to be known by him naturally' ²⁹².

Observe-se na passagem acima citada que ao realizar a transição para a metafísica, Feser fez questão de colocar a lei agora como “mais do que um conselho de prudência” e que assim seria com “qualquer outra forma de Lei”. Houve portanto uma sutil alteração no aspecto substantivo da lei: enquanto aplicada na prática, é concebida como racional, quando investigado seus últimos fundamentos, resume-se a lei a autoridade do supremo legislador. Isto claramente sugere um cortejo com a metafísica da vontade divina, pois se o fundamento último da lei repousa num ato de autoridade, então a razão como aspecto essencial da lei foi abandonada, pelo

²⁹⁰ FESER, 2011, p. 69 (cap. V - Ethics).

²⁹¹ Ibid., p. 78 (cap. V - Ethics).

²⁹² Ibid., p. 71/72 (cap. V - Ethics).

menos na metafísica. Tal suspeita não tardará a ser confirmada pelo próprio Feser (sem grifos no original):

Aquina's view seems to be that since things are fully intelligible only when traced back to the creative **will** of God – who, as pure act, cause of all things, the one absolutely necessary being, perfect goodness, and the supreme intellect, can alone serve as an ultimate explanation of anything – the necessity or obligatory nature of our moral obligations too can also only be fully intelligible when traced back to him²⁹³.

É significativo que Feser afirme, conforme destacamos, que em Aquino as coisas só são completamente compreendidas quando visualizadas sob a luz da vontade criativa de Deus. Em outras palavras, o retorno na cadeia hierárquica dos bens culmina na metafísica que nos apresenta a vontade divina como explicação última de todas as coisas, inclusive da racionalidade das finalidades dos seres, de onde extraímos o bem e o mal da moralidade. Seria pois uma missão difícil, para dizer o mínimo, distinguir tal posição daquela sustentada por João Duns Scoto, já discutidas no capítulo 4.1.2.2. Conforme trataremos no capítulo 6, destinado às respostas de John Finnis, a posição de Tomás é claramente oposta: o fundamento último da lei é sempre a razão, nunca a vontade.

5.3 JAVIER HERVADA

Assim como os teóricos da NNL Javier Hervada não nega que o trânsito do *ser* ao *dever ser* seja uma falácia, mas aponta uma hipótese em que, segundo ele, não existe falácia alguma. É uma posição intermediária entre Finnis e Feser.

Primeiramente distingue entre um ponto de vista lógico e um ponto de vista ontológico. Do ponto de vista lógico, “do fato de que alguma coisa é, não se pode deduzir que deve ser, porque é vem a ser um presente e dever ser denota um futuro ser de alguma coisa que ainda não é”. Do ponto de vista ontológico também seria falacioso passar de um fato para o direito: “o que é pode não ter devido ser ou pode ter devido ser: do fato de ser não se pode deduzir que deve ser”.

²⁹³ FESER, 2011, p. 73 (cap. V - Ethics).

Hervada afirma que ao longo da História inúmeros pensadores incorreram na falácia, entre eles, os sofistas “quando diziam que a lei natural é a dominação dos fortes sobre os fracos”, como também o fizeram Hobbes, Espinosa, entre outros. A única forma de não incorrer na falácia é admitir que o ser do homem “é dinâmico e perfectível, ou seja, que contém em si uma potencialidade de perfeição, de modo que o esse do homem se orienta para um *plenum esse*”, pensamento bastante próximo do raciocínio de Villey acerca do conceito de *physis* empregado por Aristóteles e por Tomás. Assim, “o dever-ser não é uma forma *a priori*, sem realidade substantiva, mas uma exigência de ser, enraizada na ontologia do ser”. “Que a pessoa humana seja digna, não por uma declaração extrínseca, mas por entidade intrínseca, não significa outra coisa senão um ser normativo, um ser que não pode ser tratado de qualquer modo, mas que deve ser tratado e deve se desenvolver de acordo com o que é devido a ele”²⁹⁴.

5.4 ALFREDO CULLETON

Alfredo Culleton²⁹⁵ também advoga a possibilidade de se extrair juízos morais da natureza, desde que bem compreendida a diferença entre os conceitos modernos e antigos de natureza, na mesma linha do pensamento de Villey:

Por espantosa que seja a idéia de se poder tirar um dever de um ser, um direito de uma natureza, quando queremos entender a origem do direito natural, julgamos inestimável compreender melhor o que significa natureza no sentido clássico. Da perspectiva de Aristóteles e Aquino, ela deve ser entendida, como qualquer outro ser, a partir de suas quatro causas²⁹⁶.

A natureza em Aristóteles e Tomás não é “pura materialidade, inerte e sem vida”, dirá Villey, mas uma natureza composta pela causa material, formal, eficiente e final. Natureza, portanto, designa um todo dinâmico, que inclui uma relação determinada de acontecimentos, modo de evolução e mudança dos seres. Não

²⁹⁴ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 46/47.

²⁹⁵ Doutor em Filosofia, professor no Programa de Pós-Graduação em Filosofia e no Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. Fez pós-doutorado no Medieval Institute da University of Notre Dame (Indiana-USA), universidade em que Finnis leciona.

²⁹⁶ CULLETON, 2011, 19.

apenas isto, mas ainda a causa final, que terá suma importância no campo da ética: preservar a realização da causa final das coisas marcará a distinção decisiva entre moralidade e imoralidade. “Tal perspectiva” prossegue, “é de essencial e de inestimável riqueza para a compreensão tanto do direito pré-moderno quanto do modo como Tomás sistematiza toda uma tradição Greco-romana com o comunizarismo cristão”. Culleton²⁹⁷ não hesita em revelar sua interpretação neo-escolástica (para usarmos a terminologia de Finnis e Robert George) da filosofia ética de Tomás: “na doutrina clássica do direito natural intervém uma segunda fonte de justiça, em que a solução justa não brota unicamente da natureza: com ela há um Deus que constitui uma ordem concreta do direito e da justiça”²⁹⁸.

É na recusa da causa final que repousa a diferença com o direito natural moderno, “braço positivista do pensamento jurídico moderno”²⁹⁹, em Hobbes, Gassendi e Spinoza, entre outros.

²⁹⁷ Além disso, dando a entender sua posição favorável a Ockham, faz um comentário questionador sobre a obra de Finnis: segundo ele, Finnis não menciona sequer uma única vez o pensamento de Ockham em sua obra *Lei Natural e Direitos Naturais* e que, certamente, “tinha razões para isso”. A razão seria que a principal contribuição de Ockham para a filosofia do Direito foi a demonstração metafísica do nominalismo, tese que, conforme interpretamos, seria o ponto chave para refutar o realismo tomista. No entanto, tal análise demandaria uma extensa pesquisa e num novo trabalho, razão pela qual optamos por não abordar o tema neste momento.

²⁹⁸ CULLETON, 2011, 20.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 19.

6 REFUTAÇÕES ÀS OBJEÇÕES DOS NEO-ESCOLÁSTICOS

Que a vida ou outro aspecto da natureza humana seja um bem, não constitui um grande problema teórico. Como mostramos logo na introdução, positivistas como Bobbio admitem direitos fundamentais, ainda que meramente como fruto da revolução histórica. A questão mais importante para um Direito natural objetivo e não meramente histórico é explicar como é que a descoberta deste bem conduz ao dever de respeitar a minha própria vida e a dos demais indivíduos, independentemente de qualquer evolução histórica ou normatização pelo ato de um legislador. Pois a moral e a lei jurídica se explicam pelo nascimento do dever e não pela simples identificação dos bens humanos: a identificação dos bens é um processo da razão teórica e não da razão prática.

As argumentações apresentadas pelos neo-escolásticos são frágeis porque apenas tangenciam esta questão central sem respondê-la. Ainda que aceitemos a idéia de que a realização da finalidade de um ser possa ser adequadamente definida como um “bem”, daí não resulta que assim “deve” ocorrer. Conhecer um bem não é o mesmo que estar obrigado a ele. O problema mais fundamental da ética não é identificar os bens, mas sim em mostrar porque é que devemos nos adequar a eles, limitando nossas ações e a dos demais membros da sociedade, harmonizando cada um dos interesses privados entre si e ainda, com o conjunto dos demais interesses particulares de cada um dos membros da sociedade, o que é mencionado por Finnis logo no início do seu livro *Lei Natural e Direitos Naturais*:

Pois que o verdadeiro problema da moralidade, e do propósito ou significado da existência humana, não está em discernir os aspectos básicos do bem-estar humano, mas em integrar esses vários aspectos em compromissos, projetos e ações inteligentes e razoáveis que contribuam para compor uma ou outra das muitas formas admiráveis de vida humana³⁰⁰.

Em relação a Feser, chama a atenção o fato de que ele está tomando a falácia naturalista como a identificação de fatos com valores, consoante crítica lançada por Edward Moore. Ocorre que não é esta a acusação lançada por David Hume e sustentada por Kelsen contra o Direito Natural a respeito da qual Finnis procura

³⁰⁰ FINNIS, 2007, p. 44.

rebater com sua interpretação de Tomás. Na verdade, a crítica de David Hume é muito mais influente e, digamos, mais comprometedora (de um ponto de vista jusnaturalista) do que a crítica de Moore. Na sequência, Feser confirma a suspeita e mostra claramente que confundiu as duas críticas e assim, está apenas tangenciando o problema. Para ele não existiria falácia em identificar, conforme exemplo citado, o triângulo desenhado corretamente com o julgamento de “bom”:

As with the triangle example, it would be silly to pretend that these judgments of goodness and badness are in any way subjective or reflective of mere human preferences, or that the inferences leading to them commit a “naturalistic fallacy”. For they simply follow from the objective facts about what counts as a flourishing or sickly instance of the biological kind or nature in question, and in particular from an organism’s realization or failure to realize the ends set for it by its nature³⁰¹.

Neste passo, o que Feser deixou de perceber foi o seguinte: ainda que admitamos uma característica distintiva do ser como uma finalidade e, como tal, algo bom, e que essa identificação seja permitida, não resulta automaticamente que ela deva ser cumprida como obrigação jurídica. Que a locomoção seja uma finalidade das pernas, e que portanto, possuir quatro pernas é bom para os gatos, não resulta necessariamente que eu deva me abster de mutilar gatos ou que o Estado esteja autorizado a proibir juridicamente tais condutas.

Observe-se que Finnis não nega que Deus seja o criador de todas as coisas e que a explicação da finalidade dos seres, encontra seu último fundamento em Deus. O que se distingue é a diferença entre o plano ontológico e o plano epistemológico: a obrigação descoberta pela razão prática não é um juízo especulativo e nem depende dele para se justificar. Questionar o fundamento último, *i.e.*, o fundamento metafísico do dever extrapola os limites da razão prática e concerne ao conteúdo da razão teórica, sendo mesmo irrelevante para uma filosofia da *práxis*.

Para usarmos o exemplo de Edward Feser, não se discute que em última instância a característica humana de possuir 32 dentes foi criada por Deus e que, a finalidade da dentição também foi criada por Ele: mastigar os alimentos. Tal plano de explicação é evidentemente a metafísica. No entanto, mesmo a “explicação última” dos fins não nos fornece o real motivo pelo qual as leis tem legitimidade para obrigar: do fato de que Deus tenha dotado o ser humano com 32 dentes, que isto seja bom e útil, não decorre uma lei jurídica que torne obrigatória a mastigação. Pelo

³⁰¹ FESER, 2011, p. 18/19 (cap. V - Ethics).

contrário, há hipóteses freqüentes em que a frustração de faculdades naturais é legítima, como extrair os dentes ou deixar de se alimentar, o que mostra claramente que algum outro fator incide entre a identificação ontológica do bem e a obrigação moral ou jurídica.

Como dito anteriormente, as quatro causas do ser em Aristóteles são juízos descritivos e, embora possam permitir juízos estéticos e qualitativos (como bom e mal, eficiente e deficiente) embutidos na causa final, não resulta nem decorre um dever necessário de obediência, como imaginam os neo-escolásticos. Uma finalidade ou uma qualidade não são por si só, deveres.

Este problema nos parece ter sido corretamente identificado Germain Grisez em sua obra *Christian Moral Principles* (sem tradução para o português), citado por Joaquín Garcia-Huidobro e Alejandro Miranda Montecinos:

La apelacion al mandato divino, que parecia sostenerla, no permite sortear esta objeción, por dos razones: (i) se necesitaria una norma moral previa que indique que los mandatos de Dios deben ser obedecidos; y principalmente (ii) las personas humanas difieren de las otras entidades naturales: no es la naturaleza humana como algo dado, sino la realización humana posible (possible human fulfillment) lo que debe proporcionar las normas inteligibles para las elecciones libres³⁰².

A idéia de que as funções naturais fornecem, por si só, razões para a ação é algo muito próximo, se não idêntico à teoria de Francisco Suarez identificada por Grisez, de que o agir moral segue o preceito “atua conforme a natureza”. É o que poderíamos chamar de biologismo³⁰³, pois acaba afastando ou no mínimo, minimizando a posição central que Tomás confere à *prudencia* (razoabilidade prática em Finnis). Garcia-Huidobro e Montecinos apresentam uma formulação do que seria efetivamente o preceito fundamental da ética tomista, segundo Finnis (sem grifos no original): “Impedir que um direito humano alcance seu fim natural, entendido como aquele que no contexto é exigido pela razão, é imoral”³⁰⁴.

A razão, em Tomás, quando aplicada em questões práticas, tem por objeto o conhecimento, não da vontade divina ou da vontade de qualquer superior (um legislador, um soberano, um chefe de estado, etc) mas da natureza *secundum*

³⁰² GARCIA-HUIDOBRO, Joaquín; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. **Finnis y Grisez ante El Argumento de La Facultad Pervertida.** Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015, p. 5.

³⁰³ Ibid., p. 7

³⁰⁴ Idem.

rationis ordinem, isto é, aquilo que de acordo com os preceitos da *prudentia*, é adequado em cada caso.

Neste passo, podemos resumir as respostas de Finnis aos neo-escolásticos da seguinte forma:

1º Admitir as quatro causas de Aristóteles de forma alguma resolve o problema da transição entre ser e dever: a causa final é um juízo ontológico, não deontológico. Em nenhum momento Villey, Feser ou outros neo-escolásticos parecem notar que existe uma diferença substancial entre algo ser uma finalidade e ser um dever: não abordam esta questão em nenhum momento e o problema parece mesmo passar despercebido. Ora, é justamente esta a acusação central contra o Direito Natural apontada por David Hume e que constituiu o decreto de falência do jusnaturalismo. Quando Edward Feser comenta sobre o *is/ought problem*, confunde-o com a crítica formulada por George Edward Moore. Além disso, depondo contra a tese neo-escolástica, há argumentos contundentes no sentido de que a frustração de finalidades do ser pode frequentemente, gerar benefícios;

2º Tomás afirma – expressa e claramente – que a vontade de Deus para as criaturas não pode ser conhecida pela razão humana, além de, a estipulação de obrigações demanda uma especificação da lei natural, genérica e abstrata por natureza, aos casos concretos. Da mesma forma, é impossível para a razão humana saber qual seria a vontade de Deus para cada caso concreto colocado em julgamento. Logo, como dito anteriormente, é necessário a intervenção de algum elemento entre a identificação ontológica dos bens e a estipulação da obrigação;

3º Tomás afirma – expressa e claramente – que a lei não é fruto de uma vontade, mas da razão;

4º Tomás afirma – expressa e claramente – que a razão prática tem princípios próprios, independentes dos princípios da razão teórica;

5º Tomás afirma – expressa e claramente – que a lei natural é uma participação da criatura racional na lei eterna, definida como a própria razão de Deus. Caso a lei fosse, em derradeira instância, fruto da vontade divina, seria mais coerente que Tomás afirmasse que a lei natural é participação da criatura dotada de livre arbítrio na vontade divina e que portanto, definisse lei eterna como a vontade divina. Mas

isto claramente resultaria na filosofia de Duns Scoto, não na filosofia de Tomás. Segundo Escoto, a própria razão é criação divina e Deus não se submete a ela, pois é onipotente, o que nos remete, por sua vez, ao dilema de Eutífron: uma coisa é boa (moral) por que é desejada por Deus ou é desejada por Deus por que é boa? A partir de Ockham, os nominalistas vão se posicionar de acordo com a primeira opção, mas Tomás não vai se opor diretamente a eles, dizendo que Deus deseja o que é bom, o que automaticamente resultaria na afirmação herética de que Deus está submetido a preceitos racionais. Tomás opta por uma terceira posição: a própria questão, segundo ele, está mal formulada. Deus é livre para tudo criar, mas suas obras são ordenadas pela sua Sabedoria.

Além disso, pela doutrina dos transcendentais, o bem faz parte da natureza do ser, o que implica afirmar que tudo o que Deus cria, por ser Ele a própria razão de ser de todas as coisas e de mantê-las na existência continuamente, somente o cria através dos elementos da sua própria natureza: *uno, bonum, verum*. Logo, que algo seja um bem, não decorre exatamente da vontade de Deus³⁰⁵ e nem de que Deus esteja submetido à racionalidade: trata-se apenas que da natureza de Deus, de onde procedem todas as coisas existentes, há o uno, o bem, etc. A lei, portanto, que não está divorciada da metafísica, não pode decorrer de uma vontade, o que implicaria numa moral rígida como ocorre em Kant e demais jusnaturalistas modernos, mas da percepção racional daquilo que é bom, abrindo-se a ética para as múltiplas possibilidades das situações existenciais em que o homem está inserido.

Evidentemente, a interpretação de Finnis soa como inovadora, tendo em vista que há séculos, seja entre tomistas seculares, seja nos próprios pronunciamentos da Igreja que elegeu Tomás seu “doutor máximo”, é freqüente a referência aos deveres morais como fundados na obediência à vontade divina. Em algum momento dos últimos séculos, a interpretação sobre a lei natural de Tomás teria sofrido uma grave distorção.

Em geral os autores divergem muito no momento de identificar os motivos pelos quais a interpretação do pensamento de Tomás acerca da lei natural teria se degenerado tanto. Ao que tudo indica, trata-se de uma confusão imensa sobre os conceitos de natureza e sobre a interação do homem com as quatro leis (eterna, divina, positiva e natural).

³⁰⁵ É verdade que se a natureza fosse diferente, outros seriam os deveres. Ver exemplo de Culleton (p. 64) e Finnis.

Jean-Marie Aubert, autor dos comentários e notas de rodapé incluídas na Suma Teológica das Edições Loyola, parece conferir razão à posição de John Finnis, apontando a revolução de Descartes como origem do problema (sem destaques no original):

Nele, a sua razão é como uma participação da luz divina, permitindo-lhe dirigir-se a si próprio, e discernindo o bem do mal. **Nesse nível, não é mais simplesmente a participação nele impressa do querer divino, mas é a participação da luz do pensamento divino.**

A desgraça é que, na sequência, o pensamento moderno, principalmente depois de Descartes, reduziu o sentido da palavra “natureza” ao domínio material e corporal (o mundo infra-humano), de modo que o natural no homem designa a parte corporal do seu ser (*res extensa*), que é um dado puro contraposto a seu verdadeiro ser, que é o pensamento reflexivo (*res cogitans*) e sua liberdade. Do mesmo modo, falar de lei natural como norma moral seria o mesmo que atribuir às leis físicas e biológicas no homem uma função normativa, consequência que se encontra em nossos dias em uma certa mentalidade conservadora de homens da Igreja, um tanto quanto inquietos no que concerne à perspectiva de reconhecer à liberdade e à razão natural o lugar que Sto. Tomás lhe reservava em sua doutrina sobre a lei natural”.

Esta distinção entre as concepções de Tomás e Vazquez parecem ficar mais evidentes quando, na Suma Teológica, Questão 90, Tomás responde à pergunta “A lei é algo da razão?”. Seguindo a tradicional forma dialética, apresenta por primeiro os argumentos em sentido negativo, entre eles uma passagem bíblica, contida na Carta aos Romanos, concluindo que “nada que é da razão está nos membros, porque a razão não usa de órgão corporal. Logo, a lei não é algo da razão”.

Ainda em sentido negativo, afirma-se que não há na razão senão potência, hábito e ato. Por sua vez, a lei não seria nem potência, nem hábito e nem ato. Ainda, e aqui é bastante significativo para o argumento da faculdade desviada, Tomás apresenta a terceira posição que nega que a lei seja algo da razão: a lei move aqueles que a ele estão sujeitos. Uma vez que mover e agir pertencem propriamente à vontade, a lei não pertenceria à razão, mas à vontade. Sustenta-o ainda uma passagem do Jurisconsulto: “O que foi do agrado do príncipe, tem vigor de lei”.

Em sentido contrário, afirma-se que é da lei preceituar e proibir. Sendo tais faculdades inerentes à razão, a lei não poderia pertencer à vontade.

A resposta de São Tomás é bastante clara, negando que a lei pertença à vontade e salientando que a lei é algo da razão. Vale a pena transcrever o trecho, pela sua importância:

A lei é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou a apartar-se da ação. Diz-se com efeito, 'lei' 'do que deve ser ligado', pois obriga a agir. A regra e a medida dos atos humanos é, com efeito, a razão, a qual é o primeiro princípio dos atos humanos, como se evidencia do que já foi dito; cabe, com efeito, à razão ordenar ao fim, que é o primeiro princípio do agir, segundo o Filósofo. Em cada gênero, com efeito, o que é princípio é medida e regra desse gênero, como a unidade do gênero do número, e o primeiro movimento no gênero dos movimentos. Daí resulta que a lei é algo que pertence à razão.

Respondendo ao terceiro e último argumento para negar que a lei seja da razão, Tomás afirma:

[...] deve-se dizer que a razão tem pela vontade a força de mover, como acima foi dito; dado que alguém quer o fim, a razão ordena os meios. Ora, a vontade, com relação às coisas que são ordenadas, para que possua a razão de lei, é necessário que seja regulada por alguma razão. E desse modo se entende que a vontade do príncipe tenha vigor de lei; caso contrário, a vontade do príncipe seria mais iniquidade do que lei.

Em outras palavras, a vontade de Deus tem força de lei porque há nela algo de racional e não porque é vontade de um ser supremo. Para a teologia, importa frisar que não se está aqui incorrendo no dilema de Eutífron: a razão não é algo a que Deus se submete, porque Deus seria a própria razão. Logo, que a vontade de Deus seja lei, provém da condição de afirmarmos que Deus é a própria razão suprema que a tudo conhece e a tudo conduz a um fim adequado, e não do fato de que a vontade de Deus deve necessariamente ser obedecida sempre por se tratar de um ser superior, com poder para obrigar as criaturas. Se a lei é algo que encontramos no homem, e a lei é fruto da razão, então é pela razão, iluminada pelos princípios da razoabilidade prática, que o homem encontra seus deveres em cada ato e não se reportando à vontade de um superior.

Uma investigação sobre a origem desta possível degeneração da interpretação da lei natural em Tomás certamente demandaria um outro trabalho e uma vasta pesquisa histórica. Por ora, cumpre mencionar que, no capítulo concernente ao tipo de positivismo inaugurado por Lutero, vimos que, segundo Villey, o Direito natural clássico, expresso na fórmula *suum cuique tribuere* foi substituída pela estrita obediência à Sagrada Escritura. Michel Villey deixa de observar uma quarta diferença entre o Direito natural clássico e o jusnaturalismo moderno: não apenas a fonte das normas foi alterada. Isto Lutero fez substituindo os princípios romanos e conceitos aristotélicos pelas Sagradas Escrituras. Ocorre que ao proceder desta

forma, também alterou o fundamento da obediência, o que parece ter passado despercebido por Villey.

Observe-se que, quando Aristóteles e os romanos apresentam fórmulas e conceitos para iluminar a lei positiva e assim extrair a justa distribuição das coisas nos casos concretos, não podem estar fundando o dever de obediência a esta lei em Deus ou na natureza. Não se trata aqui de diagnosticar ou descobrir uma lei promulgada pela divindade para obedecê-la em razão do reconhecimento e respeito a uma autoridade superior, mas de descobrir nas próprias coisas e na sua relação com o homem e a comunidade, o fundamento para a obrigação do governante e dos governados.

É certo que nas Escrituras encontramos ensinamentos de Cristo que podem ser compreendidos como regras de conduta para uma ética cristã: perdoar sempre, não entrar em litígio, amar os inimigos, não fazer aos outros o que não queremos que façam a nós mesmos. Tais regras, a princípio, podem ser compreendidas como mandamentos ou ordens emanadas por Deus e reveladas pelo testemunho dos apóstolos. Isto significa que Deus estaria revelando as regras a serem obedecidas pelos homens, em virtude de Sua vontade, o que tornaria a razão pagã desnecessária e até mesmo nociva para a salvação do indivíduo, para nos valermos da teologia luterana. Se as Escrituras nos revelam tudo o que precisamos saber para o reto-agir, de acordo com a vontade da suprema autoridade (a única que realmente interessa), seria blasfematório buscar nos pagãos algum “complemento”. Baseado neste raciocínio, Lutero rejeitava a ética de Aristóteles e, por conseqüência, a lei natural de Tomás.

Ocorre que Tomás está bem ciente da existência de regras impostas por Cristo nas Escrituras, no entanto, não as considera incompatíveis com a lei natural apresentada pelos pensadores pagãos. Além disso, haveria uma diferença substancial entre as regras impostas por Cristo para a salvação da alma, chamadas pelo aquinate de “conselhos de perfeição” e normas jurídicas impostas pela autoridade secular.

Orar pelos inimigos, amá-los e oferecer a outra face quando agredido, são condutas que só podem ser assumidas voluntariamente, pois, uma vez que se tornem obrigatórias, anula-se a voluntariedade inerente ao amor a Deus. Veja-se que tais conselhos são úteis à salvação pessoal e não necessariamente para a preservação da comunidade. Aliás, é provável que se uma certa comunidade aceitar

a submissão aos inimigos, como expressão de amor a Deus, certamente acabará extinta³⁰⁶, o que, pelo menos do ponto de vista político, não constitui nenhum bem. Daí que a norma jurídica, obrigatória para todos, não pode ter a mesma força normativa de um conselho de perfeição como pensava Lutero. Enquanto este se funda num ato voluntário de fé e de amor incondicional a Deus, com vistas à salvação da alma, aquela se funda no bem comum, com vistas à preservação da comunidade, e justamente por isso, comporta a coação jurídica.

É verdade que Deus de fato deseja o bem comum da comunidade, mas não é disso que decorre a obrigatoriedade de algumas normas, haja vista que umas tantas outras (os conselhos de perfeição), não podem ser obrigatórios. É certo que neste caso, Deus desejaria não só o bem comum da comunidade, mas também a salvação de cada alma. Se o primeiro desejo divino gerasse obrigação jurídica, não haveria motivo para que o segundo também não gerasse, até porque, de um ponto de vista religioso, a salvação da alma é até mais importante do que a salvação da comunidade. Neste caso deveríamos conferir razão à Lutero e coagir os cristãos, pela força das armas, à obediência aos conselhos de perfeição. A obrigatoriedade das normas jurídicas, isto é, a legitimidade com que coagimos pela força das armas um cidadão a assumir determinado comportamento, reside no fato de que a função do Estado é assegurar o bem comum da sociedade, ainda que o cristão virtuoso também cumpra exatamente as mesmas obrigações. A diferença reside no fundamento da obediência: naquele, o bem comum, neste o amor a Deus e a salvação da alma.

Por isso, ao final de sua obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, Finnis discorre sobre a amizade com Deus, o que certamente serve como resposta aos neo-escolásticos: em derradeira instância, Deus não deseja uma obediência cega a ordens arbitrárias decorrentes de Sua vontade, mas a amizade compreendida como a comunhão de propósitos em busca do bem comum.

Outro ponto ainda nos parece importante: ao elencar como “direito natural” a “distribuição de tarefas, funções públicas ou privadas, classes sociais [...]” conforme concebidas no surgimento da cidade, Villey parece incorrer num conservadorismo radical, além de incorrer na falácia naturalista que pretendia refutar. A menos que

³⁰⁶ Embora salve sua alma, segundo Tomás.

Villey esclarecesse seu raciocínio, este tratamento para a objeção, em nossa opinião, é bastante inadequado e deixa amplas margens para dúvidas.

É que a explicação não é suficiente para afastar o argumento de Kelsen: em primeiro lugar porque carece de uma explicação do motivo pelo qual deveríamos acatar o conceito de natureza de Tomás e Aristóteles como mais adequado do que o conceito moderno, implicitamente empregado por Kelsen. Em segundo lugar porque mesmo que acordássemos em acatar o conceito aristotélico-tomista de natureza – e aqui vislumbramos o coração do problema – o fato de que a causa final esteja implícita no conhecimento do ser, não decorre daí que algumas tendências naturais do ser possam ser excluídas de uma concepção deontológica sem se incorrer em arbitrariedade. No exemplo citado, se o impulso geral da autoconservação nos leva à norma de que devemos nos autoconservar, então, do impulso excepcional ao suicídio, deveríamos aceitar a norma de que, excepcionalmente, devemos (ou podemos) nos suicidar³⁰⁷ como corretamente argumentou Kelsen. Ou, de outro modo, se a vida ou a qualidade de ser vivo está implícita no entendimento de “homem”, não decorre que a preservação da vida é necessariamente um dever, a menos que admitamos que a faculdade de morrer também é um dever, vez que morrer é uma faculdade implícita a todos os homens tanto quanto é a vida.

Mas Villey em nenhum momento trata dessa importante objeção de Kelsen e segue argumentando que “em se tratando do homem, o conhecimento de sua natureza tem um interesse prático: tendo sido postulado que o bem, para o homem, é seguir sua natureza, o estudo da natureza humana resulta na constituição de uma moral”³⁰⁸. Neste ponto, torna-se ainda mais relevante o destaque de Finnis à questão dos bens humanos básicos e a afirmação de Tomás de que a lei destina-se ao bem comum. Em nenhum momento de seus textos Villey integra estes elementos fundamentais da teoria da lei natural tomista com o *is/ought problem* e que, em nosso entendimento, afastam a objeção de Kelsen. Observe-se que Finnis não nega a compreensão da natureza como algo intimamente conectado com a ética. Mas esta conexão não é a responsável pelo nascimento da obrigação, pois, conforme já mencionado, se existem casos excepcionais em que, da natureza humana não extraímos uma regra moral (como, da tendência ao suicídio não extraímos que suicidar-se é um dever) então é evidente que algum outro fator (ou fatores) interfere

³⁰⁷ KELSEN, 2003, P. 79.

³⁰⁸ VILLEY, 2014, p. 142.

decisivamente e com relativa independência das especulações metafísicas. Falta este aprofundamento teórico em Willey. Estes fatores são os princípios da razoabilidade prática (ou a *prudentia* em Tomás) que orientam a realização dos bens humanos básicos e o bem comum como finalidade da lei humana. Que a vida seja um bem humano básico é algo que uma especulação metafísica pode delinear e, até aqui, a explicação de Willey pode parecer satisfatória. O problema é pretender que esta percepção especulativa funde uma moral, pois em alguns casos, expor a própria vida a um grave risco ou mesmo eliminar uma vida humana, pode ser a diretriz extraída da razoabilidade prática, evidentemente agredindo aquela característica humana definida pela interpretação da natureza. É o caso da legítima defesa, cuja moralidade só pode ser explicada, não pelo recurso direto a uma especulação metafísica, mas, pela razoabilidade prática e finalidade da lei humana que orientam o reto agir consoante não apenas as características naturais humanas, mas fundamentalmente, pelas circunstâncias concretas em que o indivíduo está inserido.

Negando esta realidade, o ceticismo de Kelsen é incapaz de negar o caráter jurídico das normas jurídicas nazistas que determinavam o extermínio do povo judeu. Por sua vez, o jusnaturalismo de Willey é incapaz de explicar por que devemos negar o caráter jurídico neste caso sem incorrer no *is/ought problem* ou sem cair em outro problema: por que em alguns casos estamos moralmente e juridicamente autorizados a eliminar uma vida humana sem que isso forneça automaticamente um argumento favorável também aos regimes arbitrários e totalitários.

7 CONCLUSÃO

A divergência entre positivistas e jusnaturalistas pode ser compreendida como um desacordo sobre o papel desempenhado pela forma e pelo conteúdo das normas jurídicas. Para os positivistas, a teoria do Direito se resume a um estudo da forma, de onde retiram os critérios de criação, aplicação, interpretação, validade, eficácia e hierarquia. Entretanto, nenhum partidário da doutrina do Direito Natural discorda da importância dos critérios positivistas na aplicação prática das normas jurídicas, mas adiciona, como critério de reconhecimento de uma norma como jurídica, o seu conteúdo. A princípio esta concepção é completamente rejeitada pelos positivistas. Como bem denuncia Kelsen (e tantos outros positivistas), os jusnaturalistas até hoje não entraram em acordo sobre qual é o critério correto para relacionarmos os fatos com as normas, o que ficaria evidente pelo fato de que cada jusnaturalista chegou a conclusões diferentes e às vezes até opostas. No entanto, mesmo os positivistas mais radicais – como o próprio Kelsen – não hesitam em elencar, sob o epíteto de “princípios gerais do direito” algumas regras básicas cuja única finalidade é possibilitar a legitimidade das normas jurídicas sob o prisma de seu conteúdo. Um desses princípios pode nos servir como ponto de partida para o delineamento dos contornos de uma lei natural, ainda que de forma muito incipiente. Referimo-nos aqui ao princípio geral do direito segundo o qual ninguém está obrigado a fazer o impossível: *Lex neminem cogit ad impossibilia*.

Kelsen assume a pertinência deste princípio, afirmando que uma lei impossível não pode ser uma norma jurídica. Neste ponto, não há como negar uma contradição: sob um viés formal não existe lei impossível. Se uma norma cumpre os requisitos de sua criação, promulgação e aplicação, ela é válida. Parece-nos que o argumento kelseniano acerca da interrelação entre validade e eficácia (uma norma só é válida se for “minimamente eficaz”, isto é, se for reconhecida e aplicada em termos gerais) na verdade não é um argumento, pois consiste em mera descrição teórica do fenômeno e não refuta, de maneira alguma, o fato de que o conteúdo da norma atua de forma decisiva na sua validação. Pelo contrário, somente o confirma. Este é um ponto de fragilidade da teoria positivista, pois mostra que alguma especulação teórica sobre a realidade, ainda que elementar, atua como condicionante de validade da norma. Pois se uma norma não é válida porque não é

eficaz e não é eficaz porque é impossível de ser obedecida, então é corolário lógico a conclusão de que a realidade fática também condiciona a validade da norma a partir de seu conteúdo, sem que com isso, seja necessário recusar a validade do ponto de vista formal. Logo, os dois fundamentos de validade são notoriamente necessários e as tentativas céticas de negar esta realidade são jurídica e ontologicamente inúteis.

Portanto, quando o próprio Kelsen afirma que uma lei impossível não é uma norma jurídica, só podemos entender este “impossível” do ponto de vista do conteúdo da norma e não do ponto de vista formal, objetivo e avaliativo que fora colocado, desde o início, como estrutura da teoria positiva. E só podemos avaliar a impossibilidade de se realizar o conteúdo da norma quando a cotejamos, não com a estrutura do ordenamento ou com a norma hierarquicamente superior (como exige a teoria pura do Direito), mas com a realidade fática para a qual esta norma está destinada. Quando temos em mente normas completamente absurdas (efetivamente impossíveis), nem mesmo os positivistas conseguem negar a relevância do conteúdo como condição de validade da norma. Uma norma que imponha aos homens o dever de atravessar paredes ou se teletransportar não é uma norma jurídica. Negar, portanto, que o conteúdo é questão fulcral para a validade da norma é inútil e contraprodutivo.

É nesta relação entre o fato e a regra que se insere inevitavelmente o Direito Natural e contra este argumento parece-nos que o ceticismo kelseniano é impotente. E esta realidade fática que inexoravelmente condiciona a validade da norma pelo seu conteúdo está incorporada na teoria de Tomás e Finnis sob a forma das faculdades naturais do ser humano, que eles denominam “bens humanos”.

Esta posição consiste num desafio ao ceticismo. Se por um lado o ceticismo é capaz de fornecer razões suficientes para rejeitarmos esta e aquela definição de “natureza humana” – principalmente aquelas do jusnaturalismo moderno –, ou de “bem estar” ou de “virtudes” ele pouco ou nada pode oferecer contra o tratamento apresentado por Tomás, consoante interpretação de Finnis, sobre os bens humanos como elementos pré-morais e definidores de toda e qualquer conduta humana a partir de sua finalidade. Observe-se neste sentido que mesmo hodiernamente, apesar do abandono das especulações sobre a causa final no método científico, o finalismo ainda sobrevive no Direito em todo seu esplendor: especialmente no Direito Penal, mas não menos no Direito Civil, a perquirição da finalidade da conduta

continua como objeto de investigação de toda a produção probatória e é ela que determina o julgamento da causa: da finalidade da conduta é que descobriremos se o réu agiu com dolo ou com culpa, se praticou um crime consumado ou meramente tentado³⁰⁹. Trata-se da teoria de Hans Welzel³¹⁰ que até hoje, não obstante as chamadas teorias funcionalistas que tentam suplantá-la, constitui a premissa do ordenamento e da jurisprudência dos tribunais: não há conduta sem finalidade³¹¹ e é por ela que o réu será julgado.

Neste trabalho apresentamos as principais objeções céticas fornecidas por Kelsen, jurista que acolheu em sua obra uma tradição de pelo menos cinco séculos de críticas ao Direito Natural e as transformou em premissas para uma teoria científica do Direito. Cotejamos tais críticas com as respostas de Finnis, amparado por Tomás de Aquino e que podemos agora apresentar novamente de forma resumida, em conjunto com nossas próprias conclusões.

De acordo com Finnis, Tomás e Aristóteles jamais incorreram no *is/ought problem*. Esta refutação se baseia em dois argumentos. O primeiro refuta Kelsen e o segundo refuta Kelsen e as interpretações tomistas tradicionais: (1) de um ponto de vista lógico-formal, Tomás e Aristóteles estavam cientes de que derivar conclusões normativas a partir de premissas descritivas é uma falácia e isto fica evidente quando eles distinguem razão teórica e razão prática, invocando para cada uma premissas distintas e autoevidentes: na primeira, temos premissas descritivas, na segunda, premissas prescritivas. No caso, o raciocínio prático começa sempre com a premissa autoevidente “o bem deve ser perseguido e feito e o mal evitado” e

³⁰⁹ Neste sentido, suponha um sujeito que desfere um golpe de faca na vítima. Se a finalidade da sua conduta – que será descoberta ou inferida a partir da produção probatória – era tão somente alcançar a faca para vítima, mas devido a um escorregão acabou por feri-la, diremos que praticou uma lesão corporal culposa. Se a finalidade da sua conduta era matar a vítima que acabou sobrevivendo, diremos que foi uma tentativa de homicídio. Se a finalidade da sua conduta era matar a vítima e ela efetivamente vem a óbito, diremos que foi um homicídio consumado. Por óbvio, o finalismo aplicado à conduta humana determina o destino do acusado: são grandes as diferenças de pena entre uma lesão corporal culposa e um homicídio consumado ou tentado. Desprezando a premissa finalista da conduta, julgamentos desta forma se tornam impossíveis e quanto a isto, o ceticismo kelseniano nada pode oferecer. Ainda que em especulação teórica sempre possamos questionar os limites epistemológicos da finalidade da conduta alheia, uma conduta sem finalidade é algo impossível até mesmo na imaginação. Logo, os limites epistemológicos limitam-se às dificuldades da produção probatória e não dizem respeito à finalidade da conduta em si. Observe-se que até mesmo contrariar esta tese é contraproducente, ou como diria Finnis, gera autorrefutação.

³¹⁰ Hans Welzel (1904 – 1977), alemão, jurista e filósofo do Direito. Criou a teoria finalista da ação na década de 1930.

³¹¹ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal** – Uma introdução à doutrina da ação finalista. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

portanto, não é uma premissa descritiva, mas prescritiva. (2) A definição daquilo que é um “bem” no raciocínio prático não depende da especulação acerca da vontade divina ou das regras ditadas pela natureza, como pensam Kelsen e os cétricos em geral. Aqui, Finnis encontrará também a oposição dos tomistas tradicionais que consideram absurdo uma lei natural em Tomás independente da metafísica ou da vontade de Deus revelada na teologia. Por mais surpreendente que tal posição possa parecer, os argumentos de Finnis, assim consideramos, são contundentes e consideram várias peculiaridades que simplesmente são ignoradas por Kelsen e também pelos tomistas tradicionais. Além disso, encontramos outros argumentos não mencionados por Finnis mas que notoriamente corroboram sua tese. Neste sentido, observe-se que (a) Tomás expressamente respondeu a esta questão na Suma Teológica frisando que a lei não é fruto de uma vontade, mas da razão; (b) Afirmar que a lei natural é fruto da razão que visualiza os bens humanos básicos e avalia, a partir da razoabilidade prática, o reto agir no caso concreto, e assim não depende da vontade de um superior, invariavelmente tem conduzido cétricos e tomistas tradicionais a invocar a vontade de Deus “em última instância” como explicação última de todo reto agir, negligenciando que, na verdade, este tipo de raciocínio já é uma ingerência especulativa da razão teórica e nada tem de razão prática, cuja distinção é estabelecida inicialmente por Aristóteles e Tomás e não pode ser ignorada ao final do raciocínio³¹². Aqui, parece-nos, o rigor metodológico da

³¹² Dito de outro modo, talvez mais claro: nem Finnis e muito menos Tomás de Aquino negam que todas as coisas foram criadas por Deus. Obviamente aqui entra toda a carga metafísica e teológica do Cristianismo e particularmente, do Catolicismo. Neste passo, os seres humanos e todas as suas faculdades naturais foram criadas de acordo com a vontade de Deus que, se quisesse, poderia tê-los feito diferentes e assim, as regras morais seriam diferentes. O que foi completamente perdido, ao longo dos últimos séculos, foi a noção de que esta especulação nada tem a ver com razão prática. A perda desta noção impede tanto os cétricos quanto os tomistas tradicionais de compreender o tipo de raciocínio de Tomás. Ninguém, por exemplo, ao decidir que deve se alimentar, estabelece como premissa inicial desta conclusão que um Deus todo-poderoso criou o ser humano dotado de um corpo físico que necessita de alimentos e então conclui que deve procurar alimentos. Da mesma forma, nenhum juiz, ao decidir um caso concreto precisa (e nenhum faz isto) invocar a vontade divina ou mostrar que Deus deu a vida ao ser humano para justificar uma condenação por homicídio ou uma indenização por dano civil. Tais conclusões podem ser justificadas tão somente pelo bem comum do indivíduo ou da sociedade, assim como, dirá Finnis, o movimento das moléculas pode ser satisfatoriamente explicado sem recorrermos a Deus. Obviamente, nada impedirá Tomás de Aquino de adentrar em tais especulações e as vezes ele o faz no mesmo texto em que trata da lei natural. No entanto, uma coisa é especular o fundamento e a origem dos bens humanos (razão teórica), outra bem diferente, é decidir qual bem humano buscar na situação concreta (razão prática). Fica muito claro que ao especularmos a origem de tais coisas, estamos questionado “o que é?” e ao decidir o que fazer já estamos cogitando sobre “o que fazer?”. Nem a moral e nem o Direito, visto que são institutos da razão prática, estão interessados em explicar o que são as coisas: juízes não querem especular sobre epistemologia ou metafísica. A conclusão moral do raciocínio prático pode ser eficazmente explicada recorrendo-se ao primeiro princípio da razão prática e ao bem comum.

Escolástica transparece de forma clara e marca sua distância com as especulações contemporâneas sobre lei natural, que provavelmente, soariam muito deficientes para Aristóteles e Tomás; (c) As teorias dos pós-renascentistas como Suárez, Hugo Grocio e Gabriel Vasquez - que marcam oposição ao pensamento de Tomás - fundam a lei na vontade divina e negligenciam a distinção básica entre razão prática e razão teórica, o que constitui uma depreciação na abordagem das questões éticas cujas raízes encontramos no estoicismo. Desta forma incorrem no *is/ought problem* apontado séculos depois por Hume e incorporado por Kelsen. Ora, ao negligenciar a distinção entre razão prática e razão teórica e invocar a vontade divina como explicação última de toda lei, os “tomistas tradicionais” contemporâneos apresentam uma teoria que torna impossível distinguirmos Tomás e pós-renascentistas, prejudicando a própria interpretação dos cétricos a respeito do direito natural clássico; (d) o bem comum - e não Deus ou a metafísica – compreendido como a preservação da comunidade através da garantia legal da preservação dos bens humanos básicos, fundamentais para a autorrealização do ser humano em suas múltiplas formas de organizar e dirigir sua própria vida, é suficiente para justificarmos decisões em assuntos morais e práticos, impondo limites e diretrizes ao legislador. Isto fica evidente pelo fato de que ninguém, ao decidir questões práticas, especula primeiramente sobre a vontade divina para depois concluir o que deve fazer.

Se por um lado, nem mesmo os positivistas podem negar que a norma precisa ter um conteúdo possível (e quando o fazem, são acuados em contradições), do outro lado, as dificuldades para se encontrar a medida correta tornam a questão tão controvertida que a filosofia moderna decidiu por abandoná-la, relegando o Direito Natural a um capítulo ultrapassado da filosofia. Para São Tomás de Aquino, consoante interpretação de Finnis, a lei natural estabelece princípios autoevidentes e pré-morais, que nos revelam a finalidade de toda e qualquer conduta humana e que norteiam a criação do direito positivo, e só adquirem sentido moral quando iluminadas pelo princípio da razoabilidade prática no caso concreto. E repetimos: no caso concreto, não na especulação abstrata.

Embora este tipo de avaliação seja corriqueiro na atividade de qualquer juiz, promotor ou advogado, os grandes intelectuais neo-positivistas da nossa época insistem em negar a objetividade de tais decisões, reduzindo o conceito de Direito para algo mais adequado ao ceticismo positivista. Mas este é apenas o Direito

conforme especulação teórica, não é o Direito que existe objetivamente, que é criado com a *finalidade* de decidir casos concretos.

Além disso, este ceticismo jurídico conduz ao grave problema da falta de resposta jurídica ao problema da lei injusta. Kelsen, como mostramos na introdução, estava de acordo em reconhecer validade jurídica às atrocidades nazistas, o que significa fornecer um fortíssimo argumento a favor dos carrascos julgados em Nuremberg. Mais uma vez, esta dificuldade do ceticismo fica novamente evidente quando Kelsen falha completamente ao responder o argumento de Santo Agostinho sobre a invalidade do comando de um bando de “salteadores de estradas”. Michel Villey, citando Claudel, dispara então uma crítica ácida contra o ceticismo que, na obsessão até certo ponto legítima de se imunizar contra as arbitrariedades e violações da liberdade individual, acaba por pecar pelo excesso, como flagrantemente ocorreu com Kelsen, que reconheceu validade jurídica a qualquer coisa que cumprisse requisitos formais³¹³:

Ao negar em bloco qualquer conhecimento, mesmo que aproximativo, do justo, qualquer convergência a esse respeito entre as opiniões humanas, ele (o cético) se choca com a experiência. **O cético, dizia Claudel, é ‘aquele que não desconfia de nada’**... É de fato uma filosofia feita para círculos de intelectuais que vivem entre si, sem relação com a experiência de outros homens³¹⁴.

Atentos a isto, os romanos clássicos já tinham em mente um certo sentido de “jus”, que é o sentido absorvido por Tomás: o Direito é a coisa justa, estabelecida numa relação entre duas partes em conflito sob o amparo contingente da lei positiva. Para Finnis, isto nos mostra que o Direito, ao contrário da inexorável conclusão cética, não é apenas exercício de poder ou relação hierárquica e formal entre normas, mas exercício de racionalidade, daí a necessidade de que o conteúdo das normas respeite o princípio da razoabilidade prática³¹⁵.

Mas é muito significativo que ao final da Teoria Pura do Direito, o próprio Kelsen admite que a aplicação do “Direito”, isto é, a transposição da norma positiva pura para o mundo dos fatos, não pode ser feita sem a aplicação de alguma ideologia ou noção de justiça, o que equivale à concluir, em verdade, que um Direito

³¹³ Sem grifos no original.

³¹⁴ VILLEY, 2014, p. 514.

³¹⁵ SGARBI, Adrian. O Direito Natural Revigorado de John Finnis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan/dez 2007, p. 661/689.

sem justiça é inaplicável, impossível, nunca existiu, nem nunca existirá. Na medida em que ele próprio reconhece a imprescindibilidade da justiça na transposição da norma abstrata para o caso concreto, então estamos obrigados a reconhecer que o conceito moderno de Direito peca pelo reducionismo. Mais exata é mesmo a definição clássica assimilada por Aquino e cuja perda foi tantas vezes lamentada por Michel Villey: Direito é relação. Assim, quando Kelsen reivindica uma pureza para a teoria do Direito, não pode fazê-lo sem um recorte que extirpa da idéia de Direito aquilo que lhe dá sentido existencial: a aplicação da lei nos casos concretos, na solução das controvérsias do dia-a-dia. O resultado é uma teoria objetiva da estrutura do ordenamento que nega a cientificidade da jurisdição.

A obviedade de que o Direito depende de critérios de justiça ou de direito natural para aplicar a lei no caso concreto nos leva a questionar o motivo pelo qual, afinal de contas, o direito natural foi expulso do debate jurídico contemporâneo. Leo Strauss nos fornece uma resposta perspicaz apontando para a crise do homem contemporâneo (sem destaques no original): **“Observamos agora que a crítica filosófica em questão não é particularmente uma crítica do direito natural ou dos princípios morais em geral. É uma crítica do pensamento humano como tal”**.³¹⁶ É o que também observou Michel Batist: o abandono da obra de Tomás foi gerado por um certo temor ante a exigência de confiarmos excessivamente na razão humana.

Acreditamos que uma tal desconfiança, em excesso, prejudica drasticamente nossa definição da dignidade da pessoa humana. Como pode um ser que absolutamente nada pode saber sobre o que é bom para si, tornar-se digno? Se esta desconfiança nos salvou de catástrofes piores do que aquelas vividas na era do “Triunfo da Vontade”³¹⁷ sob o amparo do método científico aplicado ao direito, constitui uma vã especulação. Mas se a partir das noções de razoabilidade prática delineadas por Tomás e Finnis for possível reconstruir alguma confiança, um meio termo entre o ceticismo radical que em nada acredita e o jusnaturalismo moderno que se afundou em contradições, então nenhuma qualidade realmente nova do Direito virá à tona. Como dizia Tomás, é da essência do Direito (re) conduzir os homens ao bem comum e à paz.

³¹⁶ STRAUSS, 2014, p. 15.

³¹⁷ Filme alemão de 1935 dirigido por Leni Riefenstahl. Tinha por objetivo mostrar para as gerações futuras como nascia o triunfo do nazismo.

REFERÊNCIAS

ALEGHIERI, Dante. **Da Monarquia**. São Paulo: Lafonte, 2012.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ANDORNO, Roberto. **El Paso Del "Ser" Al "Deber Ser" En El Pensamiento Iusfilosófico De John Finnis**. Disponível em: <
<http://dadun.unav.edu/handle/10171/12884>> Acesso em 2 de Maio de 2015.

AQUINO, Santo Tomás de. **Do Governo dos Príncipes ao Rei de Cipro**. São Paulo: Edipro, 2013.

_____. **Suma de Teología**. 4 ed. Madrid, Espanha: B.A.C, 2001.

_____. **Suma Teológica**. Vol. IV. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Suma Contra os Gentios**. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1990.

_____. **Da Justiça**. Tradução de Tiago Tondinelli. Campinas/SP: Vide Editorial, 2012.

_____. **O Apetite do Bem e a Vontade**. São Paulo: Edipro, 2015.

_____. **A Vontade de Deus**. São Paulo: Edipro, 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém** – Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomáquea – Ética Eudemia**. Madrid: Gredos, 2008.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios**. In: **LEITE: George Salomão. Dos Princípios Constitucionais**. Malheiros: 2003.

_____. **A Dignidade Da Pessoa Humana No Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf> Acesso em: 05/02/2016.

_____. **O Controle De Constitucionalidade No Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Ley Natural y Amor: El amor como principio de La Ley Natural**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015.

BATIST. Michel. **Nascimento da Lei Moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **A Teoria das Formas de Governo na história do pensamento político**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

BOYLE, Joseph; FINNIS, John; GRISEZ, Germain. **Practical Principles, Moral Truth & Ultimate Ends**. The American Journal of Jurisprudence. V. 32. Notre Dame Law School, 1987.

CULLETON, Alfredo. **Ockham e a lei natural**. Florianópolis, Ed. da UFSC, 2011.

DAWSON, Christopher. **A Divisão da Cristandade – Da Reforma Protestante à Era do Iluminismo**. São Paulo: É Realizações, 2014.

DIP, Ricardo. **Tradição, Revolução e Pós-Modernidade**. Campinas: Millennium, 2001.

FESER, Edward. **Aquinas**. Oxford,: Oneworld Thinkers, 2011. e-book.

FINNIS, John; GRISEZ, Germain. **The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny**. The American Journal of Jurisprudence. V. 26. Notre Dame Law School, 1981.

FINNIS, John Mitchell. **Direito Natural em Tomás de Aquino – Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2007.

_____. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2007.

_____. **Natural Law and Natural Rights**. New York: Oxford University Press, 1980.

_____. **Aquinas: Moral, Political and Legal Theory**. Oxford University Press, New York, 1998.

_____. **Fundamentos de Ética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

GARCIA-HUIDOBRO, Joaquín; MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. **Finnis y Grisez ante El Argumento de La Facultad Pervertida**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3280/13.pdf>> Acesso em: 4 de Abril de 2015.

GARDEIL, Henri-Dominique. **Iniciação à Filosofia de São Tomás de Aquino – Introdução, Lógica, Cosmologia**. São Paulo: Paulus, 2013.

GEORGE, Robert P. **Natural Law Theory – Contemporary Essays**. Oxford University Press: New York, 1994.

GEORGE, Robert P. **Kelsen and Aquinas on “the Natural-Law Doctrine”**. Disponível em: < <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol75/iss5/3/> > Acesso em 12 de Janeiro de 2015.

_____. **In Defense of Natural Law**. Oxford University Press: New York, 2004.
GILSON, Etienne. **A Filosofia na Idade Média**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

GRISEZ, Germain. **Contraception and the Natural Law**. Disponível em <<http://www.twotlj.org/Contraception.pdf>> Acesso em: 10/04/2015.

_____. **El primer principio de la razon práctica**. Vol. 52 – 2005. Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos. Publicaciones Universidad de Navarra, 2005.

HART. H. L. **Positivism and the Separation of Law and Morals**. Harvard Law Review, 1958.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HITTINGER, Russel. **A Critique of the New Natural Law Theory**. Notre Dame: Indiana, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Encyclopedia Britannica: The Great Books: Chicago, 1952.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Unesp, 2009.

ISRAEL, Nicolas. **Genealogia do Direito Moderno: o Estado de Necessidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **O Problema da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LESSA, Barbara Alencar Ferreira; OLIVEIRA, Julio Aguiar de. **Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a Teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino?** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198677>> Acesso em: 14 de outubro de 2015.

MICHELETTI, Mario. **Tomismo Analítico.** Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2009.

MOORE, George Edward. **Principia Ethica.** São Paulo: Ícone, 1998.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional sistematizado.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. **Górgias.** Tradução de Daniel R. N. Lopes. São Paulo: Perspectiva, Fapesp, 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos da Filosofia do Direito.** In: *Filosofia do Direito.* 5ª ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor Coimbra, 1974.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAEZ, Carolina Pereira. **La incomensurabilidad de los Bienes Basicos en J. Finnis.** Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx>> Acesso em: 10 de outubro de 2015.

SALDANA, Javier. Descripción VS. Valoración. **Las Respuestas de John Finnis al Desafío de La Falacia Naturalista**. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx>> Acesso em: Acesso em: 2 de Outubro de 2015.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SGARBI, Adrian. **O Direito Natural Revigorado de John Finnis**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan/dez 2007, p. 661/689.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de derecho natural y de gentes**. Madrid – Espanha: Tecnos, 1994.

VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os Alemães**. São Paulo: É Realizações, 2008.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal – Uma introdução à doutrina da ação finalista**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.