

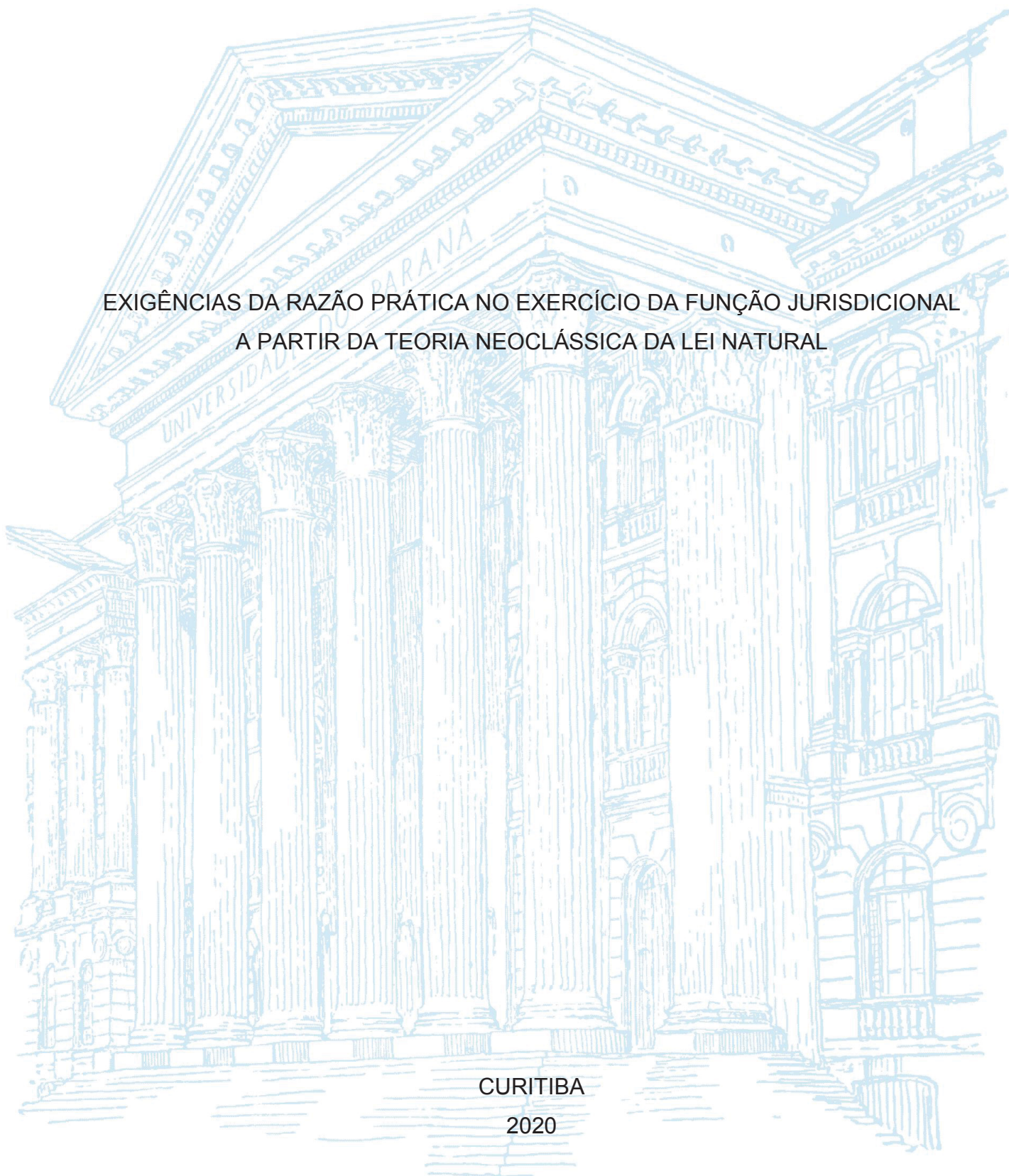
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

EDUARDO SEINO WIVIURKA

EXIGÊNCIAS DA RAZÃO PRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICCIONAL
A PARTIR DA TEORIA NEOCLÁSSICA DA LEI NATURAL

CURITIBA

2020



EDUARDO SEINO WIVIURKA

EXIGÊNCIAS DA RAZÃO PRÁTICA NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL
A PARTIR DA TEORIA NEOCLÁSSICA DA LEI NATURAL

Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Filosofia, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Souza Lobo

CURITIBA

2020

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELO SISTEMA DE BIBLIOTECAS/UFPR –
BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS HUMANAS COM OS DADOS FORNECIDOS PELO AUTOR

Fernanda Emanoéla Nogueira – CRB 9/1607

Wiviurka, Eduardo Seino

Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural. / Eduardo Seino Wiviurka. – Curitiba, 2020.

Tese (Doutorado em Filosofia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador : Prof. Dr. Lúcio Souza Lobo

1. Tomás, de Aquino, Santo, 1225?-1274-. 2. Finnis, John. 3. Direito natural - Filosofia. 4. Tomismo. 5. Jurisdição. I. Lobo, Lúcio Souza, 1965-. II. Título.

CDD – 189.4



TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em FILOSOFIA da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **EDUARDO SEINO WIVIURKA** intitulada: **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**, sob orientação do Prof. Dr. LUCIO SOUZA LOBO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua **APROVAÇÃO** no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 17 de Dezembro de 2020.

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 11:07:41.0
LUCIO SOUZA LOBO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
18/01/2021 17:26:41.0

LUIZ FERNANDO BARZOTTO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica
19/01/2021 14:39:24.0

VICTOR SALES PINHEIRO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ/UFPA)

Assinatura Eletrônica
07/01/2021 18:40:02.0

BERNARDO GUADALUPE DOS SANTOS LINS BRANDAO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica
18/01/2021 18:04:13.0

DANIEL CORTELINE SCHERER

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL - UNINTER)

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha família, em especial ao minha mãe Satiko Seino e meu pai Eugenio Wiviurka, cujos esforços e amor possibilitaram meus estudos.

Ao Professor Lúcio Souza Lobo, não apenas por ter me orientado durante esta pesquisa, mas pela amizade e exemplo vivo de virtudes.

Aos Professores Daniel Corteline Scherer e Bernardo Guadalupe dos Santos Lins Brandão, pelos conhecimentos compartilhados em debates filosóficos e pelas valiosíssimas avaliações, na ocasião da qualificação, que foram imprescindíveis ao amadurecimento desta Tese.

Ao Professor Luis Fernando Barzotto que em conversas simples ampliou meus horizontes para a compreensão do Direito e da Filosofia.

Ao Professor Victor Sales Pinheiro, pelo vanguardismo de aprofundar os estudos do *New Natural Law* no Brasil e por nos honrar com sua participação.

Ao *Witherspoon Institute*, pela oportunidade participar do *Summer Seminar* de 2018, sobre *Natural Law and Public Affairs*, na *Princeton University*, ocasião na qual pude aprender pessoalmente com Robert P. George, Christopher Tollefsen, Sherif Girgis e Ryan T. Anderson.

A Heloísa Gusmão, pela primorosa revisão e observações críticas.

Também expresso minha gratidão a Ken Bansho Neto, John Florindo de Miranda e Ivo Fernando da Costa, amigos com os quais pude debater temas desta tese.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito de Curitiba, que em etapas diferentes da minha trajetória de vida foram essenciais para a minha formação intelectual. Sabendo que a lista é muito mais extensa do que aqui mencionarei, agradeço a todos nas pessoas de Bruno Zampier, Eduardo Dall'Agnol, Thiago Bonato, Nelson Gomez, Fabiana Giuliani, Dennys Girardi, Luiz Gustavo de Andrade, Roosevelt Arraes, Dalton Borba, Érika de Paula Campos, Eros Belin de Cordeiro, Marcelo Bueno Mendes, Nadia Knopik, Lucas Guinski, Matheus Balan, Maithê Mion, Renan Telles, e Ana Laura Piaia. Também agradeço aos meus alunos, em especial aos do Grupo de Pesquisa Direito e Liberdade, que além de confiarem a mim parte de sua educação, me inspiraram a ser um acadêmico melhor.

“Ele lançou uma ponte sobre o abismo da primeira dúvida, e descobriu a realidade além, e sobre esta começou a construir. Muitas das modernas filosofias não são filosofias, mas dúvidas filosóficas; isto é, dúvida acerca da possibilidade de haver qualquer filosofia. Se aceitamos o ato ou argumento fundamental de Santo Tomás na aceitação da realidade, as deduções ulteriores serão igualmente reais; serão coisas e não palavras [...] Deste ponto podemos seguir em frente, e deduzir, desenvolver e decidir, como um homem planejando uma cidade e assentado na cadeira do juiz.”

- G. K. Chesterton

RESUMO

Adeptos da Lei Natural entendem que existem princípios morais válidos independentemente de serem ou não reconhecidos pela Lei Humana. No movimento contemporâneo da Teoria Neoclássica da Lei Natural, que promove uma releitura do pensamento tomista, tais princípios são deduzidos do Primeiro Princípio da Razão Prática. Trata-se de um Princípio que permite identificar bens humanos básicos aos quais as ações humanas se destinam. As instituições jurídicas positivas têm como objetivo, nessa vertente teórica, promover o bem comum – que surge na medida em que as condições de realização dos bens individuais são instauradas. Nisso, jusnaturalistas colocam exigências da Razão Prática para guiar e limitar o exercício do poder das autoridades no Estado de Direito. Há muito debate sobre como a função legislativa pode ser orientada pela Lei Natural, mas a mesma base teórica pode ser aplicada a outros ramos do Poder. Assim, o objetivo geral da tese é investigar os requisitos formais que devem orientar o exercício da função jurisdicional, segundo a vertente jusnaturalista. Além disso, propõe-se também adentrar no debate sobre uma relevante problemática jurídica contemporânea: *hard cases* e o caso especial do ativismo judicial. A partir da filosofia jurídica tomista, busca-se demonstrar uma orientação para uma postura de autocontenção judicial.

Palavras-chave: Santo Tomás de Aquino; John Finnis; Jurisdição Constitucional; *Hard Cases*; autocontenção judicial.

ABSTRACT

Natural Law adherents understand that there are valid moral principles regardless of whether or not they are recognized by Human Law. In the contemporary movement of New Classical Natural Law Theory, which promotes a reinterpretation of Thomist thought, such principles are deduced from the First Principle of Practical Reason. It is a Principle that allows the identification of basic human goods for which human actions are aimed. Positive legal institutions have the goal, in this theoretical aspect, to promote the common good - which arises as the conditions for the realization of individual assets are established. In this, jusnaturalists place demands of Practical Reason to guide and limit the exercise of the authorities' power under the Rule of Law. It is very debated about how the legislative rule can be guided by Natural Law, but the same theoretical basis can be applied to other branches of Power. Thus, the general objective of the thesis is to investigate the formal requirements that should guide the exercise of the jurisdictional function, according to the jusnaturalist approach. In addition, it is also proposed to enter the debate on a relevant contemporary legal issue: hard cases and the special case of judicial activism. Based on the Thomistic legal philosophy, we seek to demonstrate an orientation towards a posture of judicial self-restraint.

Keywords: St. Thomas Aquinas; John Finnis; Constitutional Jurisdiction; Hard Cases; judicial self-restraint.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 LEI NATURAL	20
2.1 O PRIMEIRO PRINCÍPIO DA RAZÃO PRÁTICA.....	21
2.1.1 A Autoevidência ou Não Derivação dos Primeiros Princípios da Razão	21
2.1.2 As Diferentes Compreensões da Lei Natural	26
2.1.3 Teleologia e a Direção da Ação pela Razão Prática	28
2.2 OS BENS HUMANOS BÁSICOS E O FLORESCIMENTO	31
2.2.1 A Ilusão de Bem	35
2.2.2 A Universalidade e a Objetividade dos Bens.....	36
2.3 O AGIR MORAL E AS EXIGENCIAS DA RAZÃO PRÁTICA	46
2.4 A SUPERIORIDADE DA LEI DIVINA EM RELAÇÃO A LEI NATURAL	51
3 ESSÊNCIA DA LEI HUMANA	58
3.1 A SUBSTÂNCIA DA LEI.....	60
3.2 A FORMA DA LEI.....	63
3.2.1 A Derivação da Lei Humana da Lei Natural	63
3.2.2 Exigências da Razão Prática e a Função Legislativa	65
3.2.3 <i>Rule of Law</i> , ou Estado de Direito	67
3.3 A AUTORIDADE DA LEI	70
3.4 O FIM DA LEI	75
3.4.1 A Justiça	76
3.4.2 O Bem Comum	82
3.5 LEIS INJUSTAS	86
3.5.1 Tipos de Leis Injustas.....	86
3.5.2 A Obrigação Moral Perante uma Lei Injusta.....	90
4. APLICAÇÃO DA LEI HUMANA	95
4.1 ELEMENTOS DO JULGAMENTO	97
4.1.1 Razão e Vontade na Jurisdição.....	99
4.1.2 Consciência e Conhecimento Privados e a Autoridade Pública	104
4.1.3 Autodeterminação do Povo e a Vontade dos Juízes	111
4.2 A ATUAÇÃO DOS JUÍZES E O <i>RULE OF LAW</i>	116
4.2.1 O Governo da Lei	117
4.2.2 O Despotismo do Judiciário.....	120

4.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES	121
4.3.1 A Usurpação de Competência.....	124
4.3.2 O Protagonismo Judicial diante da Omissão dos Poderes.....	126
4.4 O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DA LEI HUMANA	129
4.4.1 A Tarefa e o Limite do Desenvolvimento Judicial da Lei Humana.....	131
4.4.2 Casos <i>Ultra Legem</i> , Além da Lei.....	136
4.4.3 Mudança de Entendimento Judicial.....	141
4.4.4 O Direito das Minorias, Mobilizações Sociais e o Papel do Judiciário.....	142
5 CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS.....	152

1 INTRODUÇÃO

O século XX foi dominado por teorias jurídicas positivistas. Essa forma de pensar o ordenamento jurídico tinha por objetivo transformar o Direito em uma ciência. Na persecução desse fim, avanços significativos foram consolidados em torno dos saberes jurídicos, mas ao preço de reduzir a compreensão do Direito a uma análise formal, e, com isso, afastar discussões sobre a Justiça. Na busca da melhor descrição das Leis Humanas, foi posta de lado a descrição de suas causas e fundamentos – simplesmente porque esses elementos não podem ser compreendidos pela metodologia empregada. A limitação dessa abordagem não tardou em ser observada, e pode se resumir em um antigo dito de Hilário: “não deve a realidade se submeter ao discurso, mas o discurso à realidade”.¹ Para o Positivismo Jurídico, se algo não pode ser compreendido por sua metodologia, deve ser rechaçado da Teoria do Direito. Justiça, moral e ação humana não seriam, portanto, objetos do saber jurídico.²

Como reação a esse aspecto negativo da visão positivista, a partir da segunda metade do século XX, surgiram diversas teorias propondo uma conexão entre valores e normas jurídicas. Vertentes Realistas, Pós-Positivistas, Pragmatistas, Culturalistas, Discursivas, dentre outras, só podem ser aproximadas quando discordam de que a descrição da norma jurídica como fato objetivo possa servir de base para o desenvolvimento de uma compreensão do Direito. Tais teorias vão estender suas discussões para além da lei positiva. No mesmo contexto, ocorreu o resgate das teorias jusnaturalistas.

¹ I-II q.96 a.6 sc. Sobre as referências desta pesquisa faço três observações: (i) as referências dos textos clássicos, como de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e Santo Tomás, serão feitas, via de regra, a partir da divisão da obra, sendo os trechos usados conforme edição da obra constante na bibliografia desta tese; (ii) todas as citações da Suma Teológica serão feitas no estilo de referência da *disputatio*; (iii) as citações de obras em idioma inglês serão apresentadas nesta pesquisa com *tradução nossa*.

² Hans Kelsen, Positivista jurídico que se destaca pela discussão epistêmica, abriu sua obra “Teoria Pura do Direito” sustentando que: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isso significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 2006, p. 1).

Defensores do Direito Natural sustentam que a Lei Humana está submetida à Lei Natural³, que existem princípios naturais que não são meramente convencionais e que devem ser respeitados como exigência de justiça. O desacordo entre os jusnaturalistas está no conteúdo exato desses princípios e sua fundamentação. O Positivismo Jurídico faz objeções e críticas, que de fato se aplicam a vários modelos jusnaturalistas – especialmente aos modernos. Porém, as objeções céticas se mostram limitadas quando se trata de Lei Natural no pensamento de Santo Tomás de Aquino, o que contribuiu para um resgate da teoria, em uma vertente tomista, no século XX.⁴

Na segunda metade do século XX, alguns autores se aproximaram da escola jusnaturalista. Por exemplo: Lon Fuller⁵ ao falar de um Direito Natural Procedimental; Leo Strauss que, para compreender a relação entre filosofia, sociedade e política de seu tempo, apresenta uma crítica ao relativismo das teorias historicistas e se coloca na defesa de valores objetivos que transcendem a história;⁶ Eric Voegelin, que em sua obra “A Natureza do Direito”⁷ defende a conexão entre a natureza da lei com a natureza humana.

Há diversas vertentes do jusnaturalismo. Uma delas é desenvolvida em torno dos escritos do Aquinate e ressurgiu nos debates acadêmicos por influência do Papa Leão XIII que, através da encíclica *Aeterni Patris* de 1879, reafirmou a importância e a necessidade dos cristãos se aprofundarem nos ensinamentos do Santo – e na reflexão sobre a Lei Natural.

A consideração de que o Direito não se reduz à legalidade é fundamental nas posições jusnaturalistas. Para o Doutor Angélico, o Direito é pensado como parte da Ética – sendo imprescindível a discussão sobre a ação humana e sua finalidade. E, apesar da corrente tomista sempre ter sido considerada minoritária, ainda que não menos importante, na segunda metade do século XX surgiram vários filósofos

³ Como autores da Teoria Neoclássica da Lei Natural fazem, nesta tese “Direito Natural” e “Lei Natural” serão usados como sinônimos. Assim como também não há diferença entre “Direito Positivo” e “Lei Humana” (FINNIS, 2007a, p. 16).

⁴ A pesquisa acadêmica de Bruno Zampier desfaz a crença de que o Direito Natural é superado. Hans Kelsen, enquanto representante de Positivismo Jurídico, desenvolveu três argumentos principais contra o jusnaturalismo: a falácia naturalista, relativismo e dualismo. Esses argumentos, de fato refutam alguns sistemas de direito natural (como Hobbes, Locke, Suárez, Grotius e outros), mas não se aplicam ao jusnaturalismo tomista. Ele apresenta argumentos da Teoria Neoclássica da Lei Natural refutando as objeções céticas ao pensamento de Santo Tomás (ZAMPIER, 2016, p. 24-56).

⁵ FULLER, 1963.

⁶ STRAUSS, 2014.

⁷ VOEGELIN, 1998.

neotomistas. Diego Poole⁸ apresentou um estudo sumarizando o estado da arte de sua geração, citando e contextualizando as contribuições de autores como Étienne Gilson, Jacques Maritain, Mortimer J. Adler, Robert M. Hutchins, Charles de Koninck, Yves Simon, Paul Sigmund, Heinrich Rommen, John Courtney Murray, Alasdair MacIntyre e também Germain Grisez, que inaugura a vertente jusnaturalista tomista tratada nesta tese.

Em 1965 Grisez publicou o artigo “O Primeiro Princípio da Razão Prática”⁹, que resgata a tradição aristotélico-tomista através de uma nova interpretação da Lei Natural em Santo Tomás. Logo surgiram colaboradores, como Joseph Boyle, John Finnis¹⁰ e Olaf Tollefsen. Recentemente, Robert P. George, Patrick Lee, Fr. Peter Ryan, Gerard Bradley, William E. May, Christian Brugger, Christopher Tollefsen, dentre outros, têm produzido trabalhos sobre a Teoria Neoclássica da Lei Natural.¹¹ No Brasil, começam a surgir traduções dos escritos desses teóricos e também pesquisas acadêmicas que os tomam como referenciais teóricos.

Os autores contemporâneos da Lei Natural tratam diversas temáticas, todas interligadas, que variam desde de o fundamento da moral, razão prática, natureza política da autoridade e do bem comum político, até chegar nas discussões de temas políticos contemporâneos, sempre encadeando o raciocínio com referência ao fim último do homem. Mas, apesar da diversidade dos temas, a releitura de Finnis sobre o Aquinate é uma constante nas discussões, especialmente nas questões jurídicas desenvolvidas a partir do Tratado da Lei da *Summa Theologiae*.

A Suma Teológica era dedicada a estudantes de teologia. Mas, nas questões relacionadas ao Direito e à Justiça, são encontradas as partes mais empíricas e filosóficas dos escritos tomistas.¹² Para fundamentar suas posições, frequentemente

⁸ POOLE, 2017.

⁹ GRIZES, 2007.

¹⁰ Finnis (1940-), no último ano de seu doutorado, teve contato com o texto de Germain Grisez, que apresentou um ponto de vista novo no estudo da Lei Natural em Santo Tomás. Finnis em *Natural Law and Natural Rights*, por ter partido da releitura que Grisez fez, registrou: “Minha dívida para com Germain Grisez é reconhecida da mesma forma, mas requer ser mencionada explicitamente aqui. A teoria ética [...] são baseadas diretamente em meu entendimento da vigorosa re-apresentação e do desenvolvimento muito substancial que ele fez dos argumentos clássicos a respeito das duas questões.” (FINNIS, 2007a, p. 12-3).

¹¹. Existem alguns nomes possíveis para essa corrente de pensamento. Nesta pesquisa citaremos como “Teoria Neoclássica da Lei Natural”, maneira que prefere Finnis pela referência aos clássicos – que se refere a Platão, Aristóteles, e Santo Tomás, o legado da filosofia antiga e medieval.

Outros nomes frequentemente usados são “Nova Escola de Direito Natural ou “Nova Teoria do Direito Natural”, “Nova Lei Natural”, e mesmo em português é recorrente o uso do *New Natural Law*, ou apenas “NNL” (TOLLEFSEN, 2008, p. 1).

¹² HENLE, 1993, p.19.

são citadas autoridades de juristas romanos, a Bíblia, Aristóteles, Santo Agostinho e outros nomes da patrística. Ao promover um embate entre diferentes fontes reconhecidas, Santo Tomás legou uma das mais importantes obras de Filosofia do Direito já escritas. Mesmo assim, em grande parte do pensamento moderno, os escritos dele são ignorados, mesmo que suas posições e argumentos possam ser usados para lidar com problemas jurídicos modernos e contemporâneos.¹³

Um questionamento que surge é se há diferenças entre a Teoria Neoclássica e os escritos do Aquinate. George entende que o núcleo do que ele, Finnis e Grisez discutem já está presente, ou ao menos implícito, nos fundamentos da teoria moral de Aristóteles e Santo Tomás.¹⁴ Mas, se há algo novo, é porque os teóricos neoclássicos são resolutos em deixar explícita a distinção entre descrição e prescrição, e com isso afastar críticas positivistas.¹⁵

Com base nos argumentos de Santo Tomás e Aristóteles, a Teoria Neoclássica da Lei Natural realiza contribuições para o debate contemporâneo da Filosofia do Direito. Reconhecem que a Lei Humana é a única capaz de proteger certos *bens humanos* e satisfazer *exigências da razão prática*. Finnis, em “Lei Natural e Direitos Naturais”, seu *opus magnum*, discutiu e identificou alguns dos bens e dos requisitos decorrentes da Lei Natural. Isso permite avaliar a atuação das instituições das comunidades, mostrando seus acertos e falhas.¹⁶

¹³ Com destaque a Victor Sales Pinheiro (2020), que reúne importantes estudos sobre Finnis.

¹⁴ GEORGE, 2013, p. 93.

¹⁵ O Positivismo jurídico considera as teorias do Direito Natural superadas. Dentre os argumentos levantados, o principal é o de falácia naturalista. Henle explica o determinante dessa objeção: “houve pensadores do Direito Natural que sustentaram que a ordem moral poderia ser deduzida a partir de um conhecimento teórico abstrato da natureza humana. Contra essa posição, a afirmação de Hume de que não se deve deduzir um 'ser' tem força lógica válida. No entanto, a objeção falha completamente contra a posição de Santo Tomás, pois ele retira a obrigação da lei moral de um princípio auto-evidente imediato da ordem moral - a compreensão primitiva da natureza obrigatória do bem” (HENLE, 1993, p.64). Desse raciocínio, Kelsen acusa Santo Tomás de deduzir a proibição do suicídio do impulso de autoconservação, incidindo dessa forma na falácia, mas essa leitura é inadequada. Também para Finnis, a extração de conclusões normativas a partir de premissas descritivas é uma falácia lógica. No entanto, a Lei Natural em Santo Tomás é fundada na razão prática, e não nas manifestações empíricas da natureza humana. A refutação completa da falácia naturalista em relação a esse caso especial, incluindo correspondência do Finnis, encontra-se em ZAMPIER (2016, p. 110-113). Por fim, é discutível ainda se a acusação da falácia naturalista se aplica ao raciocínio de Santo Tomás, pois, mesmo que seja uma objeção formalmente válida, ainda se poderia questionar se a fundamentação de preceitos da razão prática segundo Santo Tomás é, propriamente, uma derivação. Entretanto, mesmo que seja possível defender o legado tomista negando o problema *ser e dever-ser*, os autores neoclássicos sustentam seus discursos fazendo tal distinção para possibilitar melhores diálogos e respostas às objeções feitas por outras correntes de pensamento, especialmente as objeções céticas positivistas.

¹⁶ A obra de Finnis toma em consideração em primeiro plano o modelo jurídico da *common law* (que é próprio de países de influência britânica), que possui diferenças substanciais em relação ao modelo da *civil law* (que prevalece na Europa Continental e na América Latina). Apesar das diferenças entre

Finnis cumpriu o objetivo anunciado, mas em estudos posteriores apresentou desdobramentos. O próprio autor assumiu no prefácio de sua principal obra que a discussão era introdutória. Em pesquisas posteriores, a sua compreensão sobre os bens humanos foi aprofundada, bem como a discussão e fundamentação dos requisitos da razoabilidade prática. Atualmente, continua discutindo, a partir do mesmo sistema filosófico, questões que recaem sobre a atuação de autoridades. Assim, ao longo de sua produção acadêmica, ele se dedica a enfrentar questões como “o que deve ser objeto de tutela jurídica?” e “como essa proteção deve ser feita?”.

Ao enfrentar especialmente a segunda questão, Finnis defende a existência de requisitos da Razão Prática que devem ser objetivados na Lei Humana. O autor identifica e discute essas questões especialmente tratando da *criação da lei* pela autoridade legislativa. É pouco explorada a consideração acerca de como a Lei Natural orienta o exercício do poder jurisdicional – mas isso vem a ser discutido nas publicações mais recentes de Finnis, que tratam da atuação do Judiciário. Assim, a proposta da presente tese é desenvolver a mesma discussão, a partir da mesma base teórica, porém buscando discutir outro problema – a *aplicação da lei*, exercida principalmente pelo Judiciário. A presente tese sustenta que, a partir da Lei Natural, existem princípios da Razão Prática que limitam o exercício da função jurisdicional.

Como objetivo geral, portanto, estudaremos conceitos fundamentais sobre a Lei Natural em Santo Tomás, a partir da leitura feita pela Teoria Neoclássica da Lei Natural – identificando exigências da razão prática que recaem sobre o exercício da função jurisdicional. Na execução de tal pesquisa, colocam-se também três objetivos específicos: (i) apresentar a leitura de Grisez e Finnis sobre o tema, discutindo a ação humana e a criação da Lei Humana; (ii) discutiremos o problema da fundamentação racional no exercício da jurisdição constitucional, especialmente em relação a uma importante questão de nossa época: o ativismo judicial – presente no debate em torno de *hard cases*. Portanto, buscaremos identificar como o jusnaturalismo neoclássico se posicionaria diante desse fenômeno; (iii) considerando que no Brasil já existem algumas pesquisas sobre o viés Neoclássico, e algumas traduções das obras fundamentais acerca do tema, o estudo proposto tem como

os modelos, as considerações da Lei Natural e da Lei Humana são pertinentes para ambos os sistemas. Por serem gerais, ficam acima das particularidades do direito de cada nação. Ademais, a argumentação desenvolvida por Santo Tomás tomou como base o direito europeu continental, em especial o Direito Romano, do qual derivam várias instituições presentes no Direito Ocidental.

meta acadêmica contribuir para o fortalecimento das pesquisas em Lei Natural, especialmente indicando uma via para sua incorporação no exercício da função jurisdicional.

Para cumprir esses objetivos, a presente pesquisa é estruturada em três capítulos. O primeiro discute aquilo que é comum a toda e qualquer ação humana vista individualmente. Começa-se a apresentação pelo seu marco zero, que é a contribuição de Grisez para a releitura da Lei Natural em Santo Tomás – o que permite reinserir o pensamento tomista nos debates contemporâneos da Filosofia do Direito. O capítulo explora como a razão prática opera, sempre orientada a buscar bens ou evitar males, e discute como é possível ter um agir moral, na medida em que certas exigências da razão prática são satisfeitas.

O segundo capítulo se ocupa daquilo que é comum ao exercício de qualquer autoridade constituída e discute a ação humana coletivamente. Quando agimos no mundo, nossa ação afeta e é afetada por outros, donde surge a necessidade de prescrições para a coordenação de ações, o que é feito por autoridades competentes através da edição de normas jurídicas que visam o bem comum. E, independente se a função é legislativa, executiva ou jurisdicional, existem requisitos da Razão Prática que guiam e limitam o exercício dessas autoridades. A discussão será feita para apresentar de que forma a Lei Natural orienta a criação da Lei Humana e os princípios formais que decorrem dessa relação. Essa discussão também se aplica às autoridades judiciais, afinal, a decisão judicial é lei entre as partes.

O terceiro capítulo trata de forma específica as exigências da razão prática que orientam o exercício da função jurisdicional. Também é a parte derradeira da tese, que só é possível ser atingida depois de tratados os fundamentos dos dois capítulos anteriores. A pretensão é apresentar os princípios formais e como eles, se observados, posicionariam o magistrado em questões próprias de nossa época sobre a função jurisdicional. Tais princípios constituem o principal aspecto propositivo da presente tese.

A argumentação da pesquisa, portanto, segue uma ordem dedutiva. Quanto à fundamentação, a tese é eminentemente bibliográfica, atendo-se principalmente aos escritos tomistas e à obra de Finnis. Além disso, os princípios formais que serão explicitados ao longo da tese podem ser ilustrados, na medida em que tomamos casos (sejam reais ou ficcionais) para análise. É diante de situações difíceis que

podemos testar as respostas conferidas por uma teoria. Assim, no último capítulo, também Robert George assume um lugar de destaque enquanto marco teórico para estabelecer o diálogo com importantes casos da jurisprudência americana. Na mesma linha, tanto quanto possível, também serão estabelecidas conexões com decisões da Suprema Corte brasileira.

Santo Tomás não tinha como objetivo dialogar apenas com questões de sua época. Ao passo que cita autoridades, ele estabelece uma síntese de discussões passadas, e, somado a isso, Finnis afirma que a obra do Aquinate, escrita no século XIII, tem respostas para questões jurídicas, sociais e políticas modernas e contemporâneas – afinal, era uma teoria que aspirava à universalidade.¹⁷ Cada época enfrenta seus próprios desafios e pode pensar sua realidade a partir da razão prática. Diante disso, para contextualizar melhor a discussão do terceiro capítulo e aumentar a relevância desta tese, pretende-se discutir um dos problemas da filosofia contemporânea do direito que recai sobre a função jurisdicional – especialmente quando seus limites e possibilidades de *hard cases*.

Em uma divisão simples, podemos categorizar todos os casos jurídicos possíveis em *easy cases* e *hard cases*. Essas categorias ganharam relevância no final do século XX e começo do XXI, especialmente com Herbert Hart e Ronald Dworkin. Um *easy case* é quando determinada controvérsia jurídica, que acontece no plano fático, pode ser resolvida de forma axiologicamente satisfatória pela ordem jurídica vigente. Se determinada lei prevê em abstrato certa possibilidade fática, que ocorre em determinado momento na realidade, e a lei traz uma solução substancialmente justa, tal solução será aplicada na realidade concreta através da atuação da autoridade competente. Para esse tipo de caso, as mais diversas teorias jurídicas, apesar de terem fundamentos diferentes, convergem em aceitar a solução proposta. Diante de *easy cases*, não haveria discrepância se comparássemos a decisão de um juiz jusnaturalista com a de um positivista ou pós-positivista. Uma comparação de sentenças condenatórias, por exemplo, poderia até trazer atribuições de penas ou indenizações diferentes, o que decorreria da discricionariedade própria do exercício jurisdicional, mas não discrepâncias.

Os *hard cases*, por outro lado, levantam inúmeros debates no campo da filosofia do direito. Eles surgem quando há relevantes divergências axiológicas sobre

¹⁷ FINNIS, 1998, p. 14.

a solução prevista em lei para determinado caso, ou quando o direito em vigor não prevê solução para o fenômeno fático que acontece na realidade, ou ainda, conforme alguns doutrinadores, quando há dúvidas acerca da autoridade competente para dar a palavra final acerca de uma questão. Para solucionar esses casos, as teorias vão divergir de acordo com seus princípios. Alguns vão propor que o juiz assuma amplo poder criativo, outros vão defender uma única resposta certa, ou que deve ser aplicada uma proporcionalidade entre os direitos envolvidos, ou que qualquer decisão será válida desde que certos procedimentos sejam observados, ou, ainda, usar critérios consequencialistas, dentre outras. É na arena dos *hard cases* que as teorias jurídicas divergem. Nesse âmbito é que são discutidos os bens a serem tutelados e a forma de fazê-lo.

É na minoria dos litígios judiciais que recaem as maiores controvérsias. Ao longo da tese, serão identificados princípios formais, em uma lista não exaustiva, que orientam o exercício da função jurisdicional. Atender a esses princípios implica em respeitar a Lei Natural e com isso ocorre um exercício racional da jurisdição. Por outro lado, o não desempenho adequado da função jurisdicional possui consequências, sendo a menor delas a acusação de um agir imoral do magistrado. Nessa conjuntura, e para ilustrar a aplicação das proposições discutidas, pretende-se investigar como a Teoria Neoclássica da Lei Natural resolveria *hard cases*.

E a melhor forma de identificar as exigências da razão prática a serem observadas por um magistrado é discutindo casos concretos em que os princípios foram usados ou afastados. Para isso, a tese ainda tratará de cada forma de *hard case*.

Primeiro tipo de *hard case* é por ausência de norma justa. Justiça pode ser avaliada sob duas perspectivas: de forma objetiva, enquanto uma qualidade da norma jurídica, ou subjetiva, quando o magistrado considera determinada prescrição jurídica como injusta. No primeiro caso, de uma norma substancialmente injusta, via de regra há desobrigação de seu cumprimento. Ela surge devido a uma falha da autoridade legislativa.¹⁸ A segunda forma de encarar uma norma injusta é a partir da perspectiva do julgador, em que surge um conflito entre a consciência do julgador (seja por contrariar suas convicções ideológicas, religiosas ou de outra natureza) e o tratamento cabível para aquela situação diante da Lei Humana. Nessa situação, o

¹⁸ Cf. item 3.5.2.

jugador levanta a possibilidade de invalidar a lei vigente e julgar conforme sua percepção axiológica. Nesse tipo de situação, surge a questão: um juiz, em nome de sua consciência, deve julgar contra a lei positiva ou se deve praticar autocontenção judicial?¹⁹

O segundo tipo de *hard case* surge em relação a lacunas no ordenamento jurídico. Lacunas são a ausência de norma para regulamentar determinada situação juridicamente relevante, e elas podem ser classificadas em duas espécies: pela falta de atualização da ordem jurídica, a chamada *lacuna objetiva* que existe em toda ordem jurídica, ou pela não previsão pelo legislador de determinada hipótese, que pode ser referida como *lacuna subjetiva*. Quando ocorre um fato concreto não previsto em lei, ou uma exceção não cogitada pelo legislador, ou até quando acontece uma omissão parlamentar em tratar certo fenômeno, isso permite surgirem situações juridicamente injustas. Importante também pontuar que nem toda lacuna implica um *hard case*. Existem critérios amplamente aceitos que são utilizados para resolver eventuais omissões legislativas – como, por exemplo, analogia e princípios gerais do direito. Porém, há casos-limite em que é necessário indagar: como o juiz deve julgar fatos sem previsão legal suficiente? É diante deste tipo de *hard case* que um fenômeno conhecido como ativismo judicial ganha força.

O final do século XX e o início do século XXI também são marcados por problemas em torno da jurisdição constitucional, em especial para indagar os limites e as possibilidades do exercício da função jurisdicional – geralmente quando se discute um *hard case*. Assim, coloca-se em pauta o ativismo judicial, que é uma qualidade da decisão em que o juiz de alguma forma extrapola sua função e faz um ato típico de outro poder. Uma decisão ativista é contrária ao Império da Lei – o que difere de uma decisão *além da lei* ou *contra legem*.²⁰ Essa forma de julgar está cada

¹⁹ Trataremos dessas categorias em uma seção específica. Cf. item 4.1.

²⁰ No debate acadêmico em língua inglesa, a discussão possui alguns pontos assentados. Kermit Roosevelt define que “O ativismo judicial é o exercício do poder da revisão judicial para anular atos do governo. Geralmente, a frase é usada para identificar exercícios indesejáveis desse poder, mas há pouco consenso sobre o âmbito em que são indesejáveis” (2006, p.10). Esse conceito é frequentemente usado em oposição ao de restrição judicial ou autocontenção judicial: “Restrição judicial é a recusa de exercer revisão judicial em deferência ao processo próprio da política” (loc. cit.). Nos termos postos as definições são consideravelmente aceitas e permitem o desenvolvimento do debate acadêmico. As maiores divergências recaem em classificar casos ora como ativismo, ora como autocontenção. No Brasil, fala-se muito de ativismo judicial, mas cada doutrinador entende o fenômeno como algo diferente. Por exemplo, Barroso (2008) apresenta uma definição ampla de ativismo, entendendo como: “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” Essa definição é problemática, porque implicaria tornar toda interpretação extensiva como ativista. Nem sempre que ocorre a ampliação do alcance de

vez mais presente no Direito Ocidental. Países da América Latina, Estados Unidos, Cortes na Europa e Cortes Internacionais de Direitos Humanos enfrentam situações envolvendo um crescente protagonismo do Poder Judiciário, a ponto de receberem demandas que só podem ser resolvidas com decisões ativistas. No Brasil, a situação se manifesta de forma mais delicada, a ponto de se falar de uma politização da justiça e uma judicialização da política.

Pelo princípio da Separação dos Poderes, pilar do *Rule of Law*, atos ilegais do Legislativo e Executivo são remediados pelo Judiciário. Existem mecanismos constitucionais para isso. Entretanto, se o Judiciário comete alguma lesão à Constituição, será exigido um maior esforço para remediar a situação. Por isso, uma questão inevitável no debate é indagar os limites da autoridade de um magistrado, especialmente de um Ministro de um Tribunal Constitucional. Os mesmos limites, ao menos em seu significado focal e resguardadas as peculiaridades de cada regime jurídico, aplicariam-se a juízes de instâncias inferiores, mas também para aqueles que ocupam cargos em Cortes Internacionais de Direitos Humanos.²¹

Para lidar com essa situação traremos princípios formais. Inicialmente, serão discutidos princípios gerais que limitam a ação jurisdicional, como condição para a manutenção do Estado de Direito;²² posteriormente, serão definidos os limites de

uma norma constitucional depara-se com uma decisão ativista. Assim, a decisão da ADI 3.943 seria ativista, sendo que neste caso, em uma interpretação extensiva do art. 134 da Constituição Federal, foi reconhecida a possibilidade da Defensoria Pública atender pessoa jurídica e também para propor ação civil pública, em que, pelo princípio da máxima efetividade, foi feita uma interpretação extensiva ampliando a legitimidade da Defensoria Pública. Já Lenio Streck utiliza o seguinte critério para identificar uma decisão ativista: “Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista ou não: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?” (STRECK, 2016, p.725). Disso ele entende que, se não fosse possível repetir a decisão, então seria ativismo. Trata-se de um critério fraco que excluiria do rótulo ativista casos paradigmáticos de ativismo judicial, como quando a Corte constitucional decide com eficácia *erga omnes* tornando obsoleto o critério apresentado. Ariosto Teixeira (2001, p. 43). diz que a decisão será ativista quando tem um dos seguintes critérios: “i) tribunais ou juízes fazem ou ampliam sua participação no processo decisório referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas; ii) negociações não-judiciais e fóruns de tomada de decisões tipicamente políticos são afetados ou passam a adotar em seu funcionamento e no comportamento dos seus operadores regras e procedimentos judiciais”. Entretanto, uma decisão que não verse sobre políticas públicas pode ser ativista. Sua definição acaba sendo restritiva e só explica casos de ativismo coligados com fenômeno da politização do judiciário ou da judicialização da política.

²¹ Já na Idade Média, Guilherme de Ockham fez um questionamento que, por analogia, pode ser repetido. Em seu tempo, a separação dos poderes era entre o Poder Secular e o Poder Espiritual, entre a autoridade do Príncipe e a do Papa – contexto em que não eram claros os limites das prerrogativas papais. Ockham resolveu indagar os limites do poder do Pontífice, investigação que traria benefícios a todos: ao próprio papa que, sabendo do limiar de sua autoridade, evitaria usurpar e abusar de seus poderes; e aos súditos, que não incidiriam em um excesso de submissão. Apenas quem tendesse a abusar de sua autoridade se incomodaria com indagações dessa natureza. Por isso é válido buscar identificar os limites aplicáveis aos magistrados.

²² Cf. item 4.2.

atuação da autoridade jurisdicional;²³ além disso, será apresentada uma diferença entre ativismo judicial e desenvolvimento da lei por via jurisprudencial que é chave para resolver uma série de disputas.²⁴

Por fim, a terceira hipótese de configuração de um *hard case*, trata de quando há dúvida acerca da autoridade competente para solucionar tal ato ou atender determinada demanda social. Essa discussão sempre vai sempre aparecer, em maior ou menor grau, com alguma outra hipótese de manifestação de *hard cases* – diante de um questionamento da correção de determinada norma jurídica vigente ou uma demanda judicial diante de uma lacuna. Esses casos geralmente estão associados ao fenômeno do ativismo judicial. Mas, além da discussão anterior, serão tratadas de forma específica algumas questões colaterais ao debate – como a forma que o Judiciário deve tratar minorias, lidar com mobilizações sociais ou promover avanços sociais.

Na investigação desses tópicos que problematizam a solução de *hard cases* a partir da Lei Natural em Santo Tomás, a hipótese inicial é que ocorrerá a defesa de uma postura de autocontenção por parte do magistrado. Decisões ativistas serão rechaçadas e haverá uma diferença particularmente forte entre a razão da Lei Humana e a consciência do magistrado.

Por fim, a investigação dessa questão a partir da Teoria Neoclássica da Lei Natural permitirá comparar as respostas apresentadas com outras presentes no debate jurídico contemporâneo.

²³ Cf. item 4.3.

²⁴ Cf. item 4.4.

2 LEI NATURAL

Para a Teoria Neoclássica da Lei Natural há uma indissociabilidade do Direito com a Moral, de forma que uma Teoria do Direito não é possível sem uma Teoria Moral. Mas, antes de investigar *como* a Lei Humana realiza a coordenação de ações, é necessário compreender o funcionamento da própria conduta humana. Assim, cumpre primeiramente definir os fundamentos necessários para pensar a legislação positiva e que tutelam bens humanos através de comandos. As normas jurídicas, para serem válidas, devem atender certas exigências da razão prática. O objetivo da principal obra de Finnis é justamente tratar a relação desses conceitos:

Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos da razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática.²⁵

A finalidade do direito é o bem comum, e o persegue conforme busca a melhor forma possível de realizar bens humanos. Para isso, deve atender uma série de requisitos da razão prática que orientam ações humanas individuais e coletivas. Esses requisitos pertencem à Lei Natural, que estabelece uma teoria moral.

É comum, na tradição filosófica, colocar-se como questão central da filosofia moral, ou simplesmente da ética, a questão “como devemos agir?” – ou alguma variação. Por outro lado, segundo a interpretação de Grisez, Santo Tomás parte de uma questão diferente e que é anterior: “como agimos?”. A primeira questão não é ignorada, mas na reflexão sobre a Lei Natural, que toma a conduta humana como algo da razão e orienta o homem na realização de bens, podemos encontrar dois momentos: um momento pré-moral e outro moral.

Na parte pré-moral, em síntese, toda ação humana é feita em busca de um bem ou para evitar um mal. Esses bens são em si mesmos desejados, e a participação neles permite o chamado “florescimento” humano. Na parte moral, para guiar a nossa ação, os primeiros princípios da razão prática colocam exigências de como devemos agir para obter a participação nesses bens.

Assim, neste capítulo, primeiro vamos entender, seguindo a interpretação de Grisez de Santo Tomás, como há leis que regem a ação humana – os preceitos da

²⁵ FINNIS, 2007a, p.17.

Lei Natural. Em um segundo momento, discorreremos sobre os bens humanos básicos, aos quais todas as ações almejam. Fechando o raciocínio do capítulo, apresentaremos algumas exigências da razão prática que guiam a ação para que a mesma seja moral. Durante a exposição, para delimitar melhor o alcance da Teoria Neoclássica estudada, serão feitos paralelos com teorias concorrentes, em especial com John Rawls e Russell Hittinger, estabelecendo os respectivos contrapontos com as teorias da justiça e com outra vertente do tomismo.

2.1 O PRIMEIRO PRINCÍPIO DA RAZÃO PRÁTICA

O fundamento da Lei Natural em Santo Tomás é o Primeiro Princípio da Razão Prática, que aparece na Suma Teológica, e é assim enunciado “o bem é o que é feito e buscado; o mal é o que é evitado”.²⁶ Dessa formulação são deduzidas sua filosofia moral e sua filosofia jurídica. O objetivo desta seção é esclarecer como esse princípio opera, em especial como ele atua em um momento considerado pré-moral. A leitura atenta desse primeiro princípio também permitirá afastar más compreensões do pensamento jusnaturalista medieval.

2.1.1 A Autoevidência ou Não Derivação dos Primeiros Princípios da Razão

A Lei Natural é essencialmente prática, servindo como fundamento normativo e racional para toda ação humana. Santo Tomás não parte de descrições do homem ou da natureza para afirmar preceitos diretivos da razão prática, mas sim da constatação autoevidente sobre o primeiro princípio da razão prática:

Os preceitos da lei da natureza se têm em relação à razão prática como os princípios primeiros das demonstrações se têm em relação à razão especulativa [...] 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 na razão prática é o que se funda sobre a razão de bem é que “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, evitado.²⁷

²⁶ I-II q. 94 a.2.

²⁷ I-II q. 94 a.2.

Vamos examinar, seguindo Grisez, esse trecho da Suma Teológica.

O Primeiro Princípio da Razão Prática é o ponto de partida de todo o seu pensamento jusnaturalista neoclássico. Mas qual é o seu fundamento? Trata-se de um princípio não derivado, ou autoevidente. Como primeiro princípio, ele não busca sua origem em outro princípio – o que levaria a um regresso ao infinito. Mas, para explicá-lo, Santo Tomás faz uma analogia com o primeiro princípio da razão teórica.

A Lei Natural parte de preceitos da razão prática que orientam as ações humanas. Para investigar tal razão, o Aquinate utiliza como recurso uma analogia com a razão teórica. Apesar de diferentes, razão teórica e razão prática não são separadas. Possuímos apenas uma razão, com modos operacionais definidos em função de objetivos diferentes.²⁸

Essas duas capacidades do intelecto, teórica e prática, são exercidas simultaneamente.²⁹ Cada faceta também possui princípios próprios que são autoevidentes. Eles conferem uma ordem de precedência para apreender as coisas. Na razão teórica, o que pode ser apreendido em primeiro lugar é o *ente*, e a compreensão dele está incluída em tudo que o sujeito aprender.³⁰ O primeiro princípio da razão teórica, portanto, é que *não se pode simultaneamente afirmar e negar, ou algo não pode ser e não-ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto.*³¹

A importância de um primeiro princípio, seguindo Aristóteles, é de ser o mais firme de todos, pois já deve ser possuído como condição para apreender qualquer outra coisa. Sobre ele também “é impossível errar, pois é necessário que tal princípio seja o mais conhecido, uma vez que todos erram acerca daquelas coisas que ignoram.”³² A ciência deve considerar que tal princípio é o mais fundamental de todos. Todos que querem demonstrar algo remetem a esse princípio.

Como esse princípio é conhecido? Naturalmente, e não por demonstração. Isso é próprio do intelecto do homem. Esse princípio também não pode ser demonstrado, pois, se pudesse, implicaria em um regresso ao infinito, e com isso também não haveria demonstração. Quem nega o princípio, de duas uma, ou

²⁸ FINNIS, 2012, p. 10.

²⁹ FINNIS, 2012, p. 11.

³⁰ “Ora, o ente e a essência são aquilo que o intelecto concebe em primeiro lugar” (AQUINO, 2008, p. 5).

³¹ Metafísica, III-VI, 1005 b, 29 (in. AQUINO, 2016).

³² Metafísica, IV-VI, 1005b (in. AQUINO, 2016).

assume que contrários podem ser simultaneamente verdadeiros, ou afirma que algo pode ser simultaneamente verdadeiro e falso. Além disso, eles não precisam de consenso para ser válidos. Nesse sentido, o primeiro princípio da razão teórica é considerado autoevidente.

Seguindo Boécio, o Doutor Angélico afirma que há proposições evidentes para todos – por exemplo, *qualquer todo é maior do que as suas partes* –, outras proposições exigem o conhecimento dos termos das proposições. Há coisas que podem ser aprendidas por todos, e as que dependem de estudos. Ele faz a distinção entre *evidência objetiva* e *evidência para nós*. Princípios práticos são evidentes no segundo sentido, que é o mais amplo deles. A relação entre Lei Natural e razão prática é a mesma que os princípios da demonstração possuem com a razão teórica. Ambos são evidentes.³³

Tomás também sustenta que há proposições evidentes para todos e outras apenas para sábios. Há princípios da lógica e da matemática que gozam desse *status*, ainda que implicitamente, e que se sustentam sem terem sido provados e sequer precisam sê-lo.³⁴ Para Finnis é indispensável que a proposição evidente por si seja assim aceita por pessoas com experiência relevante no campo da discussão de forma a prescindir de provas, e isso basta para usar a categoria de *evidente por si mesmo*.³⁵ Aristóteles também sustentava que a proposição só poderia ser discutida adequadamente com pessoas com algum nível de maturidade, que assumissem certas coisas como além de questionamento.³⁶

Se não é evidente, o princípio pode ser derivado de outro – que lhe dá fundamento. Mas esse tipo de princípio não é útil como ponto de partida. Já um princípio com aspecto objetivo de evidência é dotado de não-dedutibilidade, isso decorre daquilo que é diretamente significado por ele, não uma causa extrínseca. O aspecto subjetivo da evidência é o reconhecimento da não-dedutibilidade. Para o Aquinate, o aspecto objetivo da evidência surge conforme “o predicado de um princípio evidente pertence à inteligibilidade do sujeito, e expressa o aspecto subjetivo na exigência de que sua inteligibilidade não seja desconhecida.”³⁷

³³ GRISEZ, 2007, 182.

³⁴ FINNIS, 2007a, p. 44.

³⁵ FINNIS, 2007a, p. 42-3.

³⁶ Ética 1094b;1095a 1166a, 1159a.

³⁷ GRISEZ, 2007, p. 184.

Essa inteligibilidade, Grisez explica, é um aspecto do objeto que será apreendido pela mente humana, mas pode ser conhecido de forma mais elevada, ou seja, existem graus de inteligibilidade. Trata-se de um “pedaço da realidade de tamanho do intelecto, um pedaço não necessariamente completamente digerido pela mente.”³⁸

Mas, apesar de semelhanças, razão teórica e razão prática se distinguem. Uma primeira diferença a ser mencionada entre as potências do intelecto diz respeito ao que é inteligível para cada uma. Da mesma forma que o *ser* é apreendido pela razão teórica, o *bem* é apreendido pela razão prática, e, conforme Aristóteles, pode ser assim entendido: “o bem é o que todas as coisas desejam” – outras noções de bem incluem pelo menos essa. Os males seriam privação dos bens. Assim, da mesma forma que o princípio da não-contradição não produz uma verdade descritiva, mas orienta a formulação de juízos em direção à verdade, o primeiro princípio da razão prática, por si só, não é capaz de guiar a ação, mas confere possibilidades de ação conforme conhece o bem. Todos os demais princípios da Lei Natural partem dessa noção sobre aquilo que devemos fazer e o que devemos evitar, em torno da inteligibilidade de bem. Grisez afirma que “nada pode ser compreendido pela razão prática sem que a inteligibilidade de *bem* esteja incluída nisso”³⁹ – da mesma forma que nenhuma verdade teórica pode ser apreendida sem a inteligibilidade do ser.

Assim, em cada tipo de razão, pode ser identificada uma normatividade interna que será autoevidente. Além do princípio da não-contradição, na razão teórica, podemos identificar o princípio da identidade e o princípio do terceiro excluído, e outros que regem a formulação de juízos. Mas tanto a razão prática, quanto a teórica têm um primeiro princípio que serve como estrutura para os demais princípios e sempre será ponto de partida para cada raciocínio.⁴⁰ Preceitos da razão teórica não atuam como premissas em um silogismo, mas se relacionam com a conclusão porque conferem condições de validade para a operação lógica. Igualmente, os preceitos da razão prática não fazem o homem agir, mas explicam a sua ação. Por fim, é impossível qualquer juízo moral ou escolha prática que não

³⁸ GRISEZ, 2007, p. 185.

³⁹ GRISEZ, 2007, p. 186.

⁴⁰ FINNIS, 2011a, p. 6-7.

considere o primeiro princípio da razão prática. Da mesma forma que é impossível um raciocínio que não considere o princípio da não-contradição.⁴¹

No que diz respeito aos objetivos, a razão teórica busca descrever fatos, estando no que os juristas modernos chamam de plano do *ser*. Já a razão prática é normativa, trabalhando com prescrições no plano do *dever-ser*.⁴²

Quanto ao conhecimento, na razão teórica há uma unidade entre o sujeito que conhece e o objeto do conhecimento, de modo que o sujeito adota a ordem que conhece.⁴³ Por sua vez, na razão prática, o que se conhece é alterável. O conhecido (realidade) conforma-se na mente do conhecedor (sujeito da ação). Nessa operação, a mente trabalha com o que há de vir a ser, e não orientada a compreender o que é. A mente não é passiva da realidade objetiva – como a mente teórica que não afeta o reino do *ser* –, mas um princípio de ação sobre ela.⁴⁴

É possível pensar teoricamente e praticamente. Na verdade, a maior parte do nosso pensamento é tanto teórico quanto prático. E da mesma forma que aceitamos certos princípios da razão teórica como autoevidentes, podemos investigar princípios da razão prática que teriam o mesmo status. Destarte, assim como o princípio da não-contradição traz uma determinação para a condução do raciocínio cuja observância condiciona a consistência de todo uso da razão teórica, o primeiro princípio da razão prática orienta toda a persecução de obras e fins.⁴⁵

Dessas considerações, afirma-se que o ponto de partida para a Teoria Neoclássica da Lei Natural é autoevidente. Há uma pretensão de fundamentação não-metafísica da Lei Natural – concepções metafísicas, cosmológicas, ou até religiosas são postas fora do debate proposto por Finnis. Toda conduta tem uma finalidade racional, pois é orientada por um bem conhecido pela razão prática. A Lei Natural elenca as finalidades disponíveis para o ser humano realizar. Finalidades

⁴¹ O princípio da não-contradição não entra em um silogismo (exceto em casos de argumentos *ad absurdum*). Ele exerce um controle não invasivo quando a mente opera em direção a um juízo.

⁴² Aristóteles e Santo Tomás sabiam que conclusões descritivas exigiam premissas descritivas e que conclusões normativas exigiam premissas normativas – por isso é explícita a diferença entre os aspectos da razão. Essa diferença fundamental inaugura uma nova concepção da razão prática na Filosofia. A Lei Natural não deriva ou é inferida de uma concepção prévia de natureza humana. O plano ontológico e deontológico estão devidamente separados. Os preceitos da Lei Natural devem ser vistos como proposições práticas.

⁴³ GRISEZ, 2007, p. 187.

⁴⁴ GRISEZ, 2007, p. 188.

⁴⁵ GRISEZ, 2007, p. 190.

são todas as oportunidades de realização disponibilizadas pela natureza, que nesse sentido, são pré-morais.⁴⁶

A pretensão não é identificar todos os princípios (sabendo que é impossível descobrir todos), mas conhecer suas propriedades. E esses princípios, dentre outros que poderiam ser citados, não são demonstráveis. Mas os empregamos em tudo o que consideramos demonstrável – seja em uma operação prática destinada a um bem, ou uma teórica orientada para a descrição. Eles, por si só, não descrevem o mundo, mas são pressupostos para qualquer um que busque descrever algo. Sua validade não é relativa a convenções. Negá-los é desarrazoado e opor-se a eles é negar a inteligibilidade do conhecimento. De acordo com Finnis, não se trata de uma impressão, sensação ou intuição de certeza, como por vezes julgam alguns críticos. Os próprios princípios servem como critérios que permitem distinguir as impressões, sensações ou intuições para afastar o que for irracional ou injustificável.⁴⁷

Toda essa base é necessária para afirmar que os princípios práticos orientados aos bens humanos básicos, assim como o primeiro princípio da razão prática e outras exigências da razão prática, são princípios não derivados. Sua inteligibilidade ou força não se baseiam em outros princípios.

2.1.2 As Diferentes Compreensões da Lei Natural

Na continuação da exposição, é oportuno sistematizar as diferenças entre a interpretação neoclássica da Lei Natural e a leitura positivista sobre o pensamento de Santo Tomás, em especial quanto ao Primeiro Princípio da Razão Prática, que no original é assim formulado: “*quod bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*”. Esse texto foi comumente traduzido, especialmente por críticos do direito natural, por “faz o bem e evita o mal”, como se fosse um imperativo colocado por Deus na consciência do homem, que, ao agir, examinaria sua conduta como boa ou má – tendo assim um guia para a ação. Se, através de um exame de consciência, a pessoa chega à conclusão de que matar é um mal, e se deve evitar o mal, deduz-se que se deve evitar matar.

⁴⁶ Finnis faz três esclarecimentos sobre o fato de um princípio ser autoevidente: (i) não acarreta que ele seja formulado reflexivamente ou explicitamente pelos sujeitos que se orientam por tal princípio; (ii) tal formulação assim desenvolvida é suficiente refinada (iii) sua formulação prescinde de experiência no campo prático em que ele está relacionado (FINNIS, 2007a, p. 75).

⁴⁷ FINNIS, 2007a, p. 76.

Grisez demonstra como essa interpretação é equivocada. Para isso, primeiro propõe a versão correta da tradução: “o bem é o que é feito e buscado; o mal é o que é evitado”.⁴⁸ Em uma leitura apressada pode-se considerar as traduções equivalentes, mas diante de um exame atento a primeira tradução faz uma simplificação que deturpa o pensamento tomista em aspectos essenciais. Vamos enumerar os principais equívocos:

a) *o primeiro princípio da Lei Natural não é um comando e sim um preceito. A diferença entre as traduções é que a primeira omite traduzir a palavra *prosequendum* (buscar, perseguir, seguir, no participio). A ausência de *buscar* transforma o primeiro princípio em um mandamento moral.*⁴⁹

Porém, a Lei Natural não é composta por mandamentos, mas sim elementos pré-morais que explicam o funcionamento da ação. Ela não realiza comandos e não tem força imperativa – como acontece com a Lei Humana e a Lei Divina. Do fato da Lei Natural ser uma participação na Lei Eterna, como afirma Santo Tomás, não implica que ela é um mandado divino.

O “é o que é feito” fornece uma direção racional para a ação, mas sem a execução da obra ordenada.⁵⁰ É um preceito, não um mandado que obriga moralmente a execução.⁵¹ A partir da natureza do homem, os preceitos da Lei Natural não são recebidos externamente, mas conhecidos naturalmente.

A interpretação errada pensa através de um silogismo: “faça o que é bom”, “esta ação é boa”, logo “faça esta ação”. Se isso fosse correto, todos os preceitos da Lei Natural seriam morais e conclusões do primeiro princípio da razão prática.

b) *o primeiro princípio da razão prática é pré-moral, e não moral. A primeira tradução restringe o conceito de bem e mal a uma qualidade da ação moral (que será boa ou má). Também desconsidera a existência de elementos pré-morais, concebendo como um *bem moral* o que na verdade é um *bem ontológico*. Não pensamos o *bem* como o bem da ação moral (ao menos não exclusivamente, já que*

⁴⁸ Na tradução para o inglês: “Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided”(GRISEZ, 1965, p. 168). Porém, quando traduzimos para o português, tendemos a colocar um “*deve ser*” ou a expressão “*há de ser*”, o que acaba conferindo um tom imperativo, enquanto que em latim todos os verbos estão no participio, em uma forma descritiva. A frase do texto em inglês do Grisez foi traduzida para o português e publicada como “o bem há de ser feito e buscado, e o mal há de ser evitado” (2007, p. 180). Porém, buscando conservar o sentido da frase original em latim, optamos por outra tradução.

⁴⁹ Concebido em um modelo ontológico que trabalharia com proposições descritivas – incidindo em uma falácia naturalista.

⁵⁰ I-II q.17 a.1.

⁵¹ GRISEZ, 2007, p. 202.

a ação moral pode ser um bem), mas devemos considerá-lo pré-moral, ao qual a ação é feita (sendo o *fim* no pensamento aristotélico-tomista).

O primeiro princípio da razão prática é primeiro preceito da Lei Natural. Isso implica que a compreensão de *bem* não é em uma avaliação moral, mas um aspecto da inteligibilidade da ação humana, que traz formas corretas de escolher e buscar bens, a forma pré-moral limita-se a conferir inteligibilidade (finalidade) à ação e não se trata de uma avaliação moral. Santo Tomás diz:

Os preceitos morais, distintos dos cerimoniais e dos judiciais, dizem respeito àquelas coisas que de si mesmas pertencem aos bons costumes. Como os costumes humanos se dizem em ordem à razão, que é o próprio princípio dos atos humanos, dizem-se bons aqueles costumes que são congruentes com a razão; e maus, os que discordam da razão. Assim como todo juízo da razão especulativa procede do conhecimento natural dos primeiros princípios, assim também todo juízo da razão prática procede de alguns princípios naturalmente conhecidos, como acima foi dito.⁵²

Aqui é feita a diferenciação entre o preceito moral e os princípios da razão prática que os precedem. Esses princípios, que são pertencentes à Lei Natural, não são morais, mas são necessários para formular preceitos morais. A leitura errada ignora que o primeiro princípio servirá como base para a formulação de juízos práticos, e que não é uma premissa maior de um silogismo prático da qual podem ser deduzidos preceitos particulares.

c) *há gradações na Lei Natural*. A interpretação errada não distingue graus de força entre os preceitos, de forma que a violação de qualquer um deles é a violação da lei. Mas, na verdade, a Lei Natural na Suma Teológica inclui preceitos e conselhos – com forças distintas. Há o *bem* que deve ser feito e o *bem* que seria bom ser feito. Além disso, há ações totalmente proibidas (que impedem um fim) e ações restringidas (que funcionam como obstáculo).⁵³ A ideia de fim inclui não apenas o que é imprescindível, mas também aquilo que é útil à realização do fim.

2.1.3 Teleologia e a Direção da Ação pela Razão Prática

Os princípios da razão prática são *pré-morais* – por não conferirem um critério de certo ou errado, justo ou injusto. São anteriores e mais básicos que juízos morais.

⁵² I-II q. 100 a.1.

⁵³ Isso ele aprofunda isso na I-II q. 94 a 3 e na I-II q. 100 a1-2 (ao falar que preceitos morais da lei antiga pertencem a Lei Natural, e distingue aqueles que são obrigações e os que são conselhos).

Mas fornecem um ponto de inteligibilidade da ação. Trata-se de uma matriz normativa primária, a partir da qual os juízos morais serão desenvolvidos em uma operação posterior. Jusnaturalistas aspiram à universalidade e, para essa vertente, todas as pessoas empregam os princípios da Lei Natural em suas ações, pelo menos no que concerne aos elementos pré-morais.

A razão prática consiste no funcionamento da mente como princípio de ação. Todo princípio ativo opera em função de um fim, que corresponde a um bem. No início de qualquer ação, já há uma direção definida que implica um limite, e também possibilidade, para a ação – aquilo que será buscado ou protegido de um mal.

O objeto da razão prática existe inicialmente na razão, e depois na ação guiada pela razão prática. Pode-se falar que é primeiro compreendido como um objeto de uma *tendência*. Logo, a razão prática opera em função de realizar essa tendência, ou podemos falar que opera simplesmente em busca de um fim. A imposição da tendência, orientada a um *bem*, é a primeira condição do exercício da razão prática.

Nisso, o primeiro princípio da razão prática confere um molde de interpretar a experiência e uma base para a formulação de preceitos subsequentes ao estabelecer a exigência de que todo preceito seja prescritivo. Qualquer outro preceito surge em acréscimo ao primeiro.⁵⁴ Conforme Grisez:

A direção da razão prática pressupõe as possibilidades sobre as quais a razão pode operar, e estas possibilidades surgem somente refletindo-se sobre a experiência. A operação que a razão tem nestas possibilidades expressa-se nos princípios substantivos básicos da Lei Natural.⁵⁵

Nessa direção, em relação à experiência, a razão prática explica como agimos – não diz respeito ao que devemos ou não fazer, ou seja, não tem força imperativa. Dessa característica é que surge a razão como causa formal da lei, conforme Santo Tomás.⁵⁶ E da mesma forma que princípios da razão teórica explicam silogismos, e sabendo que a razão prática trabalha com certo tipo de silogismos, cumpre identificar as proposições da razão prática que ordenarão as ações, e essas proposições terão razão de lei. Nas palavras de Grisez:

⁵⁴ GRISEZ, 2007, p. 190.

⁵⁵ GRISEZ, 2007, p. 191.

⁵⁶ I-II q 90 a.1 ad 2.

As leis são formadas pela razão prática como princípios das ações que esta guia, da mesma maneira que as definições e premissas são formadas pela razão teórica com princípios das conclusões que esta alcança. Uma lei é uma expressão da razão tanto quanto uma afirmação o é, enquanto a lei é uma expressão da razão ao prescrever.⁵⁷

Toda a Lei é pensada por Santo Tomás a partir da razão, que ordena para um fim. A razão regra as ações, por isso ela tem força de obrigar.⁵⁸ Os preceitos da razão prática direcionam a ação, mas sem obrigatoriedade de realização de um dos seus preceitos. Mas na medida em que orientam a forma de agir, as leis naturais, são descobertas como expressões da razão.⁵⁹

O primeiro princípio da razão prática não pode dirigir ações sem ser em relação a um fim. Já nos “*Comentários ao Livro das Sentenças de Pedro Lombardo*”, Santo Tomás havia definido que a Lei Natural consiste nos fins aos quais o homem se inclina naturalmente. Conforme tais fins estão presentes na razão, direcionam a razão.⁶⁰ A ação humana não se relaciona com a natureza estática, mas os fins aos quais a natureza se inclina – que assume a forma de *bens*, objetos da ação humana.

Um bem, no sentido teleológico, é pré-moral, e não se confunde com a ação direcionada ao bem moral, que por sua vez pode ser avaliada moralmente. A vida sem dúvida é um bem, mas o ato de preservar a vida não necessariamente. É possível que um ato de preservar a vida seja moralmente mal em comparação a um mal maior que poderia ser evitado com tal ato, mas a vida protegida por esse ato imoral continua sendo um bem.

Essa distinção é primordial para evitar caos na ética normativa. Em síntese, queremos afastar a compreensão errada de que o *bem* referido no primeiro princípio da razão prática seja compreendido como bem moral de forma estrita. Trata-se do fim da ação que vai além do valor moral. A leitura errada limita a compreensão do primeiro princípio a simplesmente *faz bem*, enquanto Santo Tomás prescreve *agir na busca de um fim/bem*. E tal fim enriquece o valor da ação que o persegue. *O bem tem inteligibilidade do fim e o fim inclui a inteligibilidade do bem.*⁶¹

⁵⁷ GRISEZ, 2007, p. 202.

⁵⁸ I-II q. 90 a.1.

⁵⁹ Os primeiros princípios também não precisam de nossa vontade. Pela razão conhecemos o fim, ou fins possíveis, e depois nosso *querer o fim*, ou seja, a vontade, nos move a sua realização. O *querer* depende de uma apreensão anterior (ST, II-I, q 82 a4 ad 3). Por isso que todos os preceitos da Lei Natural são anteriores à vontade. Essa discussão reaparecerá quando tratarmos se a lei é algo da razão ou da vontade, cf. 4.1.1, e os desdobramentos disso no exercício da função jurisdicional.

⁶⁰ GRISEZ, 2007, p. 194.

⁶¹ Essa compreensão afasta Santo Tomás do utilitarismo e das éticas deontológicas.

Para Grisez, o primeiro princípio da razão prática não desenvolve toda a Lei Natural, mas muito da Lei Natural pode ser deduzido do princípio, uma vez que a Lei Natural se refere aos juízos práticos gerais que a razão humana pode formar.⁶² Os padrões de ação são formados com base na experiência, que confere possibilidades de agir. A razão prática reflete sobre os padrões e toma como direção aquilo que-há-de-ser. As possibilidades de ação que surgem constituem os princípios básicos da Lei Natural. Disso se segue que os padrões de ação humana surgem inicialmente por inclinações naturais, porque o homem não poderia agir para aquilo que não possui nenhuma inclinação. Em contato com a natureza (não com a Lei Natural), o homem encontra inicialmente três preceitos – que são os três bens humanos identificados pelo Aquinate.⁶³ As tendências não são a Lei Natural, mas sim os preceitos que identificamos a partir dela. Grisez afirma: “a Lei Natural tem muitos preceitos que se unificam no fato de todos eles serem ordenados para a razão prática alcançar seu próprio fim, a direção da ação para o fim.”⁶⁴ Nesse contexto, o *bem* do primeiro princípio da razão prática é transcendental em relação a todos os bens. Assim, no campo prático, o primeiro princípio da razão prática por si só não é capaz de guiar a ação – mas também nenhuma ação é possível sem ele. Por outro lado, invoca possibilidades, podendo escolher o bem que tomará como fim de sua ação.

Existem vários preceitos da Lei Natural, mas que pressupõem um mesmo primeiro princípio. A todas as outras coisas a serem feitas, fundadas no primeiro princípio, Finnis chama de bens humanos básicos, aos quais os seres humanos possuem uma inclinação natural. A razão prática orienta o agir em direção a bens básicos, que são bens primários que podem ser realizados de infinitas maneiras.

2.2.OS BENS HUMANOS BÁSICOS E O FLORESCIMENTO

Ainda na discussão pré-moral, podemos indagar: quais são as formas básicas de bem? Os bens são identificados a partir de uma investigação acerca dos aspectos do bem-estar. Disso se segue que a razão naturalmente apreende como

⁶² GRISEZ, 2007, p. 190.

⁶³ Cf. item 2.2.

⁶⁴ GRISEZ, 2007, p. 192.

bens objetos das inclinações dos homens. Santo Tomás⁶⁵ apresenta três bens em uma lista que decorre de uma hierarquia metafísica, na qual o primeiro bem é comum a todos os seres, o segundo a todas as formas de vida animada, e o terceiro como exclusivo do homem: preservar o próprio ser, a união sexual com a educação da prole e conhecer a verdade sobre Deus.

Os muitos preceitos da Lei Natural se unificam por todos serem ordenados pela razão prática, que orienta a ação para o fim. Cada preceito indica um ponto de partida para promover um fim, e tem sua possibilidade de realização inteligível pelo sujeito.⁶⁶

Santo Tomás usa apenas um argumento para sustentar a multiplicidade de preceitos da Lei Natural. Para ele, da mesma forma que há uma multiplicidade de princípios da demonstração (que são indemonstráveis e se relacionam com a razão teórica), também há uma multiplicidade de preceitos da Lei Natural (que se relacionam com a razão prática).

São muitos os fins a serem perseguidos, e isso leva a diferentes normas de ação, enumeradas em uma lista aberta – porque podem ser identificados outros aspectos básicos e irreduzíveis do bem-estar humano. A primeira lista formulada por Finnis apresenta os seguintes bens.⁶⁷

- a) *vida*, que corresponde ao impulso de autopreservação. Inclui cada aspecto da saúde corporal e das condições necessária para a autodeterminação;
- b) *conhecimento*, temos uma inclinação natural para o conhecimento por questionarmos a realidade. Versa sobre ter acesso à realidade ou verdade. Pode ser um conhecimento teórico ou prático;⁶⁸
- c) *jogo*, excelência no desempenho de alguma atividade, qualquer que seja; Posteriormente Finnis diferencia essa excelência de performance

⁶⁵ I-II q. 94 a.2.

⁶⁶ GRISEZ, 2007, p. 192.

⁶⁷ Finnis voltou a discutir a relação dos bens humanos básicos em outros escritos – falando, por exemplo, do bem humano básico do casamento (FINNIS, 1998, p. 143-54). Outros autores também apresentam listas diferentes, mas o nosso propósito independe de conhecer as listas já defendidas.

⁶⁸ Conhecimento é o bem mais desenvolvido por Finnis. Ele o discute também rebater objeções céticas que negam o conhecimento como um bem. Uma declaração com tal conteúdo é contraditória em si, pois quem a emite pressupõe que ela é verdadeira e defensável – e admitindo, ainda que implicitamente, o valor do conhecimento como um bem a ser buscado – trata-se da explicitação de um paradoxo em que o sujeito afirma “não há verdade” e almeja que tal declaração seja verdadeira. O objeitor cético cai em uma espécie de contradição performativa em que enuncia algo contrário aos pressupostos que admitem que ele possa enunciar algo. Esse tipo de argumento é contraditório em si, e vem sendo rechaçado inclusive por teorias construtivistas. Mesmo raciocínio pode ser adaptado para lidar com objeções relacionadas a outros bens.

dedicado a algo sério, como trabalho, ou lúdico, como atividades de recreação.

- d) *experiência estética*, que, ao contrário do jogo, não precisa envolver uma ação de nossa parte; desfrutada seja na natureza, em uma obra humana ou em situações cotidianas ligadas ao jogo (uma aula magistral pode gerar um sentimento de experiência estética nos alunos), seja em uma forma do belo por experiência exterior, interior pela apreciação de uma beleza;
- e) *amizade*, valor da sociabilidade, que passa por todas as formas de sociedade humana, e tem sua forma mais elevada em uma amizade plena. A colaboração entre pessoas pode ser algo instrumental, como a coordenação de ações por meio de leis, cada um seguindo seus objetivos individuais; mas pode encontrar formas mais elevadas de ações em propósito exclusivo de promover bem ao amigo;
- f) *razoabilidade prática*, que diz respeito à eficiência nas realizações das ações; manifesta-se em boas escolhas. Diz respeito a um aspecto interno, quando harmoniza as emoções, criando condições para um exercício da autonomia; e a um aspecto externo de quando age alterando o estado de coisas do mundo.
- g) *Religião*, enquanto relação entre a pessoa e a divindade ou algo considerado sagrado. Não é a prática de uma religião em si, mas o direito de que a pessoa tome decisões em harmonia com sua fé.

Importante destacar que as ações humanas são dirigidas a esses bens humanos básicos, que são preceitos da Lei Natural. À medida que o sujeito participa desses bens, que conferem oportunidades de realização, obtém felicidade. Numa terminologia menos comum usada por Finnis, *florescimento* – que equivale à *eudaimonia* aristotélica e à *beatitudo* tomista. Isso tem como subjacente uma concepção de natureza humana cujo aperfeiçoamento e realização são conduzidos pela Lei Natural. Posteriormente, haverá um julgamento moral das ações (individuais ou coletivas), se ferem ou promovem aqueles bens.⁶⁹ Essa discussão ainda está situada em um momento pré-moral:

⁶⁹ FINNIS, 1998, 2011b, p. 81-92.

A compreensão de alguém acerca desses primeiros princípios mais básicos não é, em si, uma compreensão dos princípios morais necessários para dar orientação nos diversos campos e circunstâncias da vida real de alguém. Esses primeiros princípios, entendidos apenas em si mesmos e sem as suas implicações morais, não são os princípios que formam os contornos de uma vida moralmente boa. Na verdade, eles são apenas, *por assim dizer*, *as sementes da virtude*.⁷⁰

Ou seja, antes de julgar se uma ação é moralmente boa, aufere-se que a conduta é dirigida para realização desses bens humanos básicos – ou para evitar privações da participação nesses bens humanos básicos. São básicos porque são buscados em si mesmos, não como instrumento ou meios para realização de outros bens. São também igualmente fundamentais, e assim são considerados incomensuráveis, pois não podem ser hierarquizados.

Diante da incomensurabilidade de bens, pode-se sustentar a possibilidade de mais de uma decisão correta. Cada um de nós tem um *ranking* subjetivo de importância desses bens e podemos escolher dar prioridades a determinados bens ao agir. Uma pessoa pode dar mais peso à religião que a outros valores básicos, como também pode atribuir um peso menor a ela.

Os bens humanos básicos podem ser realizados de várias formas, mas é necessário saber quando as ações os ferem ou os promovem e, com isso, determinar o que é e o que não é moralmente correto. Em um momento posterior, veremos que a validade do direito positivo vincula-se a uma concepção abrangente de florescimento humano.⁷¹ Para isso, a filosofia prática tomista abrange a totalidade da vida moral, legal, social e política, porque a realização dos bens humanos básicos precisa de instituições políticas e sociais que fomentem as possibilidades de participação nos bens. Isso é feito através de princípios que guiarão a realização desses bens, e também da definição do que é moralmente correto. Serão “exigências de razoabilidade prática”⁷², cuja consideração permite adentrar nos temas concernentes ao direito positivo em uma concepção ampla de florescimento humano.⁷³

⁷⁰ FINNIS, 2012, p. 70.

⁷¹ Cf. item 3.4.2.

⁷² FINNIS, 2012, p. 75.

⁷³ Isso não quer dizer que a tarefa do jurista é reduzida a uma descrição das instituições, mas, antes, que tal tarefa pressupõe uma compreensão sobre o bem-estar humano aos quais as instituições são destinadas. Assim, é impossível uma descrição sem uma avaliação do que realmente é requerido pelas pessoas (FINNIS, 2017, p. 17).

O fim das ações não consiste na ação moral boa. A ação moral pode se dirigir a fins ulteriores. Logo, o bem moral não é o fim último. O bem é aquilo que se alcança e não o seu alcançar. Em Santo Tomás, indo além do florescimento em Finnis, o fim último é a participação na bondade divina, mas essa finalidade não pode ser atingida pela Lei Natural - por isso a lei divina é necessária.⁷⁴ Assim sendo, os bens humanos não estão nem no escopo dos bens transcendentais nem dos éticos.

2.2.1 A Ilusão de Bem

Todas as pessoas realizam juízos práticos ao agir. Encontramos na Suma Teológica que “todo juízo da razão prática procede de princípios naturalmente conhecidos”,⁷⁵. Esses princípios naturalmente conhecidos são não-derivados (ou autoevidentes) e dizem respeito a um bem humano. Porém, por vezes o sujeito não possui a melhor compreensão do bem humano – e nisso age em virtude de um bem ilusório, e, por isso, age mal.

O primeiro princípio rege a conduta de todos, até daqueles que se desviam do bem, pois mesmo quem age realizando juízos práticos errados faz juízos práticos. Seguindo Grisez, assim como o princípio da não-contradição vale para juízos falsos, da mesma forma o primeiro princípio da razão prática vale também para juízos práticos falsos. Mas isso decorre do mau uso do princípio, não do princípio.⁷⁶

O discurso teórico que viola o princípio da não-contradição fica incoerente, insensato, mas do fato de serem possíveis discursos incoerentes não se segue uma invalidação do princípio. Assim, da mesma forma, a violação do primeiro princípio da razão prática leva a um comportamento caótico, mas não à sua refutação. Uma ação má ainda cumpre o primeiro princípio, mas de forma imperfeita. Os atos moralmente maus, que acarretam em privação do bem, não estão fora da razão prática.⁷⁷

Isso reforça a interpretação de que o primeiro princípio, conforme enunciado por Santo Tomás, não é um postulado imperativo, mas um princípio no sentido de que explica o funcionamento das ações. Ainda segundo Grisez, Santo Tomás:

⁷⁴ Cf. item 2.4.

⁷⁵ I-II q. 100 a.1.

⁷⁶ GRIZEZ, 2007, p. 198-9.

⁷⁷ GRIZEZ, 2007, p. 200.

Pensa a lei como um conjunto de princípios da razão prática relacionados às *ações mesmas*, exatamente como os princípios da razão teórica estão relacionados às *conclusões*. [...] o primeiro princípio da ação moralmente boa é o princípio de todas as ações humanas, mas a má ação cumpre a exigência do primeiro princípio de forma menos perfeita do que a boa ação. Se o primeiro princípio da razão prática fosse *pratique atos moralmente bons*, então os atos moralmente maus estariam fora da razão prática; se, no entanto, *pratique atos moralmente bons* fosse o primeiro princípio da Lei Natural, e atos moralmente maus caem debaixo da ordem da razão prática, então haveria um campo da razão fora da Lei Natural.⁷⁸

Isso acontece especialmente quando o sujeito age em busca de um bem ilusório – como a pessoa que supõe que a satisfação em um vício implica em felicidade.⁷⁹ O critério usado para a conformidade à natureza humana é a razão. Há a realização do bem da razoabilidade prática em estar de acordo com a razão, e mal é estar fora da ordem da razoabilidade.⁸⁰

2.2.2 A Universalidade e a objetividade dos Bens

Finnis também adentra uma questão fundamental da filosofia moral: a ação humana possui um referencial objetivo? Em Platão, essa questão aparece no dilema de Eutífron: *se algo é bom por ser considerado bom ou se é bom em si mesmo*. Em Aristóteles, encontra-se também o questionamento se os bens humanos são da natureza – possuindo assim objetividade – ou são apenas uma questão de conveniência.⁸¹ No mesmo sentido, a Teoria Neoclássica investiga se existe uma objetividade dos bens que guiam a ação humana.

Para Finnis, além do argumento já exposto da autoevidência⁸², a partir de uma leitura antropológica das sociedades é possível constatar que certos princípios práticos são evidentes por si só – ainda que não sejam evidentes para todos. Ele afirma:

⁷⁸ GRISEZ, 2007, p. 200.

⁷⁹ Finnis chega a discutir o experimento mental de Nozick, de uma máquina de experiências para expressar o que são verdadeiros bens humanos. A pessoa conectada à máquina teria todos os prazeres que desejasse, mas a conexão seria para a vida toda. Finnis entende que ninguém escolheria se conectar para afirmar que o prazer, portanto, não é o fim da vida (FINNIS, 2012, p. 38). Devemos rejeitar a máquina porque o bem é encontrado na atividade. Ligar-se à máquina implica em perder a nossa identidade, o que é um bem.

⁸⁰ FINNIS, 2006, p.46-47.

⁸¹ Ética 1:3 1094b.

⁸² Cf. item 2.1.1.

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 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 têm alguma concepção de *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 universal.⁸³

Cada sociedade, considerando suas peculiaridades, reconhece a importância de certos valores básicos. Mas cada uma irá tutelá-los de formas diferentes.⁸⁴ E, do fato de haver essas normas, antropologicamente universais, não se segue que os bens humanos básicos sejam objetivos. Em verdade, esse argumento reforça a autoevidência dos preceitos da Lei Natural. O que há como constante é o reconhecimento das formas básicas de bem humano que são autoevidentes. A maneira de regulamentar a conduta humana em relação a ele é variável. Assim, Finnis entende que existem bens universais, e isso independe de existir regra moral universalmente aceita. A universalidade reside nos juízos básicos, de natureza pré-moral, que reconhecem o valor da vida, da sociabilidade, do conhecimento etc.

Nesse ponto, convém pontuarmos uma semelhança e uma diferença entre jusnaturalismo e o pós-positivismo. Eles se assemelham por ambos considerarem necessário um referencial axiológico para discussões jurídicas – e nisso rompem com o positivismo jurídico –, mas se distanciam, de forma irreconciliável, sobre como a relação entre Direito e Moral ocorre. Jusnaturalistas pensam o Direito a partir da Moral, e atribuem importância decisiva a questões referentes à teoria moral – da

⁸³ FINNIS, 2007a, p. 89.

⁸⁴ Esse passo será aprofundado quando discutirmos a derivação da Lei Humana da Lei Natural. Cf. item 3.2.1.

qual o direito é uma parte. Enquanto que os pós-positivistas se contentam em que o Direito tenha correlação com a moral para que seja dotado de correção, sem partir para questões aprofundadas sobre a fundamentação de uma teoria moral.⁸⁵ Os jusnaturalistas primeiro definem o bem, com pretensão de que ele seja dotado de objetividade, ao qual o direito é condicionado. Os pós-positivistas problematizam como uma moral, qualquer que seja o fundamento dela, será internalizada no direito, ao ponto de muitas vezes confundirem moral e direito.

Como corolário das diferenças existentes, os partidários do jusnaturalismo defendem um vínculo mais estreito entre direito e moral do que os pós-positivistas – justamente por abraçarem uma concepção de moral objetiva –, sendo mais restritivos sobre o que pode ser considerado como direito. Para eles algo é bom porque é bom em si mesmo, decorrendo da natureza. Por outro lado, os pós-positivistas que adentram o debate do fundamento da moral raramente aprofundam a questão, mas, via de regra, trabalham com uma moral convencionalizada, sendo algo bom por ser convencionalizado bom – a alternativa contrária os tornaria jusnaturalistas. Como consequência dessa superficialidade, enfrentam problemas de justificação quando lhes convém realizar um apelo para defender valores que julgam mais importantes, em especial em relação aos Direitos Humanos.⁸⁶

⁸⁵ Tais críticas podem ser opostas a autores como Dworkin e Alexy.

⁸⁶ Um desdobramento da afirmação de que os bens humanos básicos são objetivos e não questão de convenção é oferecer um fundamento não relativo para os Direitos Humanos. Debate-se a questão: existem Direitos Humanos que impõe deveres a todos, inclusive aos estados soberanos, e que podem, inclusive, ser usados para avaliar se determinada legislação positiva é justa? Os jusnaturalistas defendem uma objetividade, e portanto, universalidade desses bens. Por outro lado, pós-positivistas e construtivistas possuem modelos relativistas quanto a isso, mas colocam certas exigências procedimentais. Postulam um *status* suprapositivo para os Direitos Humanos (fundamentando em construções históricas, convenções, em valores inerentes ao homem, ou em conceitos jurídicos como *ius cogens*, mas recusam uma fundamentação jusnaturalista). Já para Finnis, direitos naturais são sinônimos de direitos humanos. Sua teoria, portanto, também oferece uma fundamentação para os Direitos Humanos (FINNIS, 2011, p. 17-46). Porém, apesar de defender Direitos Humanos que devem ser universalmente reconhecidos, Finnis não depreende daí que eles sejam absolutos. Como todos os direitos, haverá limitações, o que é inevitável. Finnis tece considerações procedimentais: “da mesma forma como o direito à livre expressão certamente requer *limitação*, isto é, especificação, no interesse tanto da própria liberdade de expressão quanto dos muitos outros bens humanos, o procedimento para estabelecer os *limites* desse e de outros direitos humanos terá certamente sua razoabilidade aumentada por uma ampla liberdade de debate cultural e político em qualquer sociedade na qual haja um respeito suficientemente difundido pela discussão e pelo compromisso como modos de se ser razoável em comunidade” (FINNIS, 2007a, p. 215). Destarte, apesar de não haver um direito, e como tal exigível, que terá prioridade absoluta em relação aos demais, é possível identificar deveres negativos, proibições, absolutas. Em outras palavras, o direito de não ser torturado não é em si um direito que a pessoa exerce, mas uma proibição que recai na ação de todos de não praticar tal conduta. A proibição de torturar ou escravizar não admite exceção. A negativa desta proposição implica no ônus de responder questões como: em quais casos seria possível reduzir alguém a escravidão, ou ser racista?

Há disputas filosóficas acerca do que podemos considerar como princípios ou valores básicos que devem ser reconhecidos por uma sociedade. Especialmente aqueles que sejam evidentes por si mesmos. Cujo valor seja reconhecido em qualquer lugar e tempo. Nesse contexto, é necessário fazer um adendo e dialogar com o pensamento de Jürgen Habermas e John Rawls – relevantes teóricos construtivistas cujas ideias são frequentemente usadas como fundamento por autores pós-positivistas.

Para fundamentar sua ética do discurso, Habermas investiga a estrutura dos procedimentos comunicativos e suas pré-condições para que ocorra entendimento. Porém, ciente da impossibilidade de fundamentação última pela via dedutiva, entende ser possível seguir uma via reflexiva que busca outra forma de fundamentação, pautada em regras de argumentação com referências a premissas.⁸⁷

Isso ocorre na medida em que são identificados pressupostos incontornáveis da argumentação, regras que todo sujeito que engaja em um processo argumentativo aceita, sob pena de contradição performativa (uma contradição entre o ato de fala com o conteúdo deste ato).⁸⁸

São estabelecidas regras do discurso, que impõe deveres aos participantes, como liberdade de fala, igualdade nas condições de fala, e ausência de coerção. Se as regras forem observadas durante uma argumentação, o consenso obtido será válido, qualquer que seja seu conteúdo. Éticas discursivas fundamentam o discurso moral através de um consenso entre os participantes que deve ser obtido através de um procedimento. Esse procedimento, se observado, garante a validade do consenso.⁸⁹

⁸⁷ Habermas não quer incidir no trilema de Münchhausen – referência a uma história de Hans Albert, na qual do Barão de Münchhausen, que estava preso em um pântano e a forma que encontrou para se salvar foi puxar seus próprios cabelos. O trilema de Münchhausen aponta os obstáculos que uma fundamentação última incide, pois sempre irá ocorrer em um dos três seguintes problemas: *regresso ao infinito*, retrocedendo constantemente na busca de novos argumentos que na prática não são realizáveis; *círculo lógico* em um processo de dedução que decorre de enunciados que não foram devidamente fundamentados, o que não oferece uma base segura; *recurso dogmático* ou um argumento de autoridade, na situação em que não é apresentado um argumento válido, ocorrendo a suspensão arbitrária do raciocínio.

⁸⁸ HABERMAS, 1989, p. 104.

⁸⁹ Habermas sistematiza as regras procedimentais do discurso com os seguintes preceitos:

- 1.1 a nenhum falante é lícito contradizer-se
- 1.2 todo falante que aplicar um predicado F a um objeto a tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a a sob todos os aspectos relevantes.
- 1.3 Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.
- 2.1 a todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.

É oportuno examinar, como fez o professor Luis Fernando Barzotto, como a ética discursiva se relacionaria com a Lei Natural. Ele argumenta que “a realização do interesse de todos é o bem buscado pela prática do discurso. [...] Por isso, o primeiro princípio da razão prática [...] não pode ser negado no interior de um discurso prático.”⁹⁰ *Interesse de todos* não é o resultado do discurso, mas sim o pressuposto dele. Dessa assunção, Habermas coloca o conceito de *dever* antes de *bem*, enquanto o Doutor Angélico procede de forma inversa. Na Ética do Discurso, primeiro são estabelecidas as regras da argumentação, e a partir da observância delas serão definidos os bens que serão considerados morais. No pensamento da Teoria Neoclássica da Lei Natural, primeiro se conhece o *bem* para depois serem pensadas as regras morais que guiam a ação humana para a participação dos bens.

A ética do discurso também pressupõe outros bens, note que só podemos engajar em um discurso se estivermos vivos, e com vias de evitar meios violentos em busca de edificar melhores condições de convivência para manutenção e persecução de objetivos de vida. A prática do discurso pressupõe um bem, e uma afirmação negando isso – “a vida não é um bem” – enseja uma contradição performativa, porque o autor nega um bem indispensável para viabilizar a possibilidade de negar algo. A prática discursiva também é desenvolvida no interior de uma organização social com vias à criação de normas para melhor organização da própria comunidade. Alguma forma de sociedade é um pressuposto e também finalidade de todo agente que se engaja em uma prática discursiva. Por isso, uma negação como “a comunidade não é um bem” também é contraditória. Todo ato de fala também possui uma pretensão de verdade, por isso uma negação no sentido de que “a verdade não é um bem” também ensejaria um comportamento incoerente⁹¹ – e com isso se demonstra os três primeiros preceitos da Lei Natural identificados por Santo Tomás, são pressupostos e não podem ser negados em um discurso nos moldes habermasianos. Desse raciocínio, Barzotto conclui:

2.2 quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para fazer isso.

3.1 É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir, participar de Discursos.

3.2 a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.

b. é lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.

c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades

3.3 não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em 3.1 e 3.2. (HABERMAS, 1989, p. 110-2).

⁹⁰ BARZOTTO, 2017, p. 125.

⁹¹ BARZOTTO, 2017, p. 126-7.

uma proposição *o conteúdo do bem é determinado pelo consenso* (ou por uma cultura ou por uma decisão política) é semanticamente incorreta. Há bens que o discurso deve assumir como objetivos, isto é, independentes do discurso sobre o bem, e estes são os bens básicos: vida, verdade e comunidade. Os três bens básicos funcionam como condições semânticas de sentido para todo uso do conceito de bem nas proposições morais.⁹²

Ademais, os filósofos da ética do discurso manifestam preocupações com a alteridade. Assim, defendem princípios que afirmam a necessidade de que os atingidos concordem com o conteúdo firmado do discurso ou que poderiam concordar enquanto participantes racionais das práticas discursivas. Em Santo Tomás, encontramos algo análogo na regra de ouro, que afirma que só devemos fazer aos outros o que queremos que nos façam.⁹³

Por conseguinte, é impossível justificar a ética do discurso de Habermas, que adota a abordagem intersubjetiva do pragmatismo e concebe o discurso prático como uma prática pública compartilhada, em que cada indivíduo deve adotar a perspectiva de todos os demais para testar a aceitabilidade de uma norma⁹⁴ – e, para que isso seja feito, é indispensável a inteligibilidade de certos bens humanos básicos.

A teoria moral de Habermas está fundada na estrutura ontológica do ser, e a gramática do discurso moral está assentada na razão e na natureza humana. Sem perceber todos os fundamentos, há certas proposições que devem ser admitidas pela Ética do Discurso, para que ela possa se manter coerente. Desse modo, apesar da pretensão de fundamentação de uma ética no paradigma da linguagem, tal ética só pode ser desenvolvida assumindo pressupostos ontológicos. Assim, podemos afirmar que a Lei Natural é a gramática do discurso moral.⁹⁵ E é insustentável que os bens humanos dotados de objetividade indispensáveis para o desenvolvimento do discurso sejam ignorados, uma vez que os procedimentos discursivos se iniciem. Falha, portanto, a pretensão de fundar uma teoria moral no discurso (e tomar como válido qualquer que seja o conteúdo daquilo que for convencionalizado entre os participantes), pois tais procedimentos argumentativos só podem ser realizados se certos bens, que são autoevidentes e pré-morais, forem reconhecidos.

⁹² BARZOTTO, 2017, p. 127.

⁹³ I-II q. 99 a.1.

⁹⁴ FINNIS, 2007b, p. 12-3.

⁹⁵ FINNIS, 2007b, p. 10-13.

Essa crítica feita à ética do discurso de Habermas pode ser estendida a John Rawls, pois há uma convergência entre a exigência de adotar a perspectiva de todos e a dependência do consenso na teoria da legitimidade de Rawls. De fato, Finnis aponta que os bens primários da teoria de Rawls o são mais por sua razoabilidade:

Os *bens primários* de Rawls (liberdade, oportunidade, riqueza e amor-próprio) são primários, em sua opinião, não por serem os *fins* básicos da vida humana, mas porque *é racional querer esses bens independentemente do que mais se queira, já que eles são em geral necessários para que se dê forma e se execute um plano racional para vida.*⁹⁶

A posição construtivista, adotada por Rawls no “Liberalismo Político”, é de que o bem é construído de forma intersubjetiva (Habermas é um modelo simplificado disso). Rawls entende que, dado o fato de sociedades democráticas serem caracterizadas pelo pluralismo (de visões diferentes de mundo, seja por questões religiosas, ideológicas etc.), a filosofia não poderia chegar a uma concepção sobre felicidade – ao menos unívoca. Frente a isso, ele entende que é possível, ainda que de forma restritiva, identificar em relação aos valores políticos uma base pública de justificação – deixando de lado a pretensão de encontrar uma base universal.

Isso levaria a uma restrição dos bens humanos àqueles passíveis de justificação democrática, que todos concordariam a respeito de sua importância – quer seja em uma *posição original* qualificada pelo *véu de ignorância* ou por meio de um consenso sobreposto. Esses bens seriam, conforme Rawls:

(a) direitos e liberdades fundamentais; (b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação, contra um pano de fundo de oportunidades diversificadas; (c) capacidades e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; (d) renda e riqueza; (e) as bases sociais do autorrespeito.⁹⁷

Na obra “Direito dos Povos” a lista é ampliada para incluir valores aceitos por *sociedades decentes*, entendidas como aquelas que minimamente respeitam valores democráticos. Trata-se de uma discussão sobre Direitos Humanos, garantindo: vida,

⁹⁶ FINNIS, 2007a, p. 88.

⁹⁷ RAWLS, 2011, p. 213.

liberdades (incluindo a de consciência, e com isso proteções contra discriminações), propriedade, igualdade, direito à imigração e asilo político.⁹⁸

O pluralismo de Rawls visa abarcar doutrinas razoáveis, que possam ser justificadas democraticamente, sem assumir uma como certa para que possa servir de base à condução de políticas públicas. Ele pensa questões sociais fundamentais a partir de valores democráticos publicamente compartilhados. A compatibilidade com instituições democráticas é o ponto de partida do que é considerado razoável por Rawls. É também a base moral de sua teoria construtivista.⁹⁹

O construtivismo político é uma visão acerca da estrutura e conteúdo de uma concepção política. Essa visão sustenta que, uma vez que se alcance o equilíbrio reflexivo, se é que isso é possível, os princípios de justiça política (conteúdo) podem se apresentar como resultado de certo procedimento de construção (estrutura). Nesse procedimento, tal como modelado na posição original, agentes racionais, na condição de representantes dos cidadãos e sujeitos a condições razoáveis, escolhem os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Esse procedimento – é o que conjecturamos – expressa todas as exigências relevantes da razão prática e mostra como os princípios de justiça resultam dos princípios da razão prática em conjunção com concepções de sociedade e de pessoa, concepções que constituem, elas próprias, ideias da razão prática.¹⁰⁰

Autonomia e tolerância religiosa podem servir de base para uma concepção política hábil a viabilizar a coexistência de visões subjetivas diferentes. Nisso, Rawls sustenta uma teoria restritiva no sentido que se limita a tratar das perspectivas que atendem essas condições de compatibilidade com a democracia. E disso exclui questões adicionais de filosofia moral – e é justamente nesse ponto que aparecem contrastes com Finnis, que busca uma fundamentação mais profunda.

Enquanto Finnis se ocupa da totalidade da vida prática, Rawls considera apenas a estrutura básica da sociedade. A proposta normativa de Rawls se limita ao domínio político – a proposta de uma “concepção política de justiça”. Outro contraste importante é que Rawls busca aquilo que é *razoável*,¹⁰¹ e que possa ser aceito de forma pública em dado contexto democrático, enquanto Finnis almeja o que é *racional* e capaz de guiar todas as ações da vida com vistas à felicidade. Doutrinas sobre o bem, como o jusnaturalismo, seriam aceitas se ficassem subordinadas à

⁹⁸ RAWLS, 1999, p. 78-9.

⁹⁹ RAWLS, 2011, p. 9-11.

¹⁰⁰ RAWLS, 2011, p. 106-7.

¹⁰¹ RAWLS, 2011, p. 13-6.

concepção política de justiça própria de uma democracia. Num segundo momento, como vimos, tal método passaria a ser aplicado em nível internacional, mas também assumindo um pressuposto de concordância sobre o núcleo mínimo do justo e do bem.

Devido à inviabilidade prática de chegar a um acordo sobre a verdade de doutrinas abrangentes, Rawls defende um *consenso sobreposto*.¹⁰² Ele não refuta visões concorrentes ou doutrinas abrangentes sobre bem. Supõe que elas, se razoáveis, serão compatíveis (ao menos nos pontos restritivos que Rawls considera como essenciais), com a sua visão político-democrática – independente das divergências existentes. Na prática, isso significa defender uma verdade mais elevada sem dialogar com as teorias concorrentes.¹⁰³ Rawls acaba reduzindo os valores básicos ao construtivismo político, o que é incompatível com uma visão jusnaturalista. Ele não se preocupa propriamente com a defesa de valores, mas antes com a articulação de valores políticos democráticos. Diante do dilema de Eutífron, para Rawls, assim como para Habermas, *algo é bom porque é considerado bom*.¹⁰⁴

Visando um consenso sobre os bens que possam ser aceitos nessa perspectiva, Rawls trabalha com uma lista restritiva de *bens primários*, bens que qualquer pessoa, independente de sua doutrina (desde que compatível com os valores democráticos), concordaria que seriam necessários, ainda que não suficientes, para a realização de um plano de vida.¹⁰⁵ Bens que seriam convalidados por uma razão pública.

No “*On public reason*” Finnis fala do surgimento da expressão “*razão pública*”. Esclarece que por vezes a razão privada se veste de razão pública para ser aceita. Isso deturpa as razões de estado e a justiça social – o que, por óbvio, é indesejável, mas uma possibilidade quando a razão pública é pensada em termos de convenção.

¹⁰² RAWLS, 2011, p. 107.

¹⁰³ A pesquisa de John Florindo de Miranda aprofunda a contraposição entre Rawls e Finnis, demonstrando uma vagueza em Rawls se comparado a Finnis. Nesse contexto, para Miranda “Essa crítica é uma das críticas mais recorrentes de John Finnis à estratégia política de Rawls. No ensaio “*Public Reason and Moral Debate*” (presente em *Reason in Action*), por exemplo, Finnis afirma (2011a, p. 261) que, para uma doutrina abrangente ser contra o fato do pluralismo razoável, esse fato teria que estar no mesmo nível lógico que ela, podendo, assim, ser verdadeiro ou falso. Ora, a estratégia de esQUIVA de Rawls é alegar que todas as doutrinas abrangentes podem endossar o fato do pluralismo razoável. No entanto, cremos que a crítica de Finnis está correta, pois essa estratégia de esQUIVA acaba supondo inevitavelmente uma concepção abrangente sobre a verdade” (2015, p. 72).

¹⁰⁴ MIRANDA, 2015, p. 132.

¹⁰⁵ RAWLS, 2011, p. 208.

No “*Liberalismo Político*” Rawls resgata a expressão, e a usa para propor um princípio de legitimação. Conforme Finnis:

Questões políticas que tocam em fundamentos constitucionais ou em questões básicas de justiça só serão resolvidas legitimamente se as autoridades competentes tomarem suas decisões usando apenas a(s) razão(ões) pública(s). Razão pública é o conjunto de razões - princípios e ideais - que todos os cidadãos “podem razoavelmente esperar que endossem” o conjunto de razões, isto é, que são reconhecidas como boas razões pelo “consenso sobreposto de todas as pessoas razoáveis”. Se as opiniões que se sobrepõem nesse consenso são corretas ou verdadeiras, e se essas razões são válidas ou sólidas, é uma questão que deve ser posta de lado pela razão pública, i.e., na tomada de decisão sobre as questões fundamentais da vida política e da legislação. Esta drástica restrição do conteúdo da razão pública e sua fundamentação é afirmada e defendida por Rawls como uma implicação ou requerimento do princípio ou critério da reciprocidade, isto é, que as razões empregadas e as decisões tomadas em mútuo acordo devem ser razões e decisões que as autoridades acreditem que poderiam ser razoavelmente aceitas por outras pessoas como cidadãos livres e iguais.¹⁰⁶

O mencionado princípio da reciprocidade será a fonte da legitimidade em sua teoria política. Rawls exclui pretensões de verdade (quer sejam religiosas ou não) do consenso sobreposto, e, portanto, tais pretensões não fazem parte da razão pública. Simplesmente são deixadas de lado, sem haver contestação ou refutação do conteúdo do consenso sobreposto. Como se pode imaginar, há limitações e incoerências na estratégia de Rawls.

Razão pública é composta de proposições que *devemos esperar que todas as pessoas razoáveis concordem*. Porém essa definição dá margem para que o consenso recaia sobre proposições não razoáveis. É possível surgir consensos entre pessoas razoáveis de forma distorcida. Por vezes, a vontade de um grupo pode ser motivada por influências ou paixões, e com isso sustentar a mitigação de bens humanos, desde que feita por pessoas razoáveis.¹⁰⁷

Para Finnis, essas teorias restritivas são arbitrárias. Restringem certas formas de realização humana, elegendo algumas em detrimento de outras de modo subjetivo. A lista dos bens não passa por um questionamento ético, pois são escolhidos em função de razoabilidade ou convenções.¹⁰⁸

¹⁰⁶ FINNIS, 2007b, p. 4.

¹⁰⁷ FINNIS, 2007b, p. 4-5.

¹⁰⁸ FINNIS, 2012, p. 50.

Mas as conclusões a respeito do papel das Instituições são diferentes, pois se fundamentam a partir das teorias morais diferentes. Rawls, na Teoria da Justiça, após a refutação do utilitarismo e intuicionismo, dedica o restante da obra para pensar instituições sociais que são desenvolvidas buscando a melhor execução dos bens primários. Apesar de Rawls almejar uma justiça política, e Finnis a totalidade do bem humano, nesse ponto há uma aproximação metodológica, pois ambos pensam como deve ser a organização da vida em sociedade a partir dos princípios que eles identificaram. Para Finnis, são possíveis formulações de princípios, a partir da razão prática, que orientarão a comunidade política na busca da realização integral.¹⁰⁹ Finnis fala de valores gerais, fins e meios para realizar ou atingir certos fins – e nesse sentido são fins intermediários e subordinados.

2.3 O AGIR MORAL E AS EXIGÊNCIAS DA RAZÃO PRÁTICA

As considerações anteriores tratam das condições pré-morais da ação humana. As ações visam uma participação ou uma forma de realização de um bem humano,¹¹⁰ e discutimos quais são esses bens e como eles são apreendidos pelo sujeito. Ainda nenhum juízo moral foi proposto.

A ação moral surge quando o sujeito age para buscar participar dos bens. Da mesma forma que, no âmbito da razão teórica, extrai-se uma conclusão da subsunção de uma premissa menor a uma premissa maior, extrai-se um juízo prático a partir de um silogismo prático. Por exemplo: a premissa maior afirma “seria bom descobrir a verdade sobre os princípios da Lei Natural”, premissa menor indica “ler este *Lei Natural e Direito Natural* irá me ajudar no que quero estudar”, e a assim podemos concluir que “vou ler todo este livro”.

"(i) Seria bom descobrir a verdade sobre os supostos princípios da lei natural; (ii) ler criticamente este livro provavelmente irá me ajudar a descobrir o que eu quero descobrir a respeito desses assuntos; (iii) assim, apesar de ser entediante, vou ler todo este livro e analisar seus principais argumentos". A primeira premissa está expressa como um princípio prático; ela formula uma necessidade, mas torna essa necessidade mais do que um impulso cego ao referir seu objeto (a pessoa ficar conhecendo a lei natural) à forma inteligível e geral do bem do qual esse objeto é um modo possível de participar ou um caso particular. Quando combinada com a segunda premissa, que é um juízo factual preciso sobre a relevância, coerência etc.

¹⁰⁹ FINNIS, 2012, p. 76.

¹¹⁰ FINNIS, 2012, p. 37.

de um livro em particular, primeira premissa ou princípio prático expressa uma razão para se agir da maneira expressa na conclusão, o terceiro passo na cadeia de raciocínio. A força dessa razão varia, obviamente, dependendo do quanto a pessoa valoriza estas questões em particular (e nas circunstâncias particulares da pessoa) e da certeza ou incerteza da avaliação factual que a pessoa faz da adequação dos meios propostos para a realização desse valor neste caso em particular.¹¹¹

A premissa maior é um princípio prático que expressa a necessidade de uma conduta direcionada a um bem humano. A premissa menor indica um juízo fático, que elege um meio para participar do bem e, por isso, pressupõe a avaliação de uma situação específica. Por fim, da subsunção da premissa menor à maior, segue-se uma conclusão na forma de um juízo moral. Finnis diz:

Um princípio prático básico serve [como a premissa maior *o conhecimento é um bem a ser buscado e a ignorância deve ser evitada*] para orientar o raciocínio prático e pode ser exemplificado (mais do que *aplicado*) em um número indefinido de princípios práticos e premissas mais específicas. Em vez de restringir, sugere novos horizontes para a atividade humana.¹¹²

O primeiro princípio da razão prática está implícito nessa estrutura, já que a formulação das premissas o pressupõe. Além disso, há outras exigências da razão prática que devem ser observadas para garantir a “validade” do juízo moral (nesse caso, a moralidade da ação), da mesma forma que em operações da razão teórica existem outras regras de inferência, para além de observar o princípio da não-contradição.

Esses preceitos, que serão analisados logo adiante, formam um todo ordenado. A pluralidade de preceitos decorre dos objetos diferentes das inclinações, que levam a diversas normas de ação. E o sujeito elege os preceitos que lhe parecerem ser a forma mais adequada de participar do bem humano. Para que a ação possa ser moral, no entanto, pressupõe-se liberdade. Se ela for determinada por uma ordem da realidade, não há moralidade. Escolhas livres constituem o caráter do agente.¹¹³

Além de pressupor a liberdade, a argumentação é desenvolvida do ponto de vista moral de um sujeito razoável. Uma vez que os primeiros princípios da Lei

¹¹¹ FINNIS, 2007a, p. 70.

¹¹² FINNIS, 2007a, p. 71.

¹¹³ Sobre isso, Finnis diz: “O caráter de alguém como agente é conhecido nos atos que a pessoa livremente escolheu fazer; esse caráter é, de fato, decisivamente formado e estabelecido por aquelas escolhas e por sua consecução; e embora a pessoa não seja responsável por tudo que causa, ela é responsável por aquilo que suas escolhas a tornaram” (2011b, p. 133).

Natural estabelecem como as pessoas podem participar dos bens humanos básicos, as exigências da razão prática são princípios intermediários, a partir dos quais se derivam normas específicas com conteúdo moral.

Finnis investiga as exigências da razão prática que guiam a formulação de juízos morais. Conforme Grisez, o primeiro e mais fundamental princípio seria: “Ao agir voluntariamente pelos bens humanos e evitando o que se opõe a eles, deve-se escolher e, de outra forma, desejar aquelas e somente aquelas possibilidades cujo desejo é compatível com uma vontade de realização humana integral”.¹¹⁴ De forma mais direta, Na obra “*Fundamentos da Ética*”, Finnis apresenta a exigência da razão prática que seria mais abrangente: “Devemos estar sempre abertos para a realização humana integral”¹¹⁵ - assim, toda a ação, para ser moral, deveria ser compatível com tal exigência.¹¹⁶

Há muitas formas de bens humanos básicos, e cada forma pode ser promovida de inúmeras maneiras. Mas como perseguir esses bens? Como agir? Como realizar os bens humanos básicos e com isso atingir o florescimento humano? Além das características elencadas acima, deve-se levar em conta o tempo limitado para perseguir os bens. Esses requisitos sobre a conduta dizem respeito à ética – e cada filósofo apresenta métodos para o raciocínio prático. São propostos vários requisitos, e cada um parece ser o mais importante quando focado. Todos são interligados, e compreende-se melhor um à luz dos demais. Finnis apresenta um rol não exaustivo dessas exigências da razoabilidade prática:

Os três primeiros versam sobre a multiplicidade de bens e as oportunidades de participação neles considerando a si mesmo e o próximo.

a) *ter um plano racional de vida*. A pessoa deve ter um conjunto de propósitos racionais. Não é razoável viver de momento a momento, reagindo a situações imediatas. Ou planos insensatos, como gastar todos recursos com comida e bebida.

b) *sem preferências arbitrárias por valores*. Sempre que escolhermos um bem isso gera repercussão nos demais bens: se se escolhe ser um erudito, isso implica em não poder realizar todo o bem que um médico é capaz de realizar. A pessoa irá

¹¹⁴ GRISEZ, 1981 p. 184.

¹¹⁵ FINNIS, 2012, p. 73.

¹¹⁶ Indo além, na obra “*Nuclear Deterrence*” que ele refina a formulação: “Na ação voluntária em vista dos bens humanos e em vista de evitar o que se opõe a eles, deve-se escolher, ou se escolheria, aquelas, e somente aquelas possibilidades cuja disposição é compatível com a realização humana integral”(FINNIS, GRISEZ; BOYLE, 1987, p. 263).

avaliar cada situação considerando suas capacidades, circunstâncias e preferências¹¹⁷.

c) *sem preferências arbitrárias por pessoas*. De modo que juízos morais sejam universalizáveis. Não deixar de levar em consideração os outros, e também não levá-los em consideração de forma excessiva. Pode-se associar a de Regra de Ouro: *faça aos outros o que você gostaria que fizessem a você*, formulação que aparece em tradições religiosas. Ou simplesmente “devemos tratar os outros como gostaríamos de ser tratados”. Finnis admite que a formulação desse princípio possui um pressuposto no princípio de *amar o próximo como a si mesmo*. Mas além desse sentido teológico, há uma indicação clara da moralidade decorrente da Lei Natural, que implica em preservar e promover o bem.¹¹⁸ Esse requisito da imparcialidade pode ser considerado a regra de ouro no processo judicial.

Os dois seguintes tratam da disposição emocional do homem frente aos bens, que pode estar desregulada tanto por um extremo de entusiasmo imoderado quanto por outro, de apatia.

d) *desprendimento dos projetos orientados à realização dos bens*. Ou seja, desprendimento em relação ao meio, prescrevendo o não fanatismo em relação a um projeto. Finnis fala em não atribuir “a qualquer projeto específico uma importância prioritária e incondicional como se só um bem humano básico e um compromisso geral estivesse sendo promovido.”¹¹⁹

e) *honrar compromissos*. Equilíbrio entre fanatismo e apatia, ou seja, uma vez assumido compromissos, eles não devem ser abandonados de forma leviana.

O próximo exige mais do que boas ações e bem intencional, e abre vias para um debate com teorias consequencialistas.

f) *relevância limitada das consequências, as ações devem ser eficientes e em relação a propósitos razoáveis*. Ou, em uma formulação mais extensa: realizar o bem no mundo por meio de ações eficientes para seus propósitos, sem desperdiçar suas oportunidades com métodos ineficazes. As ações devem ser julgadas pela eficácia, pela adequação aos propósitos, utilidade e consequências.¹²⁰ Esse requisito tem limites, e torná-lo supremo seria imoral. Levaria a um modelo consequencialista.

¹¹⁷ FINNIS, 2007-a p. 123

¹¹⁸ FINNIS, 1987, p. 284; 1998, p. 140.

¹¹⁹ FINNIS, 2012, p. 75-6.

¹²⁰ FINNIS, 2012, p. 76.

g) *não agir de forma que o ato não faça nada além de danificar ou impedir a realização ou participação em um bem humano básico*. Ou, em termos kantianos, não escolher diretamente contra nenhum bem humano básico. Aplica-se em casos que envolvem escolhas. Por outro lado, toda decisão terá efeitos colaterais não buscados, mas que são inevitáveis e incalculáveis. Se eu pesquiso X, inevitavelmente Y e Z não terão aprofundamentos, não serão por mim realizados.¹²¹

h) *o bem comum deve ser favorecido e promovido*. Essa exigência reconhece que bens humanos podem ser promovidos por ações de grupos. Esse requisito será aprofundado depois, pois terá aplicação direta na atividade legislativa.

i) *a pessoa deve agir de acordo com sua consciência*.

j) em Fundamentos da Ética é adicionada uma décima exigência: “*não escolha bens aparentes, sabendo que eles são apenas as simulações de bens reais mesmo quando a simulação traz emoções ou experiências reais ou satisfações reais*”¹²².

Um sujeito que age moralmente parte do conhecimento do bem humano a ser buscado e do mal a ser evitado. Conhecendo, ainda que de forma limitada, as circunstâncias fáticas, deve eleger o melhor meio de ação para viabilizar sua participação no bem humano. Nesse processo, após eleger o bem ao qual sua ação se dirige, deve observar as exigências da razão prática que funcionam como critérios para a conduta. Se agir respeitando todos os princípios apresentados, sua ação será moral. Vale lembrar que é possível identificar outras exigências da razão prática, como o próprio Finnis fez, pois se trata de uma lista aberta. Ademais, esses mesmos princípios podem ser adaptados para outros contextos, como a atividade legislativa ou jurisdicional, mas continuam a desempenhar o mesmo papel de exigências da razão prática que devem ser respeitados para garantir a moralidade da conduta.

De certa forma, essas exigências da razão prática são equivalentes às virtudes tratadas na filosofia moral, como coragem, generosidade, moderação etc., e são meios de buscar os bens humanos básicos, mas não são valores básicos em si mesmos. Virtude está na ação de fazer uma boa escolha em relação a um bem humano. Podemos entendê-las como exigências da razoabilidade prática na conduta

¹²¹ FINNIS, 2007a, p. 123.

¹²² FINNIS, 2012, p. 76.

do agente. Princípios são mais fundamentais que a virtude, e correspondem aos princípios básicos da Lei Natural.

2.4 A SUPERIORIDADE DA LEI DIVINA EM RELAÇÃO À LEI NATURAL

A Lei Natural oferece uma sólida base moral a partir da qual podemos pensar a legislação positiva. Porém, o próprio Santo Tomás afirma que, além da Lei Natural e da Lei Humana, é necessária uma Lei Divina para que se possa alcançar fins mais elevados. Em suas palavras, ao tratar da diversidade das leis:

Pela lei é dirigido o homem aos atos próprios em ordem ao fim último. E se o homem se ordenasse apenas ao fim que não excedesse a proporção da potência humana natural, não seria necessário que o homem tivesse algo diretivo da parte da razão, acima da Lei Natural e da Lei Humanamente posta, que dela derivasse. Mas, porque o homem se ordena ao fim da bem-aventurança, que excede a proporção da potência natural humana, como acima se mostrou, assim foi necessário que acima da Lei Natural e humana, fosse dirigido também a seu fim pela lei divinamente dada [...] para a perfeição da virtude requer-se que em uns e outros atos o homem viva retamente.¹²³

A Lei Divina se ocupa da bem-aventurança e de uma perfeição de virtude. Por conseguir se ordenar a objetivos mais elevados, ela é superior à Lei Natural. Nas questões da Suma Teológica que tratam da Lei Divina, surge uma ética teológica e, como consequência, questões de ordenação social diversas das enfrentadas pela Lei Natural e Lei Humana – mas para isso utiliza fundamentos teológicos.

Grisez e Finnis desenvolvem uma Teoria da Lei Natural a partir de Santo Tomás, mas se recusam a ser chamados de tomistas. Eles afirmam ter uma teoria própria que utiliza a base tomista, mas a delimitam. O principal ponto de separação é que a Teoria Neoclássica da Lei Natural busca, para fundamentar suas proposições teóricas, prescindir da Lei Divina, e, em última instância, de Deus.

Por outro lado, é inegável que muitos partidários da Lei Natural são teístas – e sustentam posições compatíveis com credos religiosos. Mas a grande questão é se, independente da convicção subjetiva dos jusnaturalistas (que podem ou não ter fé em um Deus criador do universo que inscreveu uma lei no coração dos homens), a Teoria Neoclássica da Lei Natural consegue conferir um fundamento para discutir questões políticas, de modo a dispensar uma fundamentação teológica. A resposta é

¹²³ I-II q.91 a.4.

afirmativa. A compreensão do primeiro princípio da razão prática e a forma como se opera a ação humana dispensa qualquer crença, dada sua autoevidência.

Caso fosse adotada uma premissa teológica, ficaria prejudicada a colocação da Teoria Neoclássica da Lei Natural no debate na Filosofia do Direito contemporânea. A construção do discurso deve contemplar o público a ser atingido. Ao ter pretensão de fundamentação não-metafísica, afasta-se um estereótipo de que a defesa da Lei Natural estaria atrelada a uma crença teísta. Conforme Grisez: “Naturalmente formamos princípios que tornam possíveis as nossas ações e para isso o conhecimento de Deus é prescindível. O caráter prático do intelecto é natural para o homem. Isso independe da crença em Deus.”¹²⁴

Mas essa estratégia metodológica tem consequências. Ao mesmo tempo em que se estreita o diálogo com os juristas, a Teoria Neoclássica se afasta dos tomistas. Nesse contexto, é oportuno apresentar o contraponto feito por Russell Hittinger ao pensamento de Grisez e Finnis.

Hittinger identifica em Santo Tomás dois princípios de ordenação: o primeiro é o das partes em razão do todo, e o segundo das coisas em função do fim. Antes de discutir as diferentes formas da razão, são estabelecidas orientações de ordem e unidade. Esses princípios de ordenação são omitidos pela Teoria Neoclássica da Lei Natural e marcam a principal diferença entre tal teoria e o Doutor Angélico.¹²⁵

Hittinger se lança ao projeto de pensar a Lei Natural na Suma Teológica de forma mais coerente com a moral católica, enquanto que Grisez e Finnis, ao proporem uma teoria que prescinde de elementos metafísicos, realizam algumas concessões que permitem a acusação de contradições entre a leitura deles da Lei Natural com a teologia católica. As críticas de Hittinger, que são feitas a partir da perspectiva tomista, reforçam essa desvinculação. As que devem ser consideradas no contexto desta pesquisa dizem respeito aos problemas de hierarquia entre os bens e se há um fim a ser buscado por todos pelos seres humanos.

Hittinger menciona problemas quanto aos fins. “Grisez sustenta que cada um dos princípios práticos (como pré-morais) representa a apreensão de razões práticas de um bem como finalidade (algo do qual vale a pena participar intrinsecamente).” Disso Hittinger levanta questões:

¹²⁴ GRISEZ, 2007, p. 205.

¹²⁵ HITTINGER, 1989, p. 71.

Primeiro, se há uma ordem objetiva dos bens como finalidades independentes, de modo que possamos falar do bem da humanidade como algo mais do que a soma das partes desses bens; e segundo, se há uma noção eticamente significativa de transcendência em seu sistema.¹²⁶

Por transcendência não é designado nada sobrenatural, mas “ao contrário, uma abertura da razão prática para bens ou valores que não são simplesmente modalidades imanentes de sua própria realização.”¹²⁷ Por exemplo, o questionamento se o bem da amizade pode ser avaliado apenas da minha perspectiva, ou se preciso levar em conta também outra pessoa.

Hittinger pontua que tal moral tem problemas para considerar coisas que estão além do sujeito – e com isso podem advir problemas morais. Os bens são identificados e as regras morais pensadas a partir do ponto de vista individual. Por isso, quando surgem interações, para Hittinger, surgem problemas intersubjetivos.

Isso tem repercussão quando questões concretas passam a ser avaliadas. O argumento de Grisez contra o aborto se pauta no bem humano da vida. Por ser uma conduta que age contra um bem, é moralmente errada. Hittinger, alternativamente, diz que poderia se fundar na compreensão ontológica de alguém que está vivo, na pessoa. Isso abre vias para apontar em Grisez a ausência de uma “explicação coerente de como falar de unidade teleológica e ontológica do ser humano. Há uma teleologia para cada bem básico ao qual o sujeito moral está obrigado, mas não há teleologia correspondente do sujeito moral.”¹²⁸ Em vez de enfatizar pessoas, enfatiza bens, e pensa a moral a partir disso. Hittinger observa que “se iniciarmos sua axiologia, não chegaremos a uma afirmação filosófica das pessoas como preeminentes no domínio dos valores, pois estes valores são irreduzíveis e incomensuráveis.”¹²⁹

Na Teoria Neoclássica não há hierarquia entre os bens humanos básicos, pois cada um é igualmente essencial. Disso se segue que não há uma ordem objetiva de importância deles, o que se revela insuficiente. Hittinger exemplifica isso com uma situação de emergência em que alguém está se afogando, situação que conferiria prioridade ao bem básico da vida. Assim, a partir da circunstância concreta, é possível afirmar a prevalência de determinado bem sobre o outro. Se eu

¹²⁶ HITTINGER, 1989, p. 65.

¹²⁷ HITTINGER, 1989, p. 65.

¹²⁸ HITTINGER, 1989, p. 74.

¹²⁹ HITTINGER, 1989, p. 74.

posso escolher entre ficar lendo um livro na praia, participando do bem do conhecimento, ou salvar uma pessoa que está se afogando, realizando a vida, sabemos que a ação moralmente correta é prestar socorro. Mas como chegamos a essa conclusão? Ora, a avaliação da moralidade dessa ação antecede a criação do dever jurídico de prestar socorro, sujeitando a pessoa que se omitir a alguma sanção legal. É necessário encontrar algum critério para afirmar isso, mas, a partir dos princípios da razão prática que orientam o agir moral, nenhum deles leva perfeitamente a essa conclusão – o que mais se aproxima é o oitavo, que afirma que o bem comum deve ser promovido. Por outro lado, a partir de uma ética teológica, é possível fundamentar a moralidade de salvar a vida alheia de forma mais perfeita que uma argumentação apenas a partir da Lei Natural. Note-se que o exemplo tematiza uma questão simples de hierarquia de bens, que ajuda a compreender melhor o problema.

O primeiro princípio da moralidade nos obriga a buscar o florescimento humano integral; a falta de critérios objetivos relativos às hierarquias pessoais, no entanto, significa que não podemos julgar qual ordenação de bens (e, correlativamente, tipos de vida) são mais adequados para satisfazer o requisito [...] se houver hierarquias plurais, ainda precisamos de critérios para avaliar se o seu mérito é apreendido antes da escolha e se uma ou outra dessas hierarquias é objetivamente superior, antes da escolha, em relação às outras.¹³⁰

A passagem insinua que Grisez é em certo aspecto subjetivista. Os bens humanos básicos, incluindo a religião, não têm dimensão transcendente, mas se preocupam apenas com o bem mundano do eu: a autorrealização e a bondade puramente imanentes. Os bens humanos básicos estão isolados uns dos outros, pois são incomensuráveis e irreduzíveis uns aos outros, e assim a religião não pode ter qualquer papel arquitetônico para a vida de alguém, nem pode ser a virtude preeminente. Grisez é subjetivista quanto aos projetos de vida: não se pode ter critérios de avaliação das opções quanto aos projetos de vida.

Além do problema de ordem interna, que resulta na incomensurabilidade dos bens humanos básicos, é possível questionar se existe uma hierarquia de fins. Rawls, Grisez e Finnis apelam aos planos de vida como forma de introduzir uma

¹³⁰ HITTINGER, 1989, p. 78.

ordenação aos bens. E nisso pensam em um eu individual definido como uma vida humana vivida de acordo com um plano.¹³¹

Ter um plano de vida racional é o primeiro modo de responsabilidade moral para a Teoria Neoclássica da Lei Natural. Mas como devemos julgar planos de vida? Para Rawls um plano de vida pode ser avaliado criticamente, considerando sua harmonia com os princípios de escolha racional (estabelecidos nos princípios de justiça) ou que não é o plano que ele seguiria se avaliasse suas perspectivas com cuidado à luz de um conhecimento completo da situação. A partir dessa resposta, e de delimitações de sua teoria, julgamentos morais acerca do plano de vida eleito pelo sujeito ficam além da discussão de Rawls.

A partir de Finnis, como já vimos, podemos acrescentar exigências morais, e isso permite uma fundamentação mais rica dos bens humanos básicos – ao contrário de Rawls, que dá passos criticáveis em sua construção.¹³² Porém, a partir de Hittinger, há um questionamento além que deve ser inserido. Um plano de vida é mais moral que outro?

Os princípios pré-morais não podem, por si só, determinar se as ações são boas ou más. São exigidas normas morais que servem como ponte entre as primeiras especificações dos preceitos e as ações concretas que poderão ser consideradas morais. Por isso são necessários princípios morais que tornarão possível tal julgamento. E na Teoria Neoclássica da Lei Natural, esses princípios guiarão a escolha do plano de vida negativamente – por vedações, como respeitar o princípio moral que impede que alguém aja de forma contrária a um bem humano. Na esfera do permitido, quando o sujeito se abstém de ações proibidas e cumpre suas obrigações, há infinitas possibilidades de ação.

Vamos supor dois sujeitos que vivem sem cometer ilicitudes. O primeiro define como plano de vida direcionar suas ações ao bem da humanidade, o segundo dedica todos seus esforços a uma satisfação egoísta. Dentre essas alternativas, qual plano de vida é a mais moral? Para Grisez e Finnis, assim como Rawls, dada a incomensurabilidade dos bens humanos, considerando a partir da perspectiva do indivíduo, os planos de vida estão no mesmo patamar. Para o pensamento de Santo Tomás, e também na teologia cristã, podemos encontrar razões que justifiquem a superioridade de um plano de vida em relação a outro – uma vez que a ordem

¹³¹ HITTINGER, 1989, p. 79.

¹³² Cf. item 2.2.2.

universal depende e aponta para Deus, tudo aquilo que aproxima Dele é mais meritório. Ações altruístas, mesmo que isso exija abdicar em parte de si mesmo, implica em uma vida moral mais meritória.¹³³

Grisez é teleológico e busca intensificar os bens humanos básicos. Ele argumenta que qualquer coisa buscada por si mesmo é um fim último em uma situação de escolha. Existem muitos fins últimos, pois existem bens básicos e planos de vida organizados em torno deles, sem uma precedência de um a outros.¹³⁴

Mas quando inserimos uma ética teológica, surgem critérios que ajudam a ordenar bens e os planos de vida. Podemos incluir no julgamento critérios de capacidade de compreensão e de considerar outros planos de vida como hábeis a afetar as atividades em uma ordem mais complexa. Afinal, conforme Hittinger: “se não há hierarquia objetiva entre os bens básicos (que incluem a religião), o que devemos fazer com a religião servindo como uma arquitetura para a vida de alguém? Se não for definitivo, então o que é?”¹³⁵

A conclusão disso é que se aceitamos as críticas de Hittinger, Grisez e Finnis não oferecem uma base moral suficiente para enfrentarmos problemas éticos de forma coerente com o pensamento de Santo Tomás. Por outro lado, mesmo dando razão a Hittinger, há considerações morais suficientes para assentar uma discussão do papel do Direito na sociedade – que atua na coordenação de ações para evitar os comportamentos imorais mais graves, algo que o sistema de Grisez busca resolver. Ficam de fora o julgamento dos modelos de vida mais elevados.¹³⁶

Apesar dessa crítica tomista em relação a Teoria Neoclássica da Lei Natural, há o reconhecimento de três méritos do trabalho de Grisez: (i) resgatar o lugar do Aquinate no debate filosófico, lugar que os filósofos modernos, de forma injusta, o removeram. (ii) propor uma compreensão da ligação entre moral e direito (iii) compreender a moral teológica a partir da Lei Natural.¹³⁷

As críticas tomistas (de que a Teoria Neoclássica compreende mal Santo Tomás) são mais acessíveis de uma perspectiva teológica. Ainda que não seja

¹³³ I-II q.100 a.1.

¹³⁴ GRIZEZ, 1981, p. 393; HITTINGER, 1989, p. 86.

¹³⁵ HITTINGER, 1989, p. 90.

¹³⁶ Além disso, Hittinger aprofunda como é feita a transição entre a filosofia moral para uma teologia e como a revelação, pela Lei Divina, pode ser compatível com algumas questões de lei positiva. Disso surgem questões na relação entre religião e Lei Natural – mas essa discussão teológica foge do escopo desta pesquisa.

¹³⁷ HITTINGER, 1989, p. 5.

convincente para os tomistas, a justificativa desse recorte é a possibilidade de propor um fundamento não metafísico para a discussão de questões próprias do Direito. Ainda que fosse possível desenvolver uma investigação mais fiel ao pensamento tomista, em relação à aceitação de pressupostos teológicos, haveria poucas possibilidades de diálogo com outras correntes de pensamento puramente filosóficas. É possível, sim, níveis mais perfeitos de uma teoria jurídica assentada no escopo mais teológico do pensamento do Doutor Angélico, mas a exposição dos próximos capítulos visa se fundamentar apenas na razão prática. Esse objetivo se alinha com a pretensão de Finnis, que admite a procedência de objeções a partir da perspectiva teológica: “não apresentei a Lei Natural ou os princípios da razoabilidade prática como expressões da vontade de Deus. E categoricamente me recusei a explicar a obrigação em termos de conformidade com uma vontade superior”.¹³⁸

Por fim, as considerações deste capítulo como um todo trataram da ação humana apenas de uma perspectiva individual. Um problema mais complexo emerge quando se tematiza a necessidade de coordenação de ações que pressupõem não apenas a busca de bens individuais, mas também de um bem comum. E, da mesma forma que a Lei Natural orienta a formulação de juízos morais individuais, ela formula exigências da razão prática que devem ser observadas na formulação de Leis Humanas que organizarão a vida em sociedade.

Assim, no próximo capítulo trataremos de como é possível pensar a Lei Humana a partir da Lei Natural.

¹³⁸ FINNIS, 2007a, p. 381.

3 A ESSÊNCIA DA LEI HUMANA

Santo Tomás utiliza a doutrina das quatro causas de Aristóteles para definir Lei. Esse método, além de ser usado para definições, pode ser usado para explicações. Podemos afirmar que compreendemos algo quando conseguimos exaurir as questões a seu respeito. Todas as questões acerca de um objeto podem ser reduzidas à indagação: qual é a sua causa material, formal, eficiente e final? Essa forma de raciocinar dominou a teologia e a filosofia medievais, e afetou o desenvolvimento da ciência.

Causa material é a matéria da qual algo é feito. A primeira causa é a partir do que se faz algo, sua matéria prima. Conforme Aristóteles “causa significa, em um sentido, algo intrínseco a partir do qual se geral algo”¹³⁹

A causa formal é uma espécie de exemplo, por isso também é chamada de causa exemplar. Foi nesse sentido que Platão afirmou que ideias eram formas. Santo Tomás afirma que “a forma é a noção da própria essência”¹⁴⁰, pois confere estrutura e organização à causa material. Pode-se subdividir em causa formal interna (intrínseca) ou externa (extrínseca). A intrínseca corresponde ao arranjo entre os materiais na realidade. E a extrínseca ao plano, a ideia que permitiu e orientou a organização da causa intrínseca.¹⁴¹

A causa eficiente, ou movente, é a que atualiza a causa material seguindo a causal formal, transformando-a. É a causa que atua com atividade. Esse terceiro sentido versa sobre a mudança e o repouso, e pode aperfeiçoar, dispor, auxiliar ou deliberar. Podemos subdividir essa causa em eficiente primária e eficiente instrumental. A primeira é o agente que move o objeto, e a instrumental são justamente as ferramentas, os instrumentos, utilizados para a realização da tarefa.

Causa final diz respeito ao propósito da coisa. Nesse sentido, traz o porquê da causa. É subdividida em causa final do agente e uma causa final do objeto.

Para exemplificar essas causas, Aristóteles toma como exemplo uma estátua de bronze. A causa material é a matéria prima necessária para a confecção da estátua, no caso, o bronze que será trabalhado. A causa formal é o modelo utilizado pelo artesão, que pode ser um desenho, uma ideia ou até uma estátua real que ele

¹³⁹ Metafísica V-II, 1013a.

¹⁴⁰ AQUINO, 2017, p. 37.

¹⁴¹ HELNE, 2012, p. 44.

pretenda replicar. A causa formal confere o modelo que a matéria terá que ser trabalhada (sendo esta a causa formal extrínseca e a intrínseca, a integração do material na realidade). A causa eficiente é a atividade de pegar a causa material, e seguindo o plano de ação da causa formal, transformar o bronze bruto em uma estátua. Nessa transformação, o artesão será a causa eficiente primária e usará causas eficientes instrumentais, ou seja, as ferramentas (cinzel, martelo etc.). A causa restante é o propósito do objeto. Devemos diferenciar a finalidade do agente e do objeto. A primeira versa sobre o porquê o artesão fez a estátua (que pode ser, por exemplo, por amor à arte ou por dinheiro), e a segunda sobre a finalidade da estátua, que é decorar um ambiente.

Aplicando essa forma de pensar das quatro causas de Aristóteles ao Direito, encontramos a seguinte definição de Lei na Suma Teológica: “[uma] ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade.”¹⁴² A causa formal seria a “ordenação da razão”, a causa final o “bem comum”, a causa eficiente “aquele que tem o cuidado da comunidade”. A promulgação pertence tanto à causa eficiente como à formal – o que será oportunamente discutido. A causa material são os atos humanos e está implícita na definição de lei, mas pode ser identificada a partir da teoria moral. Alguns autores indicam como causa material a comunidade, o que faz sentido. Mas a ação humana é mais precisa porque o objeto de comando de uma lei não é a comunidade, e sim a ação humana que gera uma repercussão na comunidade.¹⁴³ As subdivisões das causas também podem ser identificadas, mas nem sempre são relevantes para analisar questões jurídicas. Sobre essa metodologia, Henle observa que:

John Finnis criticou os positivistas por não fornecerem um critério para selecionar a importância ou as características elucidativas do direito. A Doutrina das quatro causas fornece um conjunto de questões cujas respostas constituem uma elucidação da essência ou natureza do direito. A Doutrina, portanto, fornece o princípio básico ausente.¹⁴⁴

O positivismo jurídico define o Direito a partir de elementos formais, sendo sua visão desprovida de fim ou conteúdo moral. Como utiliza uma metodologia que

¹⁴² I-II, q. 90 a.4.

¹⁴³ Há quem defina de forma diferente, mas entendo que esta não é a melhor leitura. “Santo Tomás oferece sua famosa definição de lei, de acordo com as quatro causas de Aristóteles: a lei é uma ordenança da razão (causa formal) promulgada (material) por quem cuida da comunidade (causa eficaz) voltada para o bem comum (causa final)” (MURPHY, 2016, p. 604).

¹⁴⁴ HENLE, 2012, p. 45.

restringe o objeto, naturalmente deixa de tratar alguns problemas, deixando questões sem respostas. Por outro lado, a Teoria Neoclássica da Lei Natural, concebe a Lei Humana considerando sua substância, forma, procedimento, criação e finalidade.

Deixando clara essa premissa, o presente capítulo tem como objetivo apresentar a relação entre Lei Natural e Lei Humana no pensamento de Santo Tomás, tomando como fio condutor a doutrina aristotélica das quatro causas. Para isso, é dividido em dois tópicos. O primeiro explica como essa relação entre Lei Natural e Lei Humana acontece, fazendo uma investigação sobre a essência da lei. Esse primeiro ponto exige maiores desdobramentos, e a ele são dedicadas as quatro primeiras seções deste capítulo. E em cada uma identificamos exigências da razão prática que devem ser observadas para a criação da Lei Humana. O segundo tópico problematiza o que fazer caso a essência da lei seja deturpada. Em outras palavras, indaga: qual é a postura devida diante de uma lei injusta? A essa questão, e aos quatro tipos de injustiça, é dedicada a última seção deste capítulo.

3.1 A SUBSTÂNCIA DA LEI

A causa material da lei é a ação humana, especialmente quando ela afeta outras pessoas. Por isso também é possível afirmar que a Lei toma como causa material a comunidade, pois nela existem condutas que devem ser coordenadas.

No primeiro capítulo foi discutido como um sujeito, seguindo a razão, age na busca de participação de bens humanos básicos. Porém, na vida gregária, a ação não é isolada, de forma que a conduta de uma pessoa potencialmente afeta os planos de outras pessoas. Com isso, surgem questões concernentes à coordenação de ações. Colocadas essas premissas, a questão que a Teoria Neoclássica da Lei Natural examina é: como a buscas de bem-estar de sujeitos diferentes se relacionam? Em outras palavras, como a busca do próprio bem-estar se relaciona com a busca do bem estar feita por outrem?

A investigação dessa indagação não será feita da perspectiva individual, como no capítulo anterior, mas sim em uma perspectiva coletiva, no contexto de

uma *comunidade*, que, de forma simples, “é uma forma de relação unificadora entre os seres humanos.”¹⁴⁵

Segundo John Finnis, identificam-se quatro ordens de relações presentes nas comunidades humanas. As quatro ordens são: (i) ordem que entendemos mas não fazemos acontecer, percebida pelas ciências naturais como Física e Biologia; (ii) ordem em que podemos impor nosso entendimento, correspondendo à lógica, e à epistemologia (tal ordem aparece na coerência interna de cada campo de conhecimento); (iii) Ordem que impomos ao que está sujeito a nossos poderes, como acontece nas artes, tecnologia e em ciências aplicadas; (iv) Ordem que impomos às nossas ações aos deliberarmos, como é próprio do Direito, Psicologia e da Ética. Nesse contexto, parte da unidade da comunidade humana é a unidade causada pela ação em comum.¹⁴⁶ Podem haver unidades especiais, como nos núcleos familiares, organizações espontâneas, como religiosas e o mercado, em que os membros se dedicam à própria realização buscando a realização dos outros.

A quarta ordem é a mais importante para o debate jusnaturalista. As outras ordens são necessárias para a quarta, mas não substituem a necessidade de cooperação na busca de algum bem comum. Sobre essas ordens, Finnis ensina:

A comunidade humana, da forma como nos interessa na investigação feita neste livro da razoabilidade prática feita neste livro, é primariamente uma questão de comunidade da *quarta ordem*. Algum grau de unidade dos outros três tipos é claramente necessário para que exista a comunidade de ação conjunta ou de comprometimento mútuo em busca de algum bem comum. Mas nenhum grau de unidade nessas outras três ordens pode ficar no lugar de tal cooperação e comprometimento em comum.¹⁴⁷

É próprio de um grupo ter um objetivo em comum. Não é característica essencial de uma comunidade a questão geográfica, ou *background*. Mas uma comunidade “existe sempre que há, em um intervalo apreciável de tempo, uma coordenação de atividades por parte de certo número de pessoas, sob a forma de interações, e com vistas a um objetivo compartilhado.”¹⁴⁸ O propósito compartilhado do grupo que dá continuidade à cooperação é o bem comum, que na discussão aqui desenvolvida, pode ser entendido como:

¹⁴⁵ FINNIS, 2007a, p. 138.

¹⁴⁶ FINNIS, 2007a, p.140.

¹⁴⁷ FINNIS, 2007a, p. 141.

¹⁴⁸ FINNIS, 2007a, p.153.

um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome dos quais eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade.¹⁴⁹

Note que a definição não implica que todos os membros da comunidade devam ter os mesmo valores. Ela implica que deva haver um conjunto de condições para que cada membro da comunidade possa atingir seus objetivos. E o que permite a existência desse conjunto é o fato de que os seres humanos reconhecem um bem comum.

Além disso, há uma infinidade de planos de vida razoáveis. Alguns podem dedicar sua vida a objetivos religiosos, outros para o desenvolvimento de uma arte, ou simplesmente desfrutar da melhor forma possível os momentos com amigos. Dada a incomensurabilidade entre os bens humanos básicos, nenhum desses planos de vida é melhor do que o outro e todos são razoáveis. O Estado, através de suas leis, não irá determinar que os cidadãos se comprometam com um ou outro plano de vida. Mas, além disso, há um bem comum a ser atendido, que criará condições favoráveis para a realização de diferentes planos de vida, e em torno disso são feitos arranjos políticos e legais que excluem comportamentos prejudiciais ao bem comum da comunidade política.¹⁵⁰

Trata-se de deveres de coordenação negativa, que corresponde à não-interferência mútua (implicando no dever de não agredir, roubar). Tais deveres são regrados para criação de melhores condições para a realização do bem comum¹⁵¹,

Esse tipo de organização implica em uma coordenação entre os planos de vida. Essa coordenação entre os indivíduos é feita através de normas. As normas jurídicas, na forma de leis, exercem algumas funções: (i) reivindicam autoridade de regular formas do comportamento humano; (ii) regulam a forma como os membros da comunidade podem participar de outras associações normativas; (iii) e reconhecem a validade de outras regras. Essas funções serão melhor compreendidas à medida que outros aspectos da essência da lei forem estudados.

¹⁴⁹ FINNIS, 2007a, p.155.

¹⁵⁰ FINNIS, 2007a, p.155.

¹⁵¹ FINNIS, 2007a, p 148-9.

3.2 A FORMA DA LEI

Santo Tomás afirma que a razão é a causa formal da lei.¹⁵² Da mesma forma que um escultor molda a matéria prima de sua arte a partir da ideia da estátua que quer criar, a razão prática irá conferir como a interação de condutas humanas deve ser regulada.

A teoria do direito natural é rica em apresentar requisitos formais que a Lei Humana deve seguir. Finnis entende que esses elementos podem ser fundamentados a partir da razão prática. Neste contexto, a razão prática no pensamento do Aquinate constitui a causa formal da Lei Humana,¹⁵³ e dessa relação é possível identificar a forma que deve ser observada para que a Lei Humana seja legítima.

Lei Natural, ou Direito Natural,¹⁵⁴ é “o conjunto de princípios de razoabilidade prática que ordena a vida humana e a comunidade humana”.¹⁵⁵ É exigência da razão prática do direito natural que a pessoa respeite o direito positivo,¹⁵⁶ de maneira que a Lei Humana só se legitima se respeitar a forma da Lei Natural.

3.2.1 A Derivação da Lei Humana da Lei Natural

A razão prática, através de seu primeiro princípio, indicará bens humanos a serem buscados.¹⁵⁷ Pela leitura da Suma Teológica, identificamos como bens buscados pelo homem a vida, a organização social e o conhecimento. E, como tais, são regulados por preceitos da Lei Natural. Finnis identificou outros bens humanos básicos. A partir da cognição desses bens, e sabendo do seu valor intrínseco, o legislador deve tutelá-los juridicamente. São identificadas condutas lesivas aos bens que devem ser reprimidas, ou condutas favoráveis aos bens que devem ser incentivadas, e cria prescrições normativas para coordenar as ações de forma a promover a busca da participação de todos nesses bens.

¹⁵² I-II q. 90 a. 1.

¹⁵³ Além de identificar as quatro causas aristotélicas para a Lei de forma ampla, é possível identificar as quatro causas para cada espécie de lei. Lei Eterna, Lei Natural, Lei Humana e Lei Divina teriam causas formais e causas eficientes diferentes, bem como particularidades em relação a sua finalidade.

¹⁵⁴ Lei Natural e direito natural como sinônimos em Finnis.

¹⁵⁵ FINNIS, 2007a, p. 272.

¹⁵⁶ FINNIS, 2007a, p.35.

¹⁵⁷ I-II. q.92 a.2.

A Lei Humana deriva da Lei Natural de um dos dois modos: conclusão ou determinação.¹⁵⁸ Na forma da *conclusão* há um silogismo prático. Identificamos que a vida é um bem humano básico. E há comportamentos que devem ser evitados por ferir tal bem, e outros que, por intensificá-lo, devem ser buscados. O legislador, para proteger a vida, proíbe o homicídio, obriga a prestação de socorro, cria programas sociais para fomentar a saúde etc. É possível a criação de uma série de normas de comportamento para tutelar o bem humano básico ou algum aspecto seu. A vida, por exemplo, possui como aspectos juridicamente tuteláveis a vida digna, a integridade física, a saúde, a intimidade, alimentação etc. E em torno desses bens, que nada mais são do que aspectos do bem humano básico da *vida*, o legislador positivo, por *determinação*, escolherá os melhores meios para efetivar o bem humano básico e seus aspectos. A eleição dos meios irá depender das circunstâncias sócio-históricas da comunidade a ser regulamentada, de forma que, em tempos diferentes e em locais diferentes, haverá formas diferentes de tutelar os mesmos bens. Por exemplo, hoje há países que punem o homicídio com pena capital, outros com pena de prisão de 6 a 20 anos, outros com pena de prisão de no mínimo 3 anos. Quanto à saúde, países diferentes, com culturas diferentes, elegem formas adequadas à sua realidade para buscar efetivar o direito à saúde, seja deixando no monopólio do Estado ou dos particulares, criando políticas próprias de vacinação, de distribuição de medicamentos, etc. Numa palavra, por *conclusão* identificamos o *que deve* ser tutelado, por *determinação* definimos o *como será* tutelado.¹⁵⁹

A Lei Natural, além de ser universal, permite uma diversidade de leis positivas.¹⁶⁰ Pode-se argumentar que existem graus diferentes de perfeição da Lei Humana. Santo Agostinho afirmou que existem leis humanas em graus diferentes de perfeição em relação aos ditames divinos, de forma que se devem encontrar pontos de equilíbrio para lidar com as leis menos perfeitas sob a perspectiva cristã. O exemplo que o Bispo de Hipona confere considera que o homem está sujeito a uma mutabilidade decorrente do tempo. Diante disso, duas leis humanas distintas,

¹⁵⁸ I-II q. 95 a.2.

¹⁵⁹ Como regra geral, todas as leis humanamente criadas incorporam um aspecto moral que lhe é anterior. Porém, nem toda lei positiva possui conteúdo moral. Adler chama a atenção para leis amorais, cujas prescrições, antes de serem positivadas, eram moralmente indiferentes, como por exemplo, leis de trânsito – em alguns países dirige-se pela mão direita da rua, em outros pela esquerda, mas nenhum padrão é mais moral do que outro (ADLER, 2013, p. 407).

¹⁶⁰ I-II q.95 a.2 ad.3.

orientadas ao mesmo bem e contraditórias entre si, podem ser consideradas justas conforme o tempo em que uma comunidade está situada. Para um povo com costumes orientados ao bem comum e com uma dignidade distinta, seria adequada uma lei que permitisse aos cidadãos escolherem os magistrados e os administradores. Entretanto, se fosse um povo com costumes decadentes em que cada um considerasse o interesse particular acima do público a referida lei não seria adequada. Mas se houvesse uma pessoa, com virtudes destacadas e considerável influência, seria justo que esta pessoa tomasse decisões sobre os bens públicos e distribuições de cargos. Para Agostinho são leis contraditórias e que “não podem de modo algum coexistir juntas, na mesma cidade. Assim sendo, haveríamos de dizer que uma delas é injusta e não deveria ter sido promulgada?”¹⁶¹ Ele entende que não. São duas leis humanas que operam em níveis diferentes de conformidade com uma lei superior, sendo cada uma mais adequada para um tipo de comunidade.

3.2.2 Exigências da Razão Prática e a Função Legislativa

Os princípios da Lei Natural podem ser classificados em três grupos: (i)- bens humanos básicos, que são pré-morais; (ii) conjunto de requisitos metodológicos da razoabilidade prática, que possuem natureza moral e servem para guiar a ação em busca do fim; e (iii) conjunto de padrões gerais, que são deduzidos dos princípios dos dois grupos anteriores e criam regras, como como proibição do homicídio.¹⁶² Esses princípios conferem forma à lei e orientam a tarefa de derivação, por via de determinação, da Lei Humana a partir da Lei Natural.¹⁶³

Essas exigências da razão prática, da mesma forma que ocorre em relação à teoria moral, podem ser quanto aos elementos pré-morais ou morais. Quando a Lei Humana é derivada da Lei Natural por conclusão, estamos diante de uma exigência da razão prática pré-moral. A vida e outros bens humanos básicos são autoevidentes e, como tal, devem ser tutelados. Assim, uma lei positiva que permita agir contrariamente à vida, como, por exemplo, a permissão de matar uma pessoa por conta de sua etnia, seria contrária à Lei Natural.

¹⁶¹ De lib. arb. I, I,6.

¹⁶² FINNIS, 2007a, p. 35.

¹⁶³ I-II q. 95 a.2.

Mas a Lei Humana também deriva, como vimos, por determinação, que é a eleição do meio adequado, considerando as circunstâncias de uma sociedade, para tutelar os bens humanos. Para a realização dessa operação, é possível identificar certas exigências da razão prática que guiarão o exercício da função legiferante – da mesma forma que existem princípios da razão prática que orientam o agir moral.¹⁶⁴ Assim, cabe indagar o que a razão prática tem a dizer sobre como a Lei Humana deve proteger os preceitos que foram derivados, por conclusão, da Lei Natural.

No capítulo anterior, vimos algumas exigências da razão prática que devem ser observadas pelo sujeito para tornar sua ação moral. Aqueles preceitos são aplicados a todas as ações humanas individuais, mas podem ser adaptados para a coordenação de ações. Por exemplo, as exigências “bem comum deve ser favorecido e promovido”, “sem preferências arbitrárias por pessoas”, assim como todas as outras, podem ser incorporadas ao direito. Direito que, em certos contextos, pode passar a exigir esses padrões de conduta dos cidadãos e das próprias instituições sociais. A promoção do bem comum e um agir imparcial, dentre outras ações, podem guiar a criação de leis na construção de normas jurídicas orientadas à realização do bem comum. Tais exigências nada mais são do que adaptações de exigências morais para outro campo. Há outras exigências da razão prática, por ser uma lista aberta, que aparecem de forma dispersa ao longo da Suma Teológica.

Finnis enumera algumas delas, como o princípio de *pacta sunt servanda*,¹⁶⁵ ou que não se pode permitir alguém julgar sua própria causa; ou ainda o de que fraude invalida tudo; ou lucros recebidos sem causa e à custa de outro devem ser devolvidos. Tratam-se de princípios gerais do direito que são exigências da razão prática. Eles:

justificam, mais do que requerem, regras particulares e determinações particulares, e sua aplicação é limitada a circunstâncias particulares por outros princípios particulares. Além do mais, qualquer um deles pode ocasionalmente ser sobrepujado ou derogado (o que não é o mesmo que ser violado, revogado ou corrigido) por outros componentes importantes do bem comum, outros princípios de justiça [...] Ainda assim, os princípios gerais do direito que foram mencionados aqui não atuam em vastas esferas de *determinationes* legislativas, de forma a modificar a busca de bens sociais particulares.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cf. item 2.3.

¹⁶⁵ “Os pactos devem ser respeitados”.

¹⁶⁶ FINNIS, 2007a, p. 280.

Na Suma Teológica, aparecem relacionados a juristas romanos, que legaram várias máximas jurídicas formuladas em orientação ao bom e justo, como posto no axioma de Celsius *ius est ars boni et aequi*.¹⁶⁷

3.2.3 *Rule of Law*, ou Estado de Direito

No tópico anterior discutimos uma espécie de forma extrínseca da lei, mas há uma forma intrínseca que diz respeito à consistência de uma ordem jurídica. Sobre ela, Finnis encontra em Lon Fuller um conjunto de exigências para a formação do *Rule of Law*, ou Estado de Direito, que consiste em limitações do Estado. De certa forma, trata-se de um direito natural formal ou institucional. Para Fuller, o legislador, ao prescrever condutas, não tem tanta liberdade. Deve seguir exigências da razão prática, que em seu pensamento aparece como os desideratas do *Rule of Law*.

São ao menos oito princípios que orientam a atividade legislativa. Há uma lógica interna no processo legislativo que aparece em todas as sociedades cuja fonte de Direito é alguma legislação. Da mesma forma que as exigências da razão prática não determinam a ação, mas conferem balizas para a moralidade da ação, as exigências da razão prática aqui discutidas não determinam o conteúdo da Lei Humana – que será variável conforme as circunstâncias da sociedade –, mas orientam a sua criação.¹⁶⁸

Vamos enumerar as exigências seguindo Fuller e estabelecendo paralelos com descrições a respeito da Lei presentes na Suma Teológica:

1) *Generalidade*, vez que os preceitos normativos almejam regulamentar uma de forma abstrata as condutas, deixando situações particulares a cargo de outras autoridades que não o legislador. Em Santo Tomás aparece a seguinte definição: “as proposições universais da razão prática ordenadas às ações tem razão de lei”¹⁶⁹. Assim, por almejar inicialmente atingir a todos, a lei é geral.¹⁷⁰

2) *Promulgação*; sendo o ato pelo qual determinado comando normativo passa ao potencial conhecimento dos destinatários. Para o Aquinate, a promulgação condiciona a obrigatoriedade e efetividade da lei¹⁷¹, afinal, ninguém pode ser

¹⁶⁷ “O direito é a arte do bom e do justo.”

¹⁶⁸ FULLER, 1963, p.46-94.

¹⁶⁹ I-II q.90 a.1.

¹⁷⁰ I-II q. 96 a.1.

¹⁷¹ I-II q.90 a.4.

obrigado a cumprir um comando normativo que não foi dada a devida publicidade. Sobre essa característica da *Rule of Law*, que aparece inclusive na definição de lei estudada, é oportuna a reflexão de Henle que afirma que a promulgação é tanto causa formal como eficiente da lei: “Visto que a promulgação é essencial para a lei, tal atividade faz parte da Causa Eficiente. O ato de promulgar resulta em uma publicidade do comando, e portanto se torna parte da Causa Formal.”¹⁷² Esse raciocínio pode se aplicar a outras características do *Rule of Law*, em especial às que demandam um agir de alguma autoridade, mas tal agir é posterior à observância de certa característica da lei.

3) *Prospectividade* ou irretroatividade. Conforme Santo Tomás, “as leis impõem necessidade aos negócios futuros”¹⁷³. Essa característica é amplamente aceita em sistemas jurídicos, apesar de haver exceções pontuais (como retroatividade da lei para beneficiar réus em processos criminais), mas tais exceções podem ser justificadas perante a razão prática. Fato é que uma nova lei não pode regular eventos passados.

4) *Clareza*. Apesar da linguagem jurídica exigir um vocabulário técnico, o comando normativo deve ser claro a ponto de que seus destinatários compreendam a que obrigações estão sujeitos. Eventuais ambiguidades devem ser interpretadas em favor daquele que não criou o ato normativo.¹⁷⁴ Na Suma Teológica, tal exigência aparece da seguinte forma: “a lei deve ser clara, de sorte a não conter por obscuridade algo capcioso [...]. A clareza é exigida para precaver contra o prejuízo que pudesse provir da própria lei”¹⁷⁵.

5) *Consistência*, ou não contradição, que no vocabulário jurídico aparece na forma de ausência de antinomia. Antinomia consiste em um conflito de normas de forma que o destinatário delas não tenha clareza a respeito de qual comportamento é devido. Nesse cenário em que, por exemplo, uma norma obriga e outra proíbe uma mesma conduta, existem critérios que podem orientar a solução do conflito. De todo modo, a coerência será buscada pela ordem jurídica, e eventuais inconsistências que advirem podem ser resolvidas. O Doutor Angélico, em contexto

¹⁷² HENLE, 2012, p. 45.

¹⁷³ I-II q.90 a.4.

¹⁷⁴ Em contratos de adesão, por exemplo, se quem escreveu o contrato não disse com clareza o que queria obrigar, não pode diante de dúvida superveniente querer utilizar termos ambíguos a seu favor. O mesmo raciocínio normalmente se aplica ao Direito Público, em que uma amplitude semântica normativa não pode ser usada para onerar um particular.

¹⁷⁵ I-II q.95 a.3.

aproximado do discutido, afirmou que a lei é “certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou a apartar-se da ação”,¹⁷⁶ diante desta máxima, a lei não pode ser contraditória.

6) *Possibilidade* de cumprir os comandos normativos. Em outras palavras, as leis não podem exigir o impossível – e se o fizerem serão ineficazes. Sobre esse tema, encontramos a seguinte lição na Suma Teológica:

A disciplina [da lei] deve ser conveniente a cada qual segundo sua possibilidade, sendo a primeira a possibilidade natural (com efeito, não se pode impor às crianças as mesmas coisas que aos homens adultos).¹⁷⁷

7) *Estabilidade*, as leis não devem ser mudadas frequentemente. Toda alteração gera certo prejuízo, por causa da instabilidade que demandará o uso de força normativa para que o novo padrão de conduta seja incorporado na sociedade. Santo Tomás entende que só se autoriza uma mudança se ela produzir mais bem que o mal.¹⁷⁸ Essa exigência será discutida em maior profundidade oportunamente, em especial seu desdobramento no exercício da função jurisdicional.¹⁷⁹

8) *Congruência* entre o agir da autoridade e seu papel atribuído por lei. Em outras palavras, a pessoa revestida de função pública deve se orientar sempre em prol do bem comum perseguido pela lei, e não em prol de um bem ou visão particular. Conforme Finnis, o Estado de Direito, em especial a exigência de congruência, “busca garantir que os governantes não irão direcionar o exercício de sua autoridade para objetivos privados ou sectários”.¹⁸⁰ Em especial em relação ao oitavo elemento característico do Estado de Direito, teremos um desdobramento no que diz respeito à aplicação da norma.¹⁸¹

Não apenas o oitavo elemento, mas todos os demais, ainda que com adaptações, demandam uma concretização adequada das normas jurídicas e nisso afetam e orientam a função jurisdicional. Mas a observância de todos esses requisitos, bem como outros que poderiam ser identificados, não garantem a justiça da lei. Os oito princípios constituem uma moralidade interna da lei, ou exigências da

¹⁷⁶ I-II q.90 a.1.

¹⁷⁷ I-II q.95 a.3.

¹⁷⁸ I-II q.97 a.2.

¹⁷⁹ Cf. item 4.4.3.

¹⁸⁰ FINNIS, 2007a, p. 266.

¹⁸¹ Cf. item 4.3.1.

razão prática que orientam o exercício da função legislativa em seu aspecto formal, necessitando de outros para que possamos estar diante de uma lei justa.

Fuller não apresenta uma teoria do direito natural substantiva, como a teoria neoclássica almeja, mas apenas uma teoria do direito natural institucional. Nota-se que ele não nega a dimensão substantiva do Direito Natural, porém apenas acrescenta outra dimensão.

O sentido normativo fundamental desses princípios é atribuir certas garantias àqueles sujeitos a determinada autoridade, e por isso essas desideratas são exigências de justiça. Tais princípios podem ser atendidos em maior ou menor grau, mas sem eles é impossível haver legislação. Por serem princípios normativos, expressam o que é devido em termos institucionais.

3.3 A AUTORIDADE DA LEI

A causa eficiente da lei reside nos procedimentos e na autoridade para elaborá-la. E a autoridade deve agir seguindo a forma correta para legislar. Cada ordem jurídica terá seus procedimentos próprios para a criação de Leis – como regras de iniciativa, quórum de aprovação, turnos de deliberação, formas específicas de promulgação etc. A observância do rito legislativo compõe a causa eficiente instrumental, de modo que consiste em ferramentas que serão utilizadas por aqueles que atuarão como causa eficiente primária.¹⁸² Assim, se uma lei não observar os procedimentos devidos para que seja criada, será considerada inexistente. Além disso, se tais procedimentos foram empregados por quem não detém a posição de autoridade, tampouco terá o condão de obrigar. Portanto, é imprescindível analisar, no pensamento tomista, quem será a autoridade competente.

Em Santo Tomás, a razão é que leva alguém a agir em direção a um fim e confere o modelo do agir. A vontade aparece como força de mover, e os meios são por ela ordenados. A única vontade que pode ter razão de lei é a de quem governa, mas tal vontade deve ser guiada por um ato racional direcionado ao bem comum, bem como a promulgação de seu comando deve ser o meio eleito. A fundamentação dessa questão retoma outra discussão realizada na Suma Teológica.¹⁸³ Razão e

¹⁸² Na ordem jurídica brasileira, por exemplo, as principais regras estão entre os arts. 60 e 69 da Constituição da República.

¹⁸³ I-II q. 17, a. 1.

vontade funcionam juntas, sendo que a razão identifica o propósito da ação, um bem a que a ação se destina.¹⁸⁴

Mas o Aquinate entende que não é a razão de qualquer um hábil para criar a Lei Humana, sendo que a ordenação das condutas humanas ao bem comum será feita por “toda a multidão ou de alguém que faz as vezes de toda a multidão. E assim, constituir a lei ou pertence a toda a multidão, ou pertence à pessoa pública que tem o cuidado de toda a multidão.”¹⁸⁵ O poder de legislar reside em todo o povo, dotado de autonomia. Tal poder poderá ser exercido, como comumente é, por uma pessoa pública, ou assembleia, responsável pela totalidade da população. Os príncipes devem ser vistos como representantes do povo que exercem um poder que não é propriamente deles.

Sobre a função representativa do príncipe Santo Tomás enfatiza que: “é a multidão livre que pode fazer-se a lei, o consenso de toda a multidão para algo a observar-se, que o costume manifesta, é mais do que a autoridade do príncipe, que não tem poder de fazer a lei, a não ser enquanto gere a pessoa da multidão”.¹⁸⁶

Há uma origem popular da lei como determinante para revestir a mesma de autoridade. O próprio povo é titular do poder de eleger normas para buscar o bem comum, mas que pode delegar tal função a representantes – isso sendo desenvolvido séculos antes de qualquer reflexão sobre o Estado Democrático de Direito. Mas para todos os fins, permanece a autoridade moral da lei vinculada à população, e não qualquer autoridade representativa constituída. Sobre esse ponto, é Finnis explica:

A ideia de que todo governo justo representa seus súditos é claramente uma construção moral - o que pode ser resumido em três verdades morais: que o governo é para o bem comum, não para o benefício dos governantes; que ninguém tem qualquer direito natural de governar; e que a obrigação dos súditos de obedecer é um dever em relação não, estritamente falando, aos próprios governantes, mas sim a, se alguém, seus concidadãos (FINNIS, 1998, p. 264).

¹⁸⁴ Henle comenta que na história da jurisprudência há um debate sobre a origem da lei a partir do legislador. A primeira posição é o voluntarismo, que sustenta que a vontade do legislador é primária na criação da lei, e tal posição está presente na terceira objeção e é fundada na autoridade do *Corpus Iuris Civilis*: A correção chave que aparece na resposta de Tomás é que a vontade seja regulada pela razão. (HENLE, 1993, p. 123).

¹⁸⁵ I-II q.90 a. 3.

¹⁸⁶ I-II q. 97 a.3. ad. 3.

A forma de concretizar o exercício da autoridade popular irá variar conforme as circunstâncias de cada comunidade concretamente considerada. Por isso que Santo Tomás deixa uma série de questões inexploradas nesse ponto, limitando-se a apontar princípios gerais.

O ponto de partida das considerações sobre autoridade da norma jurídica por um viés jusnaturalista é que o Direito é parte de um objeto maior. Todo conhecimento jurídico deve ser concebido no contexto de uma teoria social e influenciado por uma teoria política e por uma teoria moral. Assim, a orientação de conduta será normatizada sempre em um contexto de uma comunidade e na de uma solução moral (FINNIS, 2011d, p. 46).

Fixadas tais diretrizes, é exigência da razão prática procurar as melhores formas de atingir o bem comum e a realização de bens individuais. A autoridade é um meio para coordenar a ação dos membros de uma comunidade, qualificando-as para alcançar o bem comum, e isso aumenta a complexidade conforme a inteligência do grupo. Conforme observa Finnis:

Como será a educação, como os recursos públicos serão gastos, quais os deveres de coordenação negativa necessários, como conciliar exercícios conflitantes de direitos? Surgem problemas de coordenação que precisam ser resolvidos. Decisões devem ser tomadas na comunidade. E claro, há um amplo problema de coordenação. Para resolver esses problemas em que há pelo menos dois modos razoáveis de se resolver alguma coisa, há apenas dois meios: unanimidade ou autoridade. Não há outra possibilidade.¹⁸⁷

Sobre essas alternativas, Finnis entende que a unanimidade está além das possibilidades de uma comunidade política. Logo, é preciso alguma forma de autoridade, que em seu significado focal, consiste na razão exclusiva para justificar algo.¹⁸⁸ Conforme o autor: “minha explicação da necessidade e da justificação da autoridade, e de seus limites e modos apropriados de atuação, será uma explicação

¹⁸⁷ Como explicado por Pinheiro e Machado, “No caso central de autoridade, os destinatários a consideram como razão excludente para ação. Mas disso não se infere que não devam existir razões substanciais para obedecê-la enquanto autoridade, e nisto consiste o porquê de a autoridade precisar de uma justificação de sua necessidade. O caso central de autoridade deve, portanto, apresentar uma *razão suficiente* que, conforme explicado, é uma razão última que não precisa de qualquer outra para se sustentar. A justificação de tal alegação é que a autoridade não é buscada por ela mesma, mas sim, precisa ter por explicada qual a sua necessidade, qual seja, a realização do bem comum político como condição do florescimento humano ético (racional).”(PINHEIRO, 2020, p. 261).

¹⁸⁸ FINNIS, 2007a, p. 229-30.

com referência ao bem comum (incluindo a justiça e os direitos humanos).¹⁸⁹ Tal autoridade deve ser exercida por quem de fato pode resolver os problemas de coordenação. Esse é o primeiro e mais fundamental requisito da razoabilidade prática.¹⁹⁰

A autoridade deve garantir o bem comum, e por isso também é um bem. E, para realizá-lo, deve-se escolher o tipo de autoridade considerando as circunstâncias particulares de uma comunidade.

O direito positivo, por si só, não consegue legitimar sua autoridade. Até que alguns pensadores positivistas, como Kelsen, reduzem a compreensão do direito à ordem jurídica posta, e nem tentam responder a questão do fundamento do direito – claro que para isso desenvolvem uma sofisticada justificativa metodológica. Por outro lado, quando a autoridade da lei positiva é questionada por um viés jusnaturalista, há sólidos fundamentos morais que justificam a ordem jurídica.¹⁹¹

Ao legislar, são definidos os meios de aplicar a Lei Humana na vida em sociedade. Quem está disposto a seguir a Lei Natural, tende a cumprir de boa vontade as normas jurídicas. Por outro lado, a Lei Humana nem sempre é respeitada, necessitando de mecanismos adicionais para ser eficaz.

Esse tópico é debatido por Santo Tomás ao questionar a utilidade da Lei Humana. Para ele, há no homem uma aptidão natural para a virtude, e tal aptidão é desenvolvida por alguma disciplina, obtida por meios externos, seja por conselhos ou por comandos normativos que estipulam uma orientação moral. Trata-se de uma *via diretiva* das ações. Porém, entre as pessoas “se encontram alguns imprudentes e inclinados ao vício, os quais não podem ser movidos facilmente com palavras, [e por isso] foi necessário que pela força e pelo medo fossem coibidos do mal”¹⁹², de forma que a coação exerce uma função pedagógica para orientar as pessoas a fazer o que a norma jurídica obriga com a ameaça da coação. Trata-se de outro tipo de disciplina, que surge na *via coativa*.

Aristóteles já havia tratado dessa questão e esclarecido a relação das normas jurídicas com a persecução do bem supremo. Sabendo que há uma relação entre virtude e felicidade, e que a virtude é uma questão de hábito, as boas leis visam criar hábitos virtuosos nos sujeitos. Ainda que, em um primeiro momento, uma pessoa se

¹⁸⁹ FINNIS, 2007a, p. 232.

¹⁹⁰ FINNIS, 2007a, p. 240.

¹⁹¹ FINNIS, 2011d, p. 86.

¹⁹² I-II q.95 a.1.

abstenha ou faça determinada conduta por conta do temor da coação, aos poucos ela vai criando um hábito virtuoso que poderá ser cumprido de forma espontânea pelo sujeito. E essa coordenação, como vimos, por vezes é diretiva, por vezes é coativa, mas ambas se encaminham ao mesmo fim. Nesse sentido, é oportuno apresenta a explicação de Aristóteles:

Como as pessoas que infringem as leis parecem injustas e as cumpridoras da lei parecem justas, evidentemente todos os atos conforme a lei são justos em certo sentido; com efeito, os atos estipulados pela arte de legislar são justos conforme a lei, e dizemos que cada um deles é justo. Em seus preceitos sobre todos os assuntos, as leis visam ao interesse comum a todas as pessoas, ou às melhores, ou às pessoas das classes dominantes, ou algo do mesmo tipo, de tal forma que em certo sentido chamamos justos os atos que tendem a produzir e preservar a felicidade, e os elementos que a compõem, para a comunidade política. E a lei determina igualmente que ajamos como agem os homens corajosos (ou seja, que não desertemos de nosso posto, nem fuçamos, nem nos desvencilhemos de nossas armas), e como os homens moderados (ou seja, que não cometamos o adultério nem ultrajes), e como os homens amáveis (ou seja, que não agridamos os outros, nem falemos mal deles), e assim por diante em relação às outras formas de excelência moral, impondo a prática de certos atos e proibindo outros; as determinações das leis bem elaboradas são boas e as das leis elaboradas apressadamente não chegam a ser igualmente boas.¹⁹³

Ao buscar sua finalidade, a lei coíbe vícios e preceitua virtudes, incidindo sobre as condutas com maior impacto social. À medida que a Lei Humana se reveste de justiça, acaba também por obrigar a consciência. Antes de matar ser juridicamente ilícito, já era moralmente reprovável. As leis justas, que possuem uma autoridade moral, preceituam comportamentos virtuosos.¹⁹⁴ Nesse sentido, Santo Tomás afirma que “não há uma virtude cujos atos não sejam ordenáveis ao bem comum”¹⁹⁵.

Lei, em sua coerção, funciona como incentivo para as pessoas contribuírem para o bem comum. Não é mero conselho. Também é um estímulo para aqueles que cumprem a lei saberem que não estão sendo abandonados ou tratados com negligência.¹⁹⁶

Sanções também são requeridas para evitar injustiças. São punições que exercerão algum efeito na sociedade. Um dos aspectos da punição é restaurar o equilíbrio.

¹⁹³ Ética V 1029b.

¹⁹⁴ I-II q.96. a.4.

¹⁹⁵ I-II q.96 a.3 ad.3.

¹⁹⁶ FINNIS, 2007a, p. 257-8.

A punição busca restaurar o equilíbrio. Na verdade, é um exercício de justiça comutativa. Quem atenta contra o bem comum causa dano não apenas aos outros, mas a si mesmo (de um ponto de vista consequencialista, ele até calcula que individualmente terá mais vantagem que desvantagem). A punição aplicada (seja uma multa, restrição de direitos políticos ou prisão), também tem uma função pedagógica. Ela deve “servir para restituir a personalidade razoável ao infrator, regenerando-o em benefício não apenas dos outros, mas, também, dele mesmo: para *levar uma vida boa e útil*.”¹⁹⁷ Assim, ela ratifica o padrão de conduta alterado pelo comportamento desviante.¹⁹⁸

A aplicação de uma sanção deve ser proporcional. Como vimos, ela se justifica na medida em que promove o bem comum, mas ela em si implica em uma restrição de bens dos sujeitos que cometem ilícitos. Logo a coação só se justifica se produz mais bem que mal. Por outro lado, uma punição desproporcional ao fato ensejaria mais mal que bem. Portanto, conforme as circunstâncias da sociedade concreta, há de se encontrar a justa medida da aplicação coercitiva. A ausência e o excesso de coerção são ambos injustos.

A manutenção das expectativas de comportamento é essencial na coordenação da comunidade e na busca do bem comum. O melhor arranjo ali permite uma estabilidade das relações sociais. E isso, por si só, contribui de forma decisiva para a concretização da finalidade da lei. A ausência de alguma consequência pelo não cumprimento das normas incentivaria os cidadãos a cumprirem suas obrigações assumidas perante outros, seja em contratos particulares ou em relação ao poder público. Do contrário, além de fortalecer exemplos ruins, mitigaria a realização de bem comum que se perfaz pelo favorecimento dos bens particulares.¹⁹⁹

3.4 O FIM DA LEI

A lei, através da justiça, visa realizar o bem comum. Assim, a orientação de condutas, feitas pela autoridade competente com base na razão prática, busca

¹⁹⁷ FINNIS, 2007a, p. 259.

¹⁹⁸ Assim, o sistema penal não é um simples sistema de proibições, é orientado ao bem comum. Para Finnis “as exigências do bem comum são de fato insistentes e inequivocamente preferidas à indiferença egoísta ou à busca individualística de liberdade excessiva” (2007a, p. 256).

¹⁹⁹ FINNIS, 2007a, p. 296.

trazer *justiça* para as relações intersubjetivas e com isso criar condições favoráveis ao *bem comum*.

Ainda para Finnis, o bem comum visto como condições para a realização de bens individuais na comunidade tem dois aspectos: um distributivo e um comutativo. O primeiro diz respeito à distribuição dos recursos comuns, enquanto o segundo a uma justiça nas relações intersubjetivas.²⁰⁰ Esses aspectos são espécies de justiça.

A justiça almeja o bem comum, e com isso cria condições para o florescimento. Tendo em vista tal objetivo, vamos aprofundar a discussão de cada um dos temas.

3.4.1 A Justiça

A justiça foi objeto de diversas formulações filosóficas e jurídicas, possuindo incontáveis semânticas possíveis. Entre as diversas formulações, a justiça pode aparecer como uma das quatro virtudes cardeais, enquanto exigência da razão prática. Dentre as definições, um ponto de convergência é que podemos chamar de justa a pessoa que respeita o direito dos outros e a lei.²⁰¹ Nesse sentido, conforme Finnis:

Justiça, enquanto qualidade de caráter, é, em seu sentido geral, sempre uma disposição prática a favorecer e fomentar o bem comum de suas comunidades, e a teoria da justiça é, em todas as suas partes, a teoria do que em linhas gerais é requerido para esse bem comum.²⁰²

Na leitura de Finnis, a justiça é um requisito de razoabilidade prática, dentre outros existentes. Toda ação busca realizar um bem humano em si mesmo, mas ao fazer isso deve respeitar os bens humanos na comunidade, ou seja, considerar o bem comum.²⁰³ Agir de acordo com a justiça, enquanto exigência da razoabilidade prática, requer que a pessoa respeite outros princípios da razoabilidade prática. Por isso, Aristóteles identifica justiça geral com a virtude de forma abrangente.²⁰⁴ Finnis,

²⁰⁰ FINNIS, 2007a, p. 165-6.

²⁰¹ Santo Tomás coloca a seguinte definição de justiça: “A justiça é o *habitus*, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito” (II-II q. 58 a.1).

²⁰² FINNIS, 2007a, p. 165.

²⁰³ FINNIS, 2007a, p. 127.

²⁰⁴ FINNIS, 2007a, p. 163.

indo além da leitura de Aristóteles, discute a justiça considerando o bem comum e os requisitos da razoabilidade prática.

A tradição clássica, partindo de Platão e Aristóteles, identificou três elementos essenciais da justiça que são aceitos pelos autores contemporâneos – apesar de por vezes serem propostas subdivisões.²⁰⁵ São eles:

a) *Intersubjetividade*, por vezes também referida como *alteridade*. Só há justiça ou injustiça em uma relação com pluralidade de sujeitos, ou seja, ela sempre é voltada a outrem. Nessa relação pode haver indivíduos, enquanto cidadãos privados, e *um todo* do qual eles fazem parte, tendo como modelo mais acabado a Sociedade Civil e o Estado. Se a pessoa é justa consigo mesma ou não é outro problema da teoria moral;

b) *Dever* ou um *débito* para com outra parte, algo que pode ser exigido, um direito subjetivo. A relação entre as partes gera uma obrigação de prestação de natureza distributiva ou comutativa, conforme será discutido adiante;

c) Finalmente a *Igualdade*, também chamada de *simetria*. Aristóteles entende que a igualdade pode ser aritmética, também chamada de igualdade *simples* ou *absoluta*, que é usada em relações de justiça comutativa; ou geométrica, que visa uma proporcionalidade própria de relações que envolvem justiça distributiva.²⁰⁶

Em toda relação concreta em que a justiça, ou a sua falta, pode ser mensurada, os três elementos descritos estão presentes. Quando falamos que uma pessoa agiu de forma justa, significa que ela, em relação a outrem, cumpriu seu dever de forma proporcional. Também qualificamos de justa a política pública, feita pelo Estado em relação aos indivíduos, que distribui cargos sociais de forma equitativa –, mas sempre atentando para as circunstâncias concretas de dada realidade.

Esses elementos aparecem também em todas as formas de justiça: a forma *geral* e suas duas formas particulares, a *comutativa* e a *distributiva*.

A justiça geral, também nomeada de legal e, por vezes, de social²⁰⁷, direciona todas as virtudes para o bem comum, intensificando a oportunidade de florescimento

²⁰⁵ FINNIS, 2007a, p. 161-3; MONTORO, 2008, p. 157-186.

²⁰⁶ Ética V 1132a.

²⁰⁷ A posição majoritária dos intérpretes é que *justiça social* é idêntica à *justiça legal a que* Santo Tomás se refere. A justiça legal na Suma Teológica é caracterizada pela orientação ao bem comum. A justiça social, como vista hoje, assim como a justiça legal para o Aquinate, tem em comum o bem comum. Para a primeira, o bem comum aparece na finalidade; na segunda, no objeto formal. Tal noção foi desvirtuada pelo positivismo jurídico que enfatizou a justiça legal como mero dever de

de todos.²⁰⁸ O correto bem comum não é maximização dos interesses egoístas, mas sim a realização das condições necessárias para o bem estar alheio. É nessa orientação pelos bens dos outros que a justiça foi primariamente concebida, conforme ensina Santo Tomás:

A justiça ordena o homem em suas relações com outrem. O que se pode dar de duas maneiras. Com outrem, considerando singularmente; ou com outrem, em geral, considerando que quem serve a uma comunidade, serve a todos os indivíduos que a ela pertencem. Ora, a ambos esses modos se pode aplicar a justiça em sua noção própria. É manifesto, com efeito, que todos os que pertencem a uma comunidade têm com ela a mesma relação das partes para com o todo. Ora, a parte, por tudo o que ela é, pertence ao todo e qualquer bem da parte deve se ordenar ao bem do todo. Assim o bem de cada virtude, quer ordene a outras pessoas, comporta uma referência ao bem comum, ao qual orienta a justiça. Dessa maneira, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta orienta o homem ao bem comum. Neste sentido, a justiça é uma virtude geral. E como compete à lei ordenar o homem ao bem comum, como já foi dito, essa justiça geral é chamada legal; pois, na verdade, por ela, o homem se submete à lei que orienta ao bem comum os atos de todas as virtudes.²⁰⁹

Santo Tomás segue Aristóteles na classificação de justiça em geral e particular. Como virtude geral, a justiça direciona todas as outras virtudes em direção ao bem comum. Além da justiça geral, que orienta as ações das pessoas em relação ao bem comum, existe a justiça particular, que orienta as pessoas em relação a outros, cuidando de bens particulares. Santo Tomás esclarece que:

Além da justiça legal, que ordena o homem imediatamente ao bem comum, faz-se necessário que haja outras virtudes que o ordenem imediatamente no que toca aos bens particulares. Esses podem dizer respeito a nós mesmos ou a outra pessoa particular. Ora, como, além da justiça legal, são necessárias virtudes particulares que ordenam o homem em si mesmo, por exemplo, a temperança e a fortaleza, assim, igualmente deve haver uma justiça particular que o ordene em suas relações com outras pessoas singulares.²¹⁰

Note-se que a orientação ao bem comum permanece, de modo mediado, nas formas particulares da justiça. A justiça legal se orienta imediatamente ao bem comum, e suas espécies promovem um bem particular de forma direta. Se isso for

obedecer à lei positiva. Porém, em Santo Tomás, a justiça legal já tem como finalidade o bem comum, como finalidade de toda lei, não apenas a positiva. Para evitar o legalismo, devemos ler Aquino como defensor de uma justiça social.

²⁰⁸ FINNIS, 2007a, p. 155.

²⁰⁹ II-II, q. 58 a.5.

²¹⁰ II-II q. 58 a.7.

feito, promove-se de forma mediada o bem comum. Isso acontece em ambas as espécies de justiça particular: comutativa e distributiva.²¹¹

As formas particulares de justiça também podem ocorrer entre indivíduos, ou entre indivíduos e o *todo*, como a sociedade ou o Estado, que o indivíduo faz parte. Assim, de forma analítica, surgem quatro relações possíveis de justiça que podem ser incorporadas por normas jurídicas:²¹²

a) Justiça comutativa aplicada entre indivíduos, por exemplo, duas pessoas resolvem celebrar um contrato de compra e venda de um objeto, ou quando uma pessoa causa um dano à outra e surge a obrigação legal de reparar proporcionalmente;

b) Justiça comutativa entre o indivíduo e um *todo*. Quando, por exemplo, o indivíduo comete um crime e deve receber uma pena justa e proporcional para sua conduta;

c) Justiça distributiva entre o *todo* e um indivíduo. Por exemplo, na distribuição de cargos do Estado ou na participação em programas sociais, considerando o mérito e a necessidade, respectivamente. Sobre essa espécie de justiça, Finnis exemplifica: “um governo que designa um membro do partido sem competência ao cargo público viola a justiça distributiva, assim como um magistrado tendencioso”,²¹³

d) Justiça distributiva entre indivíduos tem como alvo a razoabilidade prática exigida de pessoas particulares na relação que aparece no correto uso da propriedade, concebida a partir de sua função social.

A justiça distributiva se encaminha para o bem comum, pois intensifica o conjunto de condições de florescimento humano cuja participação demande recursos. Nisso, as discussões sobre justiça distributiva recaem inevitavelmente em questões de propriedade. Santo Tomás é um defensor da propriedade privada, porém colocará critérios formais que limitarão seu exercício. Assim, um dos primeiros problemas concernentes ao bem comum se refere à distribuição de recursos – que será justa se a alocação de algo comum for adequada.

Uma vez adquirida a propriedade privada²¹⁴, seu detentor passa a ter deveres para que haja produção de mais bens. Caso não cumpra tal função, a propriedade

²¹¹ Ética V 1132a.

²¹² II-II q. 61, a.1.

²¹³ FINNIS, 2007a, p.167.

²¹⁴ Para haver propriedade é necessária alguma apropriação de algo originalmente comum. Assim, a questão central da justiça distributiva é definir quem e em quais condições acontecerão as

deve ser passada adiante para que outra pessoa o faça, e assim contribuindo para o bem comum, e isso é feito por meio da justiça distributiva entre indivíduos.²¹⁵ Por isso que para a visão tomista a existência de latifúndios não produtivos viola a justiça distributiva.²¹⁶

A propriedade privada é necessária para o indivíduo buscar realizar seus planos de vida. Inegavelmente uma maior quantidade de recursos permite melhores condições, até certo nível, de obter a realização dos bens humanos básicos. Depois de certa quantidade deixa de atender ao bem comum. Mas como é possível equilibrar a propriedade privada e a orientação para o bem comum? A resposta tomista é: estabelecendo limites morais para a propriedade privada. Para isso ele faz uma classificação entre bens que são: a) *recursos absolutamente necessários*, que garantem a subsistência; b) *recursos relativamente necessários*, hábeis a satisfazer suas responsabilidades e vocações, e de seus relativos (parentes); c) *supérfluos*, que sobram após a realização das duas categoria anteriores.²¹⁷ Dessa distinção, para Finnis, seguem-se duas proposições:

1) tudo que alguém tem é considerado como comum (ou em comum) no sentido que é moralmente disponível, como questão de direito e justiça, para qualquer um que precise dele para sobreviver; 2) a propriedade supérflua de alguém é considerada comum, no sentido de que a pessoa tem o dever de justiça de dispor deles em benefício dos pobres.²¹⁸

Pela primeira proposição, quem se encontra em uma situação de extrema necessidade, tendo a sua própria vida ou de seus dependentes ameaçada, pode se apropriar da propriedade de outrem para satisfazer suas necessidades básicas. Nesse tipo de caso que envolve urgência, é uma exigência de justiça, não apenas

distribuições e redistribuições de forma equitativa (II-II q.66 a.2). O direito de propriedade sempre é invocado em relação a outras pessoas, em razão de uma justiça interpessoal, para reivindicar deveres negativos em relação a determinada propriedade. Santo Tomás não trata do modo como direitos de propriedade são adquiridos, mas reconhece que *tomar posse* de algo que antes era comum como legítimo meio de aquisição. Mas tal apropriação precisa trazer benefícios para os membros da comunidade (seja por meio de consumo ou distribuição). Do contrário, seria injustificada. Por outro lado, há três razões contrárias à permanência da propriedade com titularidade comum, são elas: (i) quando algo é possuído de forma comum aquilo tende a ser negligenciado, (ii) as pessoas poderiam evitar trabalhar para cuidar do que é comum, (iii) gerenciamento ineficiente, a situação como um todo tende a provocar desentendimentos (FINNIS, 1998, p. 190).

²¹⁵ O propósito, de acordo com a justiça, da propriedade privada é dar ao possuidor o uso primário e a fruição de seus bens, pois é essa disponibilidade que intensifica sua autonomia razoável e estimula sua produtividade e proteção (FINNIS, 2007a, p.171).

²¹⁶ Adicionalmente, Santo Tomás, na II-II q. 57 a3, esclarece que nenhum recurso pertence naturalmente a uma pessoa ou grupo e só se justifica se usados em direção a um bem comum.

²¹⁷ II-II q.32 .a.6.

²¹⁸ FINNIS, 1998, p. 191.

caridade, dispor de recursos relativamente necessários (mesmo que não sejam supérfluos) para outros que estejam em uma situação extrema. Se dois sujeitos só possuem o absolutamente necessário, não haveria propriamente dever redistributivo, mas outras virtudes poderiam assumir o protagonismo e influenciar o julgamento prático dos sujeitos.

Pela segunda proposição, quem já supriu as necessidades relativas próprias e das pessoas próximas, mas ainda possui propriedade supérflua, tem o dever de promover medidas redistributivas para com os outros. Porém, o limite de quando começa a propriedade supérflua não é claro. Tal redistribuição pode ser feita de várias formas, como geração de empregos, investimento em pesquisa, ou seja, qualquer via que se reverta para o bem comum. No mundo real, em que nem todo mundo possui recursos necessários para garantir um mínimo para a sobrevivência, quem tem recursos superabundantes está, de fato, para Santo Tomás, roubando. Reter o supérfluo é uma forma de violência.²¹⁹

Nesse contexto, a autoridade pode legislar para operar redistribuição entre os indivíduos. Assim, medidas de tributação que visam custear políticas redistributivas estariam fundamentadas. Se os possuidores não cumprem esse dever, a autoridade pública pode tributar²²⁰, ou até expropriar. Nas palavras de Finnis:

ao estabelecer um esquema de tributação redistributiva etc., o Estado não precisa fazer mais do que cristalizar e impor deveres que o proprietário já tinha. A coerção, portanto, só entra em jogo no caso de recalcitrância, que é delituosa não apenas de acordo com a lei, mas também de acordo com a justiça. A justiça distributiva é aqui, como na maioria dos contextos, uma relação entre cidadãos, ou grupos de associações dentro da comunidade, sendo de responsabilidade desses cidadãos e grupos. Para comunidades políticas particulares, o papel das autoridades governantes e da lei na determinação dos requisitos particulares de justiça distributiva é um papel decisivo, mas subsidiário.²²¹

A coerção, usada para atender o bem comum, surgiria em caso de não cumprimento espontâneo de uma exigência de justiça. Assim, a justiça distributiva é entre cidadãos. O Estado atua de forma subsidiária.

Pelo exposto, a justiça é um requisito da razoabilidade prática, que traz em si exigências de condutas porque a pessoa deve respeitar não apenas o próprio bem,

²¹⁹ II-II q. 118 a. 4.

²²⁰ A posição apresentada por Finnis é que tais medidas são possíveis, não que devem ser feitas. A doutrina tomista diz como o direito positivo pode ser, não como ele deve ser.

²²¹ FINNIS, 2007a, p. 185.

mas também o bem comum. Quando falamos de justiça, não estamos avaliando um estado de coisas, mas sim a razoabilidade prática exigida pelas pessoas. Esse conceito cria uma exigência de razoabilidade para autoridades. Tanto o legislador quanto o juiz devem agir tendo em mente esse princípio. E tal justiça, seja na lei ou na sentença, tem como objetivo o bem comum.

3.4.2 O Bem Comum

O bem comum é a finalidade a ser perseguida pela da legislação positiva. Alguns de seus desvios são de constatação evidente – quando, por exemplo, um agente estatal utiliza sua posição para buscar um bem privado. Porém, o núcleo semântico do bem comum é um conceito com questões disputadas.

Ao meio desse debate, Friedrich Hayek entende que existem concepções individualistas ou coletivistas de bem comum – e tais categorias permitem um avanço na discussão.²²² Do ponto de vista coletivista, expressões como “propósito comum”, “bem-estar geral” ou “interesse público”, frequentemente são usados para designar propósitos do governo. Porém, seguindo Hayek, tais termos não conferem uma linha clara de ação.²²³ No bem comum, em uma perspectiva coletivista, o Estado sabe, ou determina coativamente, o que é melhor para a vida de cada indivíduo. O bem-estar e a felicidade de milhões passam a ser aferidos em uma escala única de valores. Isso também implica, como é próprio do coletivismo. A colocação de objetivos políticos pode ser associada à realização de algum ideal de justiça social.²²⁴

Por outro lado, o bem comum assentado na individualidade corresponde às condições necessárias para a realização de bens individuais. Esse conceito é de Finnis, que afirma que o Estado deve servir ao objetivo de criar o conjunto de fatores que, segundo considerações do raciocínio prático de alguém, daria um sentido à sua colaboração entre os indivíduos, ou daria justificações para isso. No caso da comunidade política, conforme as circunstâncias sócio-históricas, o bem comum seria garantir todo um conjunto de condições materiais e de outros tipos que tendem

²²² HAYEK, 2010, p. 55- 64.

²²³ HAYEK, 2010, p. 75.

²²⁴ SCRUTON, 2014, p. 16.

a favorecer a realização, por parte de cada indivíduo da comunidade, de seu desenvolvimento enquanto pessoa e de seu projeto de vida.²²⁵

Finnis usa um exemplo para expressar o conceito. Consideremos uma sala de aula. Cada aluno tem objetivos particulares em vista e, para alcançá-los, precisa colaborar com os demais estudantes e com o professor em sala. Os alunos querem aprender o que o professor tem a ensinar e este ensina para vários alunos, que devem colaborar entre si em algum grau, coordenando seus horários de chegada, não brigar, não perturbar a exposição, etc. Os alunos entre si podem ser completamente indiferentes ao sucesso dos outros – e de fato, seus projetos podem até conflitar por serem concorrentes potenciais. Mas todos os estudantes têm interesse na manutenção do conjunto de condições que permitem que a busca de seu objetivo próprio seja bem sucedida. A manutenção das condições para o correto desenvolvimento da aula é um bem comum para os alunos.

Trata-se de uma relação de coordenação. Há um contrato entre os alunos e o professor. Os alunos querem aprender e o professor quer ganhar seu salário e buscar a realização profissional. Cada qual focando seu objetivo individual. Conforme cada um faz sua parte, o bem comum se realiza. E nesse contexto, autoridades podem interferir, colocando regras de conduta pontuais para assessorar a realização desse bem comum.²²⁶

Nas relações entre sujeitos há cooperação, mesmo que estejam competindo e cada um esteja almejando seu bem individual. Nessas relações há um bem comum, e alguma ação conjunta é necessária para realizá-lo. Assim, formam-se grupos na sociedade civil – que, conforme já vimos, são caracterizados por um objetivo em comum.²²⁷ A definição não implica que todos os membros da comunidade devam ter os mesmos valores, bem como permite uma pluralidade de planos de vida diferentes. Ela implica, antes, que deva haver um conjunto de condições para que cada membro da comunidade possa atingir seus objetivos.

²²⁵ FINNIS, 2007a, p.143-145.

²²⁶ Uma situação equivalente ocorre no mercado. Pessoas com ofertas ou demandas se encontram e, de forma espontânea, se organizam. Condutas que lesam o bem comum devem ser reprimidas. Quanto a isso, liberais, libertários e conservadores teriam posições diferentes em relação ao ponto a partir do qual uma autoridade poderia interferir. No entanto, as vertentes convergem em reconhecer o bem comum nas condições necessárias para a realização dos bens individuais (FINNIS, 2007a, p. 137-143).

²²⁷ Cf. item 3.1.

O fato da lei se orientar a um bem privado não afasta a finalidade de se ordenar ao bem comum, realizado não quando é buscado de maneira geral pelo indivíduo, mas quando este cumpre suas responsabilidades para com os outros. Santo Tomás, ao responder uma objeção sobre esse tema, ensina que: “a ordem ao bem comum, que pertence à lei, é aplicável aos fins particulares. E segundo isso, também se dão preceitos a respeito de alguns particulares”.²²⁸

Essa definição de bem comum é assentada na individualidade. Em uma definição concorrente, pode-se definir o bem comum na coletividade. E como já vimos, é próprio do bem comum no coletivismo uma organização intencional das atividades da sociedade em função de um objetivo social definido – como se o Estado tivesse uma direção consciente em busca de uma finalidade única.

Neste contexto, é oportuna uma distinção feita por Hayek entre as formas de governo que resultam conforme o modelo de bem comum, individual ou coletivo, adotado:

Sob o primeiro, o governo se limita a fixar normas determinando as condições em que podem ser usados os recursos disponíveis, deixando aos indivíduos a decisão relativa aos fins para os quais eles serão aplicados. Sob o segundo, o governo dirige o emprego dos meios de produção para finalidades específicas.²²⁹

A primeira forma de governo descrita é a que mais respeita a liberdade, já a segunda forma de organização, em virtude dos fins elencados, precisa lançar mão de mais meios coativos – que, por definição, restringem a esfera de autonomia individual.

Nesse sentido, Finnis critica analogia que aparece na República de Platão, de que Estado seria um grande navio que todos nós estamos juntos, como se compartilhássemos um mesmo destino e o capitão pudesse nos comandar de forma irrestrita em nome de atingir uma finalidade comum. Não há um fim comum definido e alcançável. Não há como definir e limitar os planos de vida razoáveis. Mesmo assim, há um núcleo mínimo definível de bem comum, o suficiente para excluir um

²²⁸ I-II q.90 a.2 ad.1.

²²⁹ HAYEK, 2010, p. 90.

considerável número de arranjos políticos.²³⁰ E claro, tal concepção não impede a realização de fins sociais por meio de programas institucionais.²³¹

Para concluir esse segundo ponto, sublinha-se que o fundamento da autoridade de um governante está na responsabilidade de buscar o bem comum, através da solução de problemas de coordenação da comunidade. A autoridade realizará comandos para procurar as melhores formas de atingir o bem comum. Caso essa orientação seja desviada, os atos de qualquer governo serão questionáveis.

Esgotada a discussão das causas da Lei, podemos entender melhor a definição de Finnis de que a Lei Natural consiste em um “conjunto de princípios da razoabilidade prática no ordenamento da vida humana e da comunidade humana.”²³² E há um amplo rol de princípios da razão prática que orientam as ações humanas e a criação de normas jurídicas.

Esse esforço não tem como objetivo diminuir o valor da Lei Humana. Pelo contrário, ela é indispensável. A Teoria Neoclássica da Lei Natural mostra 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”²³³ – ou seja, não se trata de nenhuma escolha arbitrária.

Isso permite ir além da constatação óbvia de que a moralidade afeta a lei. Finnis quer identificar como a razoabilidade prática afeta as autoridades e os cidadãos.

Mas claro, mesmo na busca do bem comum alinhado aos objetivos individuais, atendendo à razão prática, o exercício da função legislativa pode

²³⁰ FINNIS, 2007a, p. 155.

²³¹ Esse ponto de vista não exclui, é claro, a existência de fins sociais ou, antes, a possibilidade de uma coincidência de objetivos individuais que torna oportuna a união de indivíduos na persecução destes. Limita, porém, essa ação comum aos casos em que as opiniões individuais coincidem. Os chamados “fins sociais” são, pois, simplesmente, objetivos idênticos de muitos indivíduos – ou objetivos para cuja realização os indivíduos estão dispostos a contribuir em troca da ajuda que recebem no tocante à satisfação dos seus próprios desejos. A ação comum limita-se, assim, aos campos em que as pessoas concordam acerca de objetivos comuns. Com muita frequência, tais objetivos comuns não constituirão os objetivos supremos do indivíduo, mas apenas meios que diferentes pessoas podem utilizar para alcançar diferentes propósitos. Com efeito, é mais provável que as pessoas concordem quanto a uma ação comum se o fim visado por todos não constitui para eles um objetivo supremo, e sim um meio capaz de servir a uma grande variedade de propósitos HAYEK, 2010, p. 77-78.

²³² FINNIS, 2007a, p. 273.

²³³ FINNIS, 2007a, p. 282.

extrapolar seus deveres – caindo em casos de injustiça. A próxima seção é dedicada a discutir tal hipótese.

3.5 LEIS INJUSTAS

Através da Lei, os cidadãos, as entidades da sociedade civil, e também o próprio Estado, possuem normas que orientam o que pode e o que não pode ser feito. Ou qualquer coisa pode ser Direito ou devemos admitir que há limites para a criação do Direito. Sendo o caso, quais são os limites? Por isso é preciso questionar e identificar a extensão do exercício de um poder, definindo-o tanto quanto possível. A extrapolação dos limites viola a autoridade, e o Direito desempenha a função de zelar pela observância dos limites.

O primeiro limite seria a Lei Natural. Essa seria uma resposta mais rica do que a conferida por modelos pós-positivistas que querem condicionar o Direito Positivo à convenções, Direitos Humanos, ou concepções pragmáticas de bem comum.

A principal preocupação da Teoria Neoclássica da Lei Natural é identificar os princípios e os limites do Estado de Direito e como deve ser a atividade das autoridades a partir de princípios para realização do bem comum.²³⁴ Mas na construção da criação da lei, por vezes surgem desvios que devem ser respondidos de forma adequada. E, também pelo conhecimento de uma lei injusta, é possível identificar os limites da Lei Humana.

3.5.1 Tipos de Leis Injustas

Finnis enumera quatro tipos de leis injustas, cada qual possuindo um defeito que representa a violação de alguma exigência da razão prática.

1) *Defeito de intenção*, quando a lei não atende ao bem comum, mas apenas a um bem privado. O fundamento de uma autoridade de um governante está na responsabilidade de buscar o bem comum, através de solução de problemas de coordenação da comunidade. O seu uso será incorreto quando orientado apenas para o proveito próprio ou de um pequeno grupo. Esse tipo de injustiça é cometido

²³⁴ FINNIS, 2007, p.337.

quando, por exemplo, o legislador cria uma lei para privilegiar uma casta, ou no caso do administrador público realizar uma licitação especificando tanto o produto que apenas uma pessoa possa concorrer, ou o magistrado que julga de forma tendenciosa. Em todos esses atos de autoridade haverá injustiça. Para os adeptos do positivismo jurídico, não há problema quanto a intenção, pois ela não é colocada em pauta no agir de uma autoridade. Basta que a norma seja produzida pela autoridade competente que será um ato válido.

2) *Defeito de autoria*, quando uma autoridade age fora de sua autorização legal, tornando o ato injusto. Isso se chama ação *ultra vires* (além dos poderes), e é injusto para os que estão sujeitos à autoridade – apesar de poder ser justificado em situações de emergência, do contrário é um abuso de poder. Esse abuso de poder ensejaria uma injustiça distributiva (quando o funcionário avoca excesso de autoridade) e comutativa (quando tenta sujeitar outrem as suas decisões). Finnis entende que esses atos são nulos, inexistentes no mundo jurídico, mas até que sobrevenha uma anulação, eles produzirão efeitos.²³⁵ Qualquer ato de usurpação de competência pode ser enquadrado nesse tipo de injustiça, como no caso de um legislador estadual que queira fazer legislação federal, ou de um Presidente que queira fazer atos exclusivos do Legislativo, ou ainda de um juiz que resolva legislar através de suas decisões.

Segundo Finnis, esse poder conferido a uma autoridade, cuja forma será variável conforme as circunstâncias de determinada comunidade, deve ser utilizado para a criação de comandos visando a coordenação de ações orientadas à realização do bem comum. O desvirtuamento disso enseja problemas de correção da lei:

Alguém que usa sua oportunidade empírica, ou mesmo sua autoridade legalmente reconhecida, para promover esquemas totalmente opostos à razoabilidade prática não pode depois alegar, de modo razoável, ter cumprido com suas próprias responsabilidades com razão – e pode ser incapaz de justificar sua alegação de ter criado uma razão excludente boa e suficiente que afeta as responsabilidades daqueles de quem está buscando ou exigindo a anuência.²³⁶

Trata-se de um problema de congruência e de legitimidade.

²³⁵ FINNIS, 2007a, p. 338.

²³⁶ FINNIS, 2007a, p. 232.

3) *Defeito de forma*, que ocorre quando a autoridade competente não respeita a forma dos requisitos para a criação da lei. Por exemplo, quando uma lei é votada e aprovada sem ter o quórum necessário, ou uma sentença judicial sem a devida fundamentação. Esses vícios podem ser identificados por desrespeitar requisitos para sua implementação que são dados pela própria Lei Humana – que já estabelece suas consequências, como nulidade ou anulabilidade. Também ocorrem quando requisitos do *Rule of Law* não são observados, o que compromete a eficácia da lei.²³⁷ Por fim, também surge quando o legislador viola exigências da razão prática ao definir as prescrições de conduta, especialmente ao buscar a melhor determinação de uma lei para um caso concreto, comprometendo a persecução do bem por uma escolha não adequada do meio.

4) *Defeito de substância*, quando a lei é substancialmente injusta, faltando-lhe um critério justo (distributivamente ou comutativamente) para a estipulação de direitos e deveres, e com isso dificulta ou inviabiliza a participação dos sujeitos nos bens humanos básicos. Também será substancialmente injusta quando determinada cognição do preceito da Lei Natural for imprecisa, de forma que, por *conclusão*, acabam sendo derivados preceitos contrários aos bens humanos básicos – quando a autoridade trabalha com um bem ilusório – e, como consequência, orienta a ação humana de forma contrária à Lei Natural.

Cada um desses quatro tipos de injustiça recai preponderantemente sobre uma das causas da lei. O defeito de intenção é um tipo de injustiça que compromete a causa final da Lei Humana, o defeito de autoria afeta a causa eficiente, o defeito de forma a causa formal e o defeito de substância compromete a causa material. Claro que há injustiças que incidem em mais de uma causa, como uma proteção deficiente a um bem humano básico que vai afetar a matéria, forma e finalidade. Por exemplo, uma proteção insuficiente à vida pela permissão do aborto, quando o bem comum não será atingido plenamente pela não promoção máxima da vida. Uma conclusão indevida do que deve ser tutelado, apesar de estar inicialmente ligada à forma, transborda injustiça comprometendo vários aspectos da Lei Humana.

Vimos que são quatro os tipos de injustiça, sendo que cada uma recai sobre uma das causas da lei. Dentro da ciência jurídica, fala-se que uma lei pode ser

²³⁷ Para o Positivismo jurídico, desses tipos de injustiça enumerados, os únicos que possuem relevância são os que afetam a forma ou a autoridade – os que dizem respeito à substância e à finalidade são inexistentes nas pautas positivistas. Quanto à forma, a solução devida será aquela que consta na legislação.

inexistente, ou formalmente inconstitucional, quando desrespeita algum requisito de sua criação (como quórum de aprovação ou a atuação de alguma autoridade competente), recaindo sobre alguns aspectos da causa formal ou sobre a causa eficiente. Esse tipo de injustiça é facilmente constatada, pois demanda a apreciação de requisitos objetivos. Quanto a esse tipo de injustiça, ou vícios formais, a lei não precisa ser seguida – apesar de que às vezes é necessário aguardar uma declaração de alguma autoridade sobre isso.

Outros tipos de vícios são mais complexos, pois exigem uma interpretação mais aguçada da questão. Para a ciência jurídica, trata-se de uma questão de validade, que demanda a conformidade do conteúdo do comando normativo com a ordem jurídica, em especial em relação às normas constantes em uma Constituição. Em alguns casos, a invalidade de uma norma, ou sua inconstitucionalidade material, é flagrante – afastando a obrigação de seguir tal norma. Outras situações exigem uma interpretação mais apurada que só pode ser feita pelo Judiciário – que por vezes reconhece gradações de inconstitucionalidade. Esse tipo de vício, quanto às causas, corresponde principalmente a injustiças de substância ou intenção, afetando, respectivamente, as causas material e final da lei. Esse tipo de injustiça. Por fim, também pode surgir devido a não observância de certas formas que a lei deve ter, em especial, para os jusnaturalistas, exigências da razão prática – como a escolha do melhor meio para atingir determinado fim.

Há no saber jurídico, vícios formais e materiais. Os formais são enfrentados de forma adequada por teorias positivistas – e teorias diversas, como pós-positivistas e jusnaturalistas, e concordam em geral com as soluções apontadas. Uma lei que não atende à forma adequada não vai produzir efeitos.

A avaliação das injustiças materiais, que versam sobre o conteúdo da norma, pode ser feita com dois referenciais: (i) em relação à própria *ordem jurídica*, pois um comando deve ser harmônico com as outras normas, em especial aquelas que lhe são hierarquicamente superiores; (ii) ou em relação à Lei Natural. Quanto à primeira espécie, novamente, a ciência jurídica consegue tratar o problema de forma satisfatória, tendo requisitos e procedimentos para declarar a invalidade de uma lei e afastar suas obrigações. Claro que cada ordem jurídica, considerando suas circunstâncias, faz isso de formas variadas. De todo modo, um magistrado pode afastar a aplicabilidade de uma lei inconstitucional, desde que possua uma

fundamentação jurídica para isso. Quando assim age, atua na qualidade de legislador negativo e deve julgar o caso concreto como se a lei injusta não existisse.

E além de avaliar a conformidade material de uma norma com a própria ordem jurídica, os jusnaturalistas demandam uma avaliação da justiça da norma além do direito positivo. Questão central, porém não levantada pelo positivismo ou pós-positivismo, é quando se confronta uma Lei Humana em relação a uma Lei Natural, e, diante da comparação, a Lei Humana se revela injusta – seja por não ser a melhor derivação da Lei Natural, seja por não seguir da melhor forma as exigências da razão prática para coordenar as ações, ou por não encaminhar ao bem comum.

3.5.2 A Obrigação Moral Perante uma Lei Injusta

Identificados os tipos de leis injustas, passamos a discutir como a injustiça afeta a obrigação de cumprir a lei. A questão principal aqui é: uma lei injusta cria obrigação moral de ser obedecida da mesma forma que uma lei justa cria?

Para Santo Tomás a resposta da questão é clara. Uma lei injusta, independente da natureza do vício dela, não tem propriamente razão de lei: “a lei tirânica, uma vez que não é segundo a razão, não é simplesmente lei, mas antes certa perversidade da lei.”²³⁸

Diante deste desvio de correção, portanto, é possível desconsiderar uma lei injusta. Finnis é categórico neste entendimento: “para o propósito de avaliar obrigações legais no sentido moral, a pessoa tem o direito de não levar em conta que são leis *injustas* em qualquer um dos sentidos mencionados.”²³⁹ Essa possibilidade atinge a todos. Conforme Santo Agostinho, *lex injusta non est lex*, que uma lei injusta não será lei.²⁴⁰ Finnis, no mesmo sentido, explica:

se a lei pretende exigir que seus súditos façam coisas do tipo que ninguém deveria praticar, ela não pode ser devidamente cumprida; Nossa obrigação moral não é obedecer, mas desobedecer. E se pretende autorizar tais atos (por exemplo, estupro, roubo ou infanticídio), sua autorização é moralmente nula e sem efeito. Essas leis carecem de autoridade moral, ou seja, não

²³⁸ I-II q.92 a.1 ad.4.

²³⁹ FINNIS, 2007a, p. 345.

²⁴⁰ FINNIS, 2007a, p. 348.

vinculam a consciência; ninguém é moralmente obrigado a se conformar nem moralmente obrigado a não se conformar.²⁴¹

E a autoridade moral da lei, não reside, para a Teoria Neoclássica da Lei Natural, na autoridade de criar a lei, mas sim em sua fundamentação moral e aptidão para realizar o bem comum. Quem está na posição de autoridade tem como presumível a força de obrigar, em função do bem comum – mas o governante, por si só, não tem o direito de ser obedecido. A autoridade é criada em função do bem comum. A lei tem uma autoridade moral própria que é anterior à autoridade legislativa. Se o exercício de um poder institucional não atende à Lei Natural, contrariando exigências da razão prática, não cria obrigação moral. Logo, não deve ser obedecida.²⁴² Mas há uma exceção, que para ser explicada precisa antes ser delimitada.

Se a Lei Humana não foi uma conclusão da Lei Natural, não deve ser respeitada. É uma lei injusta e nenhuma exceção pode ser aplicada. Isso decorre de casos em que o bem tutelado pela Lei Humana não corresponde à Lei Natural. A Suma Teológica é clara: “toda Lei Humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da Lei Natural, já não será lei, mas corrupção da lei.”²⁴³ No momento jurisdicional, veremos no próximo capítulo, uma sentença deve ser efetuada com base na Lei Humana e deve ser eficiente em encaminhar a comunidade ao bem comum. Para isso ela precisa proteger, em algum grau, um bem humano. Do contrário, será substancialmente injusta. Conforme o argumento na Suma Teológica:

Como a lei escrita não dá força ao direito natural, assim também não pode diminuir-lhe nem suprimir-lhe a força; pois a vontade humana não pode mudar a natureza. Portanto, se a lei escrita contém algo contra o direito natural, é injusta e não tem força para obrigar. Pois só há lugar para o direito positivo, quando, segundo o direito natural, é indiferente que se proceda de uma maneira ou outra, como já foi explicado acima. Por isso, tais textos não se hão de chamar leis, mas corrupções da lei, como já se disse. E portanto, não se deve julgar de acordo com elas.²⁴⁴

Trata-se de um vício de conhecimento material da Lei Natural, o que enseja uma *conclusão* equivocada. Por outro lado, sabendo que a Lei Humana pode derivar

²⁴¹ FINNIS, 1998, p. 272-3.

²⁴² FINNIS, 2007a, p.344-5.

²⁴³ I-II q.95 a.2.

²⁴⁴ II-II q.60 a.5 ad.1.

da Lei Natural também por *determinação*, quando esta for equivocada se admite uma possibilidade de exceção. Por exemplo, na busca de criar um plano de governo, digamos que em busca de determinado fim econômico, pessoas diferentes terão visões diferentes sobre tais questões, ainda que inseridas na mesma sociedade concreta. A estratégia escolhida pode adotar mais riscos do que alguém pode julgar adequado, mesmo assim é uma determinação possível e razoável, por isso, se atendidos outros requisitos procedimentais, deve ser observada – ainda que não seja a alternativa que representa a melhor determinação. As exigências formais da razão prática podem ser atendidas de formas variadas – umas mais correspondentes à nossa visão de mundo que outras. Mas, desde que a exigência seja atendida, terá que ser observada. Por outro lado, quando uma exigência é violada, por exemplo a proibição de preferências arbitrárias por pessoas, surge um comando injusto que carece de toda autoridade.

Finnis diz que “as leis humanas justas têm autoridade moral e, portanto, por vinculação, obrigatoriedade moral. Elas têm essa autoridade porque têm uma relação inteligível com os princípios e preceitos permanentes da moralidade.”²⁴⁵ Mas essa proposição se manifesta de forma diferente, conforme o tipo de relação que acontece entre a Lei Humana e a Lei Natural. Vale lembrar que a derivação da Lei Humana pode se dar por conclusão ou por derivação.

as leis feitas por determinação realmente não teriam força moral senão para a promulgação dessas leis, e o legislador não tinha o dever moral de fazer exatamente essas leis. Mas, uma vez que tal lei tenha sido feita, sua diretividade deriva não apenas do fato de sua criação por alguma fonte reconhecida de lei (legislação, decisão judicial, costume, etc.), mas também de sua conexão racional com algum princípio ou preceito de moralidade.²⁴⁶

Disso se conclui que se uma Lei Humana que advém por conclusão de forma correta da Lei Natural, mas não tem a melhor forma de determinação, deve ser respeitada por todos, por ter respeitado as exigências da razão prática (ainda que de forma não ideal).²⁴⁷ Nestes termos, uma lei injusta deve ser obedecida. Mas no que se funda esse dever de obediência?

²⁴⁵ FINNIS, 1998, p. 266.

²⁴⁶ FINNIS, 1998, p. 267.

²⁴⁷ Se não observar os requisitos da razão prática será injusta. Ocorre que alguns requisitos permitem serem atendidos, ainda que de forma não ideal.

Como vimos, a regra geral é que uma lei injusta não tem a razão de obrigar, por isso não precisa ser seguida. A exceção, reconhecida por Santo Tomás, é que por vezes a lei, mesmo que injusta, deve ser obedecida. Ele disse: “como é lícito resistir aos ladrões, assim é lícito nesse caso resistir aos maus príncipes; a não ser que se tenha de evitar escândalo, caso se temesse que daí resultasse uma grave perturbação.”²⁴⁸ Nessa citação, o escolástico repete a regra geral e reconhece uma exceção que pondera o dever de obediência de uma autoridade com os efeitos em termos de estabilidade da ordem em caso de desobediência. Na hipótese levantada, da não observância da lei podem advir efeitos negativos na sociedade prejudicando o bem comum. A coordenação de ação sempre deve ser feita almejando o bem comum, o que é tarefa precípua da lei (ainda que injusta). Nisso, uma desobediência generalizada de uma lei injusta pode gerar consequências de desorganização social mais lesiva que a própria lei injusta, e até criar um hábito de desrespeitar a Lei Humana. Portanto, em algumas situações, mesmo uma lei sendo injusta é moralmente correto obedecê-la.

Caberia aos governantes revogar tal lei, mas os súditos devem obedecê-la desde que isso evite problemas maiores. Até que isso seja feito, o que pode demorar todo um processo legislativo para a alteração da lei, ou um processo judicial para declará-la inconstitucional, o fato de alguém desdenhar de uma lei gera o efeito colateral dela ser mal vista pelos outros cidadãos. Por isso a exceção afirma a obrigação moral de evitar esse efeito colateral por um exemplo negativo, conforme Finnis, as leis, mesmo que injustas:

podem, às vezes, criar uma obrigação de consciência apenas na medida em que a desobediência causaria desordem ou desmoralização; ou dar o tipo de "exemplo" que leva outros a cometer erros. Para evitar esse tipo de dano injusto ao bem público e privado, pode-se ter a obrigação moral de renunciar a seu direito.²⁴⁹

Em alguns casos devem ser obedecidas, concretizando uma obrigação secundária, visando a estabilidade do sistema.²⁵⁰ Isso gera consequências para o bem comum. A obrigação moral de evitar esse efeito colateral não decorre de um sentido moral da lei que protege um bem, mas sim do desejo de preservar a eficácia

²⁴⁸ II-II q.69 a.4.

²⁴⁹ FINNIS, 1998, p. 273-4.

²⁵⁰ I-II q.96 a.4 ad.3.

de partes justas do sistema. Esse grau de obediência devido varia conforme o contexto sócio-histórico de cada comunidade, e “em alguns casos-limite (e.g., de juízes ou outros funcionários aplicando a lei), o grau moralmente requerido de obediência pode chegar à total ou virtual total obediência, *como se a lei em questão fosse um estatuto justo.*”²⁵¹

É na avaliação da determinação que julgamos o grau de perfeição de uma Lei Humana. Mesmo que a lei seja imperfeita, e nesse sentido em algum grau injusta, ela permanece sendo lei no sentido de ser um comando de uma autoridade legislativa.²⁵² Mas muitas vezes essa avaliação é feita pelo Poder Judiciário, cuja atuação também pode ser refletida a partir da Lei Natural.

Da mesma forma que a Lei Humana tem como causa formal a Lei Natural, a decisão judicial toma como forma, via de regra, a Lei Humana. Assim, os mesmos princípios que guiam a atuação do legislador na criação do Direito serão aplicados de forma análoga na atuação do juiz. Nesse contexto, pode-se identificar princípios que devem guiar a atuação jurisdicional, buscando a melhor forma de aplicar a lei, conforme será tratado no próximo capítulo.

²⁵¹ FINNIS, 2007a, p. 346.

²⁵² I-II q.92 a.1 ad.4.

4. APLICAÇÃO DA LEI HUMANA

Juiz é a autoridade que exerce a função jurisdicional –, *ius dicere*. O direito é objeto da justiça. O julgamento, que é a atividade feita pelo juiz, determina o que é justo. Nas palavras de Santo Tomás: “o julgamento é uma definição ou determinação do que é justo”.²⁵³ Dessas premissas, o presente capítulo responde à seguinte indagação: como um juiz jusnaturalista julgaria?

A partir de um caso concreto, a autoridade competente, nos limites de sua atuação, deve aplicar a lei positiva, e proferir a decisão mais justa em orientação ao bem comum. Dessa forma, a decisão judicial é uma espécie de lei para as partes de um caso.²⁵⁴ Como tem natureza de lei, as exigências da razão prática que a Lei Humana deve atender devem também ser encontradas, de forma equivalente, na decisão judicial.

A atividade jurisdicional, conforme vem sendo sustentado, deve ser guiada por exigências da razão prática – da mesma forma que há princípios formais que guiam o agir moral.²⁵⁵ Para ser válida, uma decisão judicial não basta emanar de uma autoridade competente (como afirma o positivismo jurídico), ou ser dotada de correção (como defendido por alguns pós-positivistas), mas tem que se atentar a uma série de outros requisitos. Muitos deles decorrem da própria Lei Humana, e o Direito Processual de cada nação irá ditar tais elementos. Acima das normas positivas, a própria Lei Natural oferece princípios formais que devem ser observados. Nos capítulos anteriores, discutimos alguns princípios que se aplicam ao exercício da função jurisdicional, mas que são comuns a qualquer conduta humana, ou ao exercício de qualquer autoridade. Agora nos ocuparemos de princípios próprios da função jurisdicional.

Há princípios nos escritos tomistas que se aplicam a todo e qualquer caso e não levantam controvérsia acerca da necessidade de sua observação. Alguns desses princípios jurisdicionais são explícitos, como na seguinte passagem:

O julgamento é lícito na medida em que é um ato de justiça. Ora, como já se explicou, para que o julgamento seja um ato de justiça, requerem-se três condições: 1º que proceda de uma inclinação vinda da justiça; 2º que emane da autoridade competente; 3º que seja proferido segundo a reta

²⁵³ II-II q.60 a. 2.

²⁵⁴ II-II q.67 a.1.

²⁵⁵ Cf. item 2.3.

norma da prudência. A falta de qualquer desses requisitos torna o juízo vicioso e ilícito.²⁵⁶

Outros podem ser deduzidos de uma interpretação sistemática: (i) o princípio da imparcialidade. O dever do juiz de julgar de forma imparcial decorre de uma aplicação especial da regra de ouro. Não se pode esperar de um juiz promessas políticas, e sim que, apesar de suas crenças privadas, ele terá uma atuação irrepreensível se pautando pela razão da lei.²⁵⁷ (ii) outro princípio formal que guia especificamente a atividade jurisdicional derivado do Primeiro Princípio da Razão Prática é o que chamamos de garantia de presunção de inocência. Santo Tomás questiona se a dúvida em relação à culpa de um réu deve ser interpretada de forma favorável a ele, e escreve que “é melhor se enganar mais frequentemente, formando uma boa opinião de um homem mau, do que se enganar raras vezes, tendo má opinião de um homem bom. Nesse último caso, comete-se injustiça contra o próximo; não, porém, no primeiro.”²⁵⁸ Evidente que há outras fundamentações para o *in dubio pro reo*, mas fica demonstrado que o jusnaturalismo abraça esse princípio. (iii) juiz natural²⁵⁹, que afirma a necessidade de uma autoridade pré-constituída para julgar, o que veio a ser consagrado no Direito Moderno. Todos os que estão submetidos a uma autoridade não podem ser surpreendidos por tribunais de exceção. Há necessidade de que o poder coativo seja prévio.²⁶⁰ (iv) a proibição do Juiz de investigar, sendo necessário um acusador. Ele se pronuncia entre as partes de um processo, nunca por conta própria.²⁶¹

Outros princípios com correspondentes no direito processual contemporâneo podem ser encontrados, de forma mais ou menos implícita, na leitura dos jurisprudências feita por Santo Tomás. Trata-se de garantias amplamente aceitas e sua observância são condições de justiça, mas por fundamentações que não necessariamente coincidem com o jusnaturalismo. Mas permanece incontroverso que a não observância acarretaria em injustiças na decisão. A fundamentação

²⁵⁶ II-II q.60 a.2.

²⁵⁷ Sobre isso Finnis diz: “No funcionamento do processo legal, muitos se voltam para o princípio - um princípio de justiça - de que os litigantes (e outros envolvidos no processo) devem ser tratados pelos juízes (e outros com poder de decisão) imparcialmente, no sentido de que são o mais próximo possível de ser tratado por cada juiz, como seria tratado por qualquer outro juiz” (FINNIS, 1990, p.12). Ainda sobre a regra de ouro, cf. item 2.3.

²⁵⁸ II-II q.60 a.4 ad.1.

²⁵⁹ II-II q.67 a.1.

²⁶⁰ RAMPAZZO; NAHUR. 2015, p. 74.

²⁶¹ II-II q.67 a.3.

tomista inclui que uma decisão que não observe esses princípios também enseja um agir irracional do julgador por contrariar exigências da razão prática.

Mas será que se pode identificar outros princípios formais que guiam o exercício da função jurisdicional? Em especial aqueles concernentes a solução de *hard cases*?²⁶² Considerando que são quatro as causas da lei, e em relação a cada uma delas surge uma espécie diferente de injustiça, quatro também serão os principais deveres da autoridade jurisdicional que serão discutidas nessa seção: (i) de um ponto de vista material, ao analisar o litígio a ser julgado, deve-se limitar ao caso, deixando de lado convicções pessoais e eventuais conhecimentos que possam afetar sua imparcialidade; (ii) formalmente, deve julgar com base no Império da Lei; (iii) a autoridade exercida deve se ater aos limites de seus poderes; (iv) por fim, lembrando que é próprio do direito em uma perspectiva jusnaturalista buscar um julgamento mais justo. Por isso, nos limites estabelecidos, deve-se ter como fim construir a solução mais justa para o caso concreto.

O desvio de qualquer um destes elementos resulta em injustiças e contrariedade à Lei Natural, e seria, respectivamente, um julgamento parcial, sem fundamento legal, ativista ou carecedor de equidade. Para evitar isso, é necessário seguir algumas exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional, que se observadas convergem para a defesa de uma postura de autocontenção jurisdicional em relação à Lei Humana.

Essa perspectiva permite levantar questões que posições positivistas e mesmo pós-positivistas sequer consideram – e com isso acaba por não identificar problemas em situações rechaçadas pela Teoria Neoclássica da Lei Natural. Cada seção deste capítulo tratará de uma exigência e apresentará exemplos de discussões que se desdobram a partir dela.

4.1 ELEMENTOS DO JULGAMENTO

O juiz deve decidir um caso concreto com base na razão da lei. Há um silogismo jurídico no qual se aplica a lei abstrata e geral a uma situação fática específica, sendo a decisão judicial uma conclusão desta subsunção.

²⁶² A discussão desenvolvida pressupõe um contexto de uma sociedade substancialmente justa. Em que as coisas funcionam ou tendem a funcionar, havendo de fato um Estado de Direito. Diferente seria questionar se na Alemanha nazista um juiz poderia decidir de forma contrária a lei para favorecer judeus que seriam injustamente mortos.

Ao afirmar a necessidade de *julgar o caso concreto*, há uma delimitação implícita sobre o que será objeto de pronunciamento da decisão. Ou seja, irá decidir o caso nos limites daquilo que foi proposto pelas partes²⁶³ – não julgando aquém, além ou fora do que foi pedido pelas partes²⁶⁴.

Também é exigência da Razão Prática seguir a Lei Humana, ainda que esta seja imperfeita. Não seguir o dever jurídico positivado contraria a razão da lei. Porém, esse entendimento tem casos especiais: quando a lei é, em algum sentido, objetivamente injusta²⁶⁵ ou quando surgem casos não previstos pelo legislador.²⁶⁶

Santo Tomás²⁶⁷ levanta a questão: deve-se sempre julgar conforme as leis escritas? Ele se posiciona de forma afirmativa. O justo pode decorrer da Lei Natural, ou seja, pela própria natureza; ou por uma convenção estabelecida na forma de normas positivas. A Lei Humana justa deve conter o direito natural, mas, por sua vez, não o institui. Assim, deve-se julgar conforme a lei positiva desde que esta tenha a razão de obrigar. Caso a decisão não seja pautada na Lei, haverá problemas na fundamentação. Outra questão é quando o magistrado se depara com uma lacuna²⁶⁸, situação na qual se deve recorrer à intenção do legislador para flexibilizar uma interpretação, e o faz através de um desenvolvimento da Lei Humana e assim julga conforme a lei escrita.²⁶⁹

Mas há outra hipótese que pode extrapolar os elementos materiais do julgamento. A indagação é: como o magistrado deve se posicionar quando, a partir de seu juízo, considera determinada norma injusta? Veremos que afastar a razão da lei para privilegiar o juízo do julgador traz implicações incompatíveis com a Lei Natural. Diante disso, a presente seção sustenta a seguinte exigência da razão prática: *o juiz deve julgar o caso concreto com base na razão da lei e naquilo que*

²⁶³ Ressalvadas as exceções que são reconhecidas pelos sistemas jurídicos. No Brasil, por exemplo, matérias de ordem pública podem ser julgadas de ofício pelo juiz, como relaxar uma prisão flagrantemente ilegal ou acusar a abusividade de uma cláusula em um contrato de consumo.

²⁶⁴ Defeitos da sentença reconhecidos no Direito Ocidental, chamados respectivamente de *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*.

²⁶⁵ Cf. item 3.5.

²⁶⁶ Cf. item 4.4.2, que discutiu casos *ultra legem*.

²⁶⁷ II-II q. 60 a. 5.

²⁶⁸ Santo Tomás explica assim o surgimento de lacunas: “a sabedoria de nenhum homem é tal que possa pensar em todos os casos particulares. E assim não pode suficientemente exprimir por suas palavras aquelas coisas que convêm ao fim intencionado. E, se pudesse o legislador considerar todos os casos, não seria necessário que os exprimisse todos, para evitar a confusão, mas deveria dirigir a lei segundo aquelas coisas que acontecem o mais das vezes” (I-II, q.96 a.4 ad.3).

²⁶⁹ Cf. Item 4.4.1.

conhece enquanto autoridade pública. Deixando de lado os conhecimentos e crenças que decorrem de sua pessoa privada.

As subseções seguintes discutem a necessidade da observância desse princípio.

4.1.1 Razão e Vontade na Atividade Jurisdicional

A razão compõe a essência da Lei, podendo ser considerada a sua causa formal.²⁷⁰ A Lei Natural tem como causa formal a razão prática, e a Lei Humana terá sua forma deduzida a partir da Lei Natural. A decisão judicial, que é lei entre as partes, por sua vez segue a forma da Lei Humana. Em toda essa discussão sobre a essência da lei, Santo Tomás fez uma contraposição entre razão e vontade, e mais do que afirmar que a lei decorre da razão, ele nega o *imperium* da vontade. *Imperium* é: “um ato da inteligência por meio do qual a pessoa, por assim dizer, coloca o curso de ação pelo qual se decidiu à sua frente.”²⁷¹ Esse mesmo *imperium* representa a intenção do legislador.

Sobre a essência da lei, algumas outras posições merecem ser destacadas, seguindo a classificação do jusnaturalista Javier Hervada.²⁷² Na Antiguidade, esse debate não foi colocado na forma como os escolásticos o fizeram. Mesmo assim, havia a opinião difundida que as leis seriam obra da sabedoria, sendo guiadas pela virtude da prudência. Platão, no diálogo *Minos*, defende a primazia da razão sobre a opinião, uma vez que a lei é uma decisão da cidade. Para Aristóteles, posição depois ratificada pelo Aquinate, a lei procede da razão. Ele atribui o ato de império à razão prática, que é regulada pela virtude da prudência.²⁷³

Na escolástica, houve um debate entre voluntarismo e intelectualismo. Santo Tomás e Suárez sustentaram posições opostas. A questão central era se a razão ou a vontade teria primazia. Trata-se de discutir a natureza do ato de império, que contém uma ordem ou regra de conduta. O Aquinate sustentou que toda ação de um agente inteligente é feita em vista a um fim, e teria império da razão:

²⁷⁰ Cf. item 3.2.

²⁷¹ FINNIS, 2007a, p. 325.

²⁷² HERVADA, 2008, p. 227-236.

²⁷³ Ética VI 1142 b- 1143b.

Ordenar é, certa e essencialmente, ato da razão; pois quem manda dá uma ordem a alguém para fazer alguma coisa, intimando ou enunciando. Por onde, ordenar, a modo de intimação, é próprio da razão. Ora, a razão pode intimar ou enunciar de duplo modo. Absolutamente, e nesse caso a intimação é expressa por um verbo no modo indicativo, como quando alguém diz a outrem: *deves fazer isto*. Ora, o que nas potências da alma move primariamente ao exercício do ato é a vontade, como já se disse. E como o segundo motor não se move senão em virtude do primeiro, resulta que a moção mesma causada pela razão, imperando, provém-lhe do impulso da vontade. Donde se conclui que ordenar é ato da razão, pressuposto, porém, o ato da vontade, por virtude do qual a razão move, pela ordem, ao exercício do ato.²⁷⁴

Há uma distinção entre a decisão que a pessoa toma e o ato de agir (que envolve a atividade física ou psicossomática) que cumpre o que foi decidido. É chamado de *imperium* e é próprio da razão o ato da inteligência de escolher a finalidade e os meios. A vontade move o sujeito ao fim, pois ela é o primeiro motor dos atos humanos. Mas a vontade, por si só, não tem potência cognoscitiva, que é próprio do intelecto. Os fins e os meios para a condução ao fim são ditados pela razão.

Por outro lado, o voluntarismo moderado de Suárez, apesar de diferir essencialmente da posição de Santo Tomás, também se opõe ao voluntarismo presente nas teorias contemporâneas. Nessa posição, há a primazia da vontade, que guia o agir humano. Seria a vontade a potência mais nobre da alma e governaria a razão. A Lei Natural, nesse modelo, seria expressão da vontade divina. Disso se segue que a lei positiva seria a vontade do legislador – desde que atendesse a requisitos, como ter sido criada por uma autoridade competente, seguindo a forma correta.

A posição que mais se consolidou na Filosofia do Direito ocidental foi o voluntarismo extremo, que estabelece a plena subordinação da razão à vontade. Esta é livre, em si mesma é arbitrária e não se vincula a realidades objetivas. Guilherme de Ockham sustenta tal posição. Na modernidade, Hobbes, Pufendorf, Thomasio e Rousseau assumem posições voluntaristas, tendo como ponto alto Hans Kelsen²⁷⁵, vertente que compreende que a essência da lei é própria da

²⁷⁴ I-II q. 1 a.1; I-II q.17. a.1. Santo Tomás também explica de que forma a razão pode ordenar a vontade: I-II q. 17 a. 5: “Ora, é manifesto que a razão pode ordenar o ato da vontade. Pois, assim como pode julgar que é bom querer uma coisa, assim pode ordenar, mandando-nos querer. Por onde é claro que o ato da vontade pode ser ordenado”.

²⁷⁵ O Positivismo jurídico concebe o direito como essencialmente da vontade, e não da razão. Quando Kelsen discute a interpretação jurídica, a concepção voluntarista permite o ativismo judicial. Nas palavras dele “a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em

vontade, seja posta pelo legislador, seja na criação de uma norma individual por um magistrado.

Para o modelo voluntarista de Kelsen, não são possíveis silogismos jurídicos. Ele apresenta e nega a possibilidade do seguinte exemplo: “(1) [norma]: todas as pessoas devem cumprir suas promessas feitas, (2) [fato] Maier prometeu ao Schulze pagar-lhe 1.000, (3) Logo vale a [sentença]: Maier deve cumprir a promessa feita ao Schulze, i. e., pagar 1.000 ao Schulze.” Pois bem, esse raciocínio normalmente demonstra que a norma individual seria a subsunção do fato a uma norma geral. Vertentes racionalistas reconhecem como válidos silogismos jurídicos como esse. Mas, para Kelsen, tal dedução não ocorre. Ele argumenta:

Mas a autoridade que estabelece a norma geral, quer dizer: esta quer que todas as pessoas devem cumprir suas promessas, não pode querer que Maier deva cumprir sua promessa feita ao Schulze de lhe pagar 1.000, porque ela não pode saber antecipadamente que no futuro um homem Maier fará a promessa a um homem Schulze de pagar-lhe 1.000. Não se pode querer aquilo de que nada sabe.²⁷⁶

Para esse representante do positivismo jurídico, não ocorre uma dedução entre a vontade do legislador (ou da lei) para a norma jurídica individual, ou vontade do juiz, porque um ato de vontade não pode conter outro. Com isso, para o voluntarismo, perde-se a ligação entre universalidade da lei e o caso concreto. Mas esse problema só é relevante para quem defende um vínculo entre direito e razão, não para quem conceber que as normas jurídicas, sejam provenientes do legislativo ou do judiciário, decorrem de atos de vontade.

Sobre esse modelo que atribui o império à vontade, Hervada entende que há um perigo do livre-arbítrio se degenerar em arbitrariedade – porque o ato arbitrário é ainda voluntário. Isso surge já que a vontade é indeterminada em relação aos bens humanos, o que confere uma liberdade. Uma norma proveniente da vontade manteria seu *status*, embora arbitrária. O mesmo não ocorre com a razão, já que um ato ou uma norma que se desviasse seriam tidos por irracionais.²⁷⁷

A importância dessa discussão está no fato de que há consequências para pensarmos as normas jurídicas – e também para as decisões judiciais. Hervada

que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.” (KELSEN, 2006, p. 393).

²⁷⁶ KELSEN, 1986, p. 300.

²⁷⁷ HERVADA, 2008, p. 228.

entende que partir da razão é um pressuposto indispensável para que haja objetividade. Do contrário, há margem para arbitrariedade.²⁷⁸

[se] a norma é um ato essencialmente racional e, portanto, dependente de alguns pressupostos objetivos, ou é um ato em sua origem arbitrário, não sujeito essencialmente a uma racionalidade objetiva? [...] Portanto, se a norma jurídica procede originalmente da razão, terá a marca de racionalidade, que quer dizer adequação à realidade objetiva da pessoa humana e da vida social. Uma norma irracional não será produto originário da razão, mas efeito de uma razão encadeada a e à disposição de um arbítrio desordenado; por isso terá um vício essencial: não será uma verdadeira norma jurídica, e sim uma arbitrariedade.²⁷⁹

A vertente voluntarista abre mão de critérios racionais para fundamentar as decisões jurídicas em prol de entender a formação dos discursos jurídicos como atos de vontade, que para serem válidos bastam decorrer de uma autoridade competente – independente do conteúdo da decisão, não importando se ela é conforme ou contra a lei escrita.²⁸⁰ Ao contrário, o racionalismo pensa a lei positiva vinculada a uma Lei Natural (que serve de fonte de derivação racional).

²⁷⁸ Lenio Luiz Streck considera a fundamentação adequada como um direito do cidadão (STRECK, 2016, p. 723). As partes de um processo possuem a expectativa legítima, e o direito, de que as decisões sejam feitas com base em um direito pré-existente, não *ex post facto*. Somente assim se pode falar em segurança jurídica. A forma de operacionalizar isso é através de uma fundamentação da decisão no direito posto. O art. 93, IX, da Constituição brasileira que prescreve que todas as decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, porém não especifica a forma de fundamentação. O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário 575.144, posicionou-se de forma contrária ao voluntarismo: “Com efeito, constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, o de conhecer a motivação das decisões judiciais, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos monarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: *le roi le veut*.” Lewandowski defende que a fundamentação não pode ser feita a partir da vontade dos magistrados, mas sim a partir de fundamentação jurídica. Streck, no mesmo contexto, aponta inconsistências comuns nas decisões: “Ou seja, quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência” ou julga “conforme o justo” ou “primeiro decide e depois vai encontrar um fundamento” ou ainda “julga conforme os clamores da sociedade”, é porque está repetindo algo enraizado no imaginário jurídico. [...] por vezes se apela à clareza da lei (até utilizando a velha metodologia de Savigny, que, é importante ressaltar, não tinha muita consideração pelo legislador ou pela lei), em outras, no mesmo dia, diz-se que a lei é apenas a ponta do *iceberg*, “essa lei é injusta”, “os fatos sociais foram adiante da lei”, “o contexto social fala mais alto” ou, ainda, simplesmente, lança-se mão de pseudoprincípios para justificar a primazia da escolha do juiz sobre uma regra jurídica votada pelo Parlamento” (STRECK, 2016, p. 727).

²⁷⁹ HERVADA, 2008, p. 227-8.

²⁸⁰ Para Kelsen: “Com efeito, a decisão do tribunal de primeira instância – e a norma individual criada por esta decisão, portanto – não é, segundo o Direito vigente, nula, mesmo que seja considerada como *antijurídica* pelo tribunal competente para decidir a questão. Apenas é anulável, quer dizer: somente pode ser anulada através de um processo fixado pela ordem jurídica. Só quando a ordem jurídica prevê um tal processo é que a decisão pode ser atacada pelas partes processuais no caso de porem em questão a *juridicidade* (legalidade) da decisão. Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a “juridicidade” (legalidade) desta decisão já não mais pode ser posta em questão.” (KELSEN, 2006, p. 297).

Desdobramentos desse debate aparecem no pós-positivismo, quando a Constituição passa a ser tratada como documento político. Há direitos fundamentais que são trunfos e que podem ser opostos ao poder público. Esses direitos, incorporados na forma de princípios – como dignidade humana, liberdade ou igualdade –, são vistos como *vazios*, porque podem receber qualquer conteúdo que a vontade de alguém indicar. Assim, eles acabam sendo usados de forma *instrumental*, pois grupos sociais diferentes, em nome dos Direitos Humanos, querem ter seus interesses legitimados. Das duas características anteriores, decorre uma concepção *inflacionária* de direitos fundamentais, pois todas as pretensões existentes na sociedade querem fundamentar seus pedidos em princípios abstratos.²⁸¹

Vertentes pós-positivistas entendem que o mais importante é proteger os direitos do que fundamentá-los.²⁸² Por isso defendem que direitos são rotulados como *pré-políticos*, ou Direitos Humanos, e não raro nomeados como direitos naturais, devem ser concretizados independentemente do reconhecimento deles pelo direito de uma comunidade. Passa a inexistir critério para determinar o que é conforme o direito, e diferenciar o direito e o não-direito, porque a razão da lei é afastada do processo jurisdicional. A sociedade acaba confiando ao juiz que decida, não a partir da lei, mas sim de sua compreensão subjetiva de direitos não escritos. – através da vontade e da consciência privada que não fazem parte da essência da lei. Com a perda da objetividade, em nome de aplicação dos direitos proliferam decisões contraditórias. Trata-se de uma anarquia jurisprudencial.

Retomando a posição tomista, sabendo que a razão deve imperar sobre a vontade em toda ação humana,²⁸³ e que por consequência a lei deve ser da razão e não da vontade²⁸⁴, conforme já estabelecido, a decisão judicial também deve seguir a razão – no caso, a razão da lei e não a vontade do julgador. Sobre isso Finnis diz:

Para Barzotto, há um contrassenso nesse entendimento. Uma sentença ilegal pode ser considerada válida se não estiver mais sujeita a recurso. De certa forma, a ordem jurídica estrutura a validade da ilegalidade (2017, p. 18).

²⁸¹ BARZOTTO, 2017, p. 21-31.

²⁸² Tais problemas poderiam ser resolvidos se existisse uma teoria sobre a fundamentação dos direitos humanos. Decorrem de uma fundamentação tautológica: os direitos humanos são aqueles que pertencem ao ser humano, e o ser humano é aquele que possui direitos humanos.

²⁸³ I-II q.17 a.1.

²⁸⁴ I-II q. 90 a1.

O *imperium* expresso, a promulgada *intenção do legislador*, representa para o súdito um padrão determinado inteligível de ação que, tendo sido escolhido pelo legislador para ser obrigatório, pode realmente ser obrigatório aos olhos de um súdito razoável, porque o *imperium* do governante pode (em favor do bem comum) ser tratado razoavelmente pelo súdito como se fosse seu próprio *imperium*. Pois que, da mesma forma que o *imperium* de um indivíduo, sua resolução expressa de agir motiva seu empenho ao ser transparente ao valor de seus objetivos e à adequação dos meios escolhidos para alcançá-los, aos olhos do súdito, o *imperium* do governante é imperativo precisamente por ser transparente ao bem comum, às necessidades do qual a estipulação do governante é tratada pelo súdito (que reconhece a necessidade de resoluções de problemas sociais que tenham autoridade) como uma resposta relevante.²⁸⁵

Da mesma forma que o súdito segue o império da autoridade competente,²⁸⁶ deve o juiz seguir o *imperium* da lei. Do contrário, o arbítrio nos julgamentos será inevitável.

Esta discussão repercute no debate sobre os *hard cases*. As posições contemporâneas acabam por conferir maior peso à vontade do julgador, que pode, através de critérios subjetivos, invalidar atos normativos que lhe pareçam inadequados. Por outro lado, a posição racionalista impõe um dever de autocontenção por parte da autoridade jurisdicional. Conforme será analisado nos próximos tópicos desta subseção, a função do magistrado deve ser exercida pela autoridade pública, deixando a pessoa privada do magistrado fora das decisões jurisdicionais.

4.1.2 Consciência e Conhecimento Privados e a Autoridade Pública

O respeito à exigência da razão prática enunciada nesta seção implica que um juiz não pode usar sua consciência e seus conhecimentos sobre o fato para definir o que é justo. Ele deve conhecer o litígio através do processo.

O Aquinate promove uma diferença entre foro privado de consciência da pessoa que exerce o cargo de juiz e a autoridade pública do julgador. Crenças e conhecimentos privados não podem afetar o exercício da função jurisdicional. São duas esferas diferentes que servem para diferenciar e o cidadão privado que exerce o ofício de magistrado e a autoridade pública do juiz (que, no exercício de sua função, deve cumprir seus deveres impostos pelo Direito). Um juiz no exercício de sua autoridade deve aplicar a legislação, mesmo que tenha discordância em relação

²⁸⁵ FINNIS, 2007a, p. 327-8.

²⁸⁶ II-II q. 50 a.2 ad.3.

a ela – isso no que diz respeito à determinação que ela faz da Lei Natural, não quando se tratar de uma conclusão equivocada na sua derivação dos bens humanos. O Poder Legislativo é o mais aparelhado para debater a melhor forma de dedução e determinação de prescrições oriundas da Lei Natural. Quando os magistrados usurpam tal competência, recorrendo, a partir de seus juízos, a ideias de justiça natural dispensando normas escritas, os resultados são historicamente negativos. Apenas enquanto cidadão, por exemplo, enquanto um pesquisador de ciências jurídicas, poderá expor suas razões subjetivas para o debate público propondo a alteração legislativa desejada.

A partir dessa diferença, são debatidos eventuais conflitos que podem surgir durante julgamentos. Primeiro deles, baseado na passagem bíblica de 1Tm 5,24²⁸⁷, que traz uma situação em que um crime é manifesto para todos. Nesse caso, há uma evidência que atinge toda uma população,²⁸⁸ diferente de quando a evidência seria apenas para o juiz. E isso permite instruir o processo também com aquele conhecimento notório.

Outra situação é quando o juiz sabe de algo que não é manifesto e nem é trazido ao processo. Por exemplo, quando a pessoa privada do juiz tem um conhecimento acerca da verdade de determinado fato, sendo que em um processo, suponhamos que por testemunhas, uma narrativa diversa foi construída. Nesse caso, deve-se julgar contra a consciência? Em outras palavras, pode-se julgar contra a verdade conhecida?²⁸⁹

A resposta de Santo Tomás é que se deve julgar com base naquilo que é apresentado no processo e conforme a lei, não a partir de seu próprio arbítrio ou foro privado. A autoridade pública deve agir sem considerar o que sabe ou acredita enquanto pessoa privada. Ou seja, deve-se julgar conforme as provas produzidas e contra a consciência – afinal, a informação privada não compõe a causa material da sentença.²⁹⁰

Ainda nesse contexto, o Aquinate²⁹¹ apresenta um exemplo mais complexo em que o juiz enquanto pessoa privada sabe da inocência de uma pessoa, mas que,

²⁸⁷“Os pecados de alguns homens são manifestos, precedendo o juízo; e em alguns manifestam-se depois” (1 Timóteo 5:24).

²⁸⁸ II-II q.57 a.2 ad.3.

²⁸⁹ II-II q.57 a.2 ad.4.

²⁹⁰ II-II q.57 a2. Santo Tomás ainda esclarece a partir da diferença de público e privado o porquê disso não ser pecado.

²⁹¹ II-II q. 64 a.6 ad.3.

devido a falsos testemunhos, é obrigado a emitir uma sentença condenatória de pena capital. Deve o juiz matar um inocente condenado pela narrativa produzida em um processo, digamos que por falsos testemunhos, e contra a verdade privada que conhece? A resposta na Suma Teológica é que deve o juiz realizar um esforço para livrar o inocente. Não sendo possível, deve remeter a causa a um juízo superior²⁹², mas se não for possível, não haverá pecado em julgar procedentes as alegações. Em suas palavras, “nesse caso, não é ele [o juiz] que mata o inocente, mas os que afirmaram sua culpabilidade.”²⁹³

A mesma diferença entre *persona* pública e privada será usada para resolver outro tipo de conflito, que surge quando o juiz, a partir de suas convicções, considera determinado conteúdo de uma lei positiva como injusto. A questão que surge é se um juiz, a partir de suas convicções subjetivas de justiça, pode invalidar um ato legislativo?

Para discutir essa questão Robert George cita o caso *Griswold v. Connecticut*, 1965, julgado pela Suprema Corte americana. Na ocasião, foi invocado um argumento jusnaturalista de forma equivocada. O raciocínio sustentado alegava que existem direitos naturais que não são escritos e que podem ser utilizados como base para fundamentar uma decisão judicial. No caso, a Corte invocou “right to marital privacy”, *direito à privacidade conjugal*, que não possuía previsão legal, para revogar uma lei desfavorável a contraceptivos. Por outro lado, a norma afastada era substancialmente justa, protegendo um bem humano básico preceituado pela Lei Natural através de uma derivação possível. Além dos direitos não escritos, nos fundamentos da sentença do caso *Griswold*, é discutida a impossibilidade de um juiz decidir de forma contrária a uma justiça natural ou de direitos naturais – independentemente de seu reconhecimento positivo.

Com uma fundamentação análoga, no Brasil existe uma decisão de um Ministro do Supremo Tribunal Federal que invoca uma noção de justiça, não positivada, para chegar a decisões corretas. No Recurso Extraordinário 140.265, que versava sobre uma questão de concurso público, o Ministro decidiu: “ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para,

²⁹² No Direito moderno poderia tornar o juiz uma testemunha do processo e ser afastado da função de julgar.

²⁹³ II-II q. 64 a.6 ad3.

encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”. Além do processo específico em que esse entendimento foi utilizado pela primeira vez, essa citação é frequentemente repetida em outros julgados como um axioma de justiça genérico utilizado para ir além da Lei Positiva, ou, por vezes, de forma contrária a ela.

Olhar além da Lei Humana, procurando um justo natural, direitos não escritos, ou a solução humanística, é uma postura presente em diversas Cortes Constitucionais. Essa forma de fundamentar decisões mitiga a segurança jurídica e torna o processo de fundamentação não racional. Com essa estratégia, o magistrado, seguindo seu juízo privado, define primeiro a solução justa ou condizente com o espírito da Constituição, à revelia da solução legal, e depois busca a formalização da decisão em decisões que carecem de fundamentação adequada. O justo da vontade do magistrado nem sempre, ou raramente, coincide com o critério de justiça presente na Lei Humana. A intenção pode até ser louvável, mas o método deve ser rechaçado.

Jusnaturalistas acreditam e defendem que há uma justiça mais elevada que a incorporada na legislação positiva. Há um patamar mais elevado que é cognoscível pela razão. A crença na Lei Natural é disseminada. Em diversos documentos constitucionais aparecem referências à Lei Natural, Direitos Naturais, Direitos Inatos ou Direitos Humanos que independem de reconhecimento positivo. Adicionalmente, a Lei Humana é imperfeita por definição, e sempre está sujeita a aperfeiçoamentos. Por isso, magistrados criticam a legislação posta e cogitam qual interpretação do texto (que por vezes o subverte) é mais adequada para elevar o Direito Positivo. Porém, do reconhecimento de que a Lei Humana é limitada em termos de alcançar um patamar do justo natural mais elevado, não se segue a possibilidade de invocar a Lei Natural para proteger direitos não escritos ou implícitos, inclusive, por vezes, contrariando a própria Lei Humana. George indica uma distinção: a existência de direitos naturais é uma questão independente da reflexão sobre a autoridade para promover e proteger a Lei Natural.²⁹⁴

Do já exposto sobre a criação da Lei,²⁹⁵ e também conforme será tratado sobre a separação dos poderes,²⁹⁶ a autoridade legislativa é a principal responsável pela incorporação dos preceitos da Lei Natural na legislação positiva. Ela que se

²⁹⁴ GEORGE, 2001, p. 2280.

²⁹⁵ Cf. item 3.2.1.

²⁹⁶ Cf. item 4.3.1.

encarrega do futuro e tem uma estrutura mais adequada para essa discussão. Mas claro, em casos de abuso de autoridade ou desvios, é possível um controle de atos legislativos pelo Judiciário. Por outro lado, há boas razões para que a Lei Humana, que se presume criada tanto quanto possível em harmonia com a Lei Natural, seja observada – especialmente pela autoridade responsável por aplicá-la. Portanto, um juiz não tem autorização para revogar uma Lei Humana a partir de sua compreensão do direito natural, com fundamento em sua concepção humanística, ou em uma ideologia – o que é diferente de negar a existência de uma Lei Natural.²⁹⁷

Para aprofundar a questão sobre como um juiz adepto do direito natural deve julgar, George²⁹⁸ discute a nomeação de Clarence Thomas, em 1991, para ministro da Suprema Corte americana, que expressava uma crença em um Direito Natural. A preocupação política era que o magistrado não atuasse de forma autocontida, por buscar princípios na Lei Natural para além da Constituição para resolver casos. De fato, julgar a partir de uma orientação política ou convicção privada é uma postura que deve ser rechaçada. Mas no que diz respeito à orientação jusnaturalista, tal preocupação é infundada e provém de uma má compreensão.

Um juiz que afirma a crença jusnaturalista não deve causar alarme. Os partidários da Lei Natural, nas palavras de George: “sustentam que existem verdadeiros padrões ou princípios de moralidade que os seres humanos são obrigados a respeitar e que entre estes há normas de justiça e direitos humanos que não podem ser sacrificados em prol da utilidade social.”²⁹⁹ Quem concorda que escravidão, discriminação, são inerentemente injustas, em certo sentido advogam algum direito natural. Personalidades históricas, como Abraham Lincoln e Martin Luther King Jr., invocavam uma justiça natural ou uma lei mais elevada para condenar elementos substancialmente injustos. Essas crenças não deviam alarmar ninguém, independente da orientação política. Não é raro, entre liberais e conservadores, compartilharem a crença de que existem princípios naturais que não são meramente convencionais, que guiam a justiça e os direitos. O desacordo está no conteúdo exato desses princípios e implicações.

Um magistrado, que sustentando a bandeira jusnaturalista, começasse a revogar leis com base em sua convicção, estaria na verdade julgando de forma

²⁹⁷ GEORGE, 2001, p. 2274.

²⁹⁸ GEORGE, 1991.

²⁹⁹ GEORGE, 1991.

contrária à Lei Natural. Estaria agindo de forma oposta às exigências da razão prática. Por isso, George defende um dever de autocontenção judicial por parte dos juízes – especialmente os jusnaturalistas. Em suas palavras: “a existência de princípios de justiça natural não implica a proposição de que os juízes estão autorizados a substituir seu próprio entendimento desses princípios pelo entendimento estabelecido na Constituição.”³⁰⁰ A finalidade da autoridade do juiz não é dada pela Lei Natural, mas sim pela alocação constitucional do Poder Judiciário e de outros poderes. Não há antinomia entre a crença jusnaturalista e a fidelidade à Constituição como Lei Maior e com o comprometimento de autocontenção judicial. É exigência da razão prática, e com isso da Lei Natural, que os magistrados reconheçam os limites de sua própria autoridade.

Mas nisso podem surgir dilemas de consciência. Por exemplo, alguém que acredita na Lei Natural não tem o dever de se opor ao aborto e encontrar fundamento constitucional para isso? Leis que permitem o aborto não são inconstitucionais, ou mesmo imorais, a partir do Direito Natural? George diz, retomando a questão da nomeação de Clarence Thomas para a Suprema Corte, qualquer que seja a visão do Ministro “sobre os certos e os errados do aborto, seu compromisso com a Lei Natural e os direitos naturais não exige nem permite que ele trate a Constituição como um veículo para impor suas próprias ideias sobre moralidade e políticas públicas.”³⁰¹

Ainda neste ponto, podem existir conflitos de consciência e legislação positiva análogos às objeções de consciência.³⁰² Tomando o direito brasileiro como referência, existem algumas hipóteses em que a prática do aborto é reconhecida por lei, mas que precisa de autorização judicial. Por outro lado, um magistrado adepto da Lei Natural tomista considera a prática do aborto como injusta, por violar um bem humano básico que é a vida do nascituro. Caso recebesse um pedido para autorizar um aborto, como o magistrado deveria julgar? Em princípio, seguindo George³⁰³, podemos defender que um embrião já é um ser vivo e por isso a permissão do aborto seria uma lei substancialmente injusta – e não geraria obrigação. Se, por

³⁰⁰ GEORGE, 1991.

³⁰¹ GEORGE, 1991.

³⁰² Objeção de consciência é uma razão utilizada para se eximir de obrigação decorrente de ordem pública, como prestar serviço militar, em virtude de convicção religiosa, moral ou política. Nesses casos, por motivos de foro privado, são proporcionadas obrigações alternativas ao objetor de consciência.

³⁰³ GEORGE, 2016, p. 198-215.

outro lado, admitirmos que conforme as circunstâncias sócio-históricas de determinada sociedade uma lei que confira a prerrogativa ao juiz de autorizar o aborto em algumas hipóteses seja justa, o juiz deve deixar sua convicção pessoal de lado e seguir a razão da lei.³⁰⁴ Nesse caso, portanto, deveria deferir o pedido. Para o magistrado jusnaturalista, a Lei Humana que autoriza o aborto é imperfeita – como já dito, toda Lei Humana é imperfeita por definição. Em alguns contextos pode ser injusta, mas pressupondo uma sociedade substancialmente justa podem leis imperfeitas ter força de obrigar.

Nessa situação, devemos lembrar a diferença entre a pessoa privada do juiz e a autoridade pública que ele exerce. O pesquisador sobre Direito Natural, ou religioso, pode sustentar ao grande público as razões pelas quais defende que o aborto é um ato imoral e deve ser ilícito. Por outro lado, quando veste a toga, deve exercer a autoridade a ele investida pelo Direito, e seu pensamento privado deve ceder à razão da lei. Em outras palavras, seguir a lei que ele considera injusta é a forma correta de decidir. Ao mesmo tempo em que ele pratica um ato que para sua consciência é incorreto, há outros bens que a decisão dele atende. Sendo o ato incorreto um efeito colateral de cumprir exigências da razão prática.

Caso esse magistrado, que tem um elevado conhecimento da Lei Natural, decida julgar contra a Lei Humana estabelecida pela autoridade competente, ele traria mais mal do que bem. E, em último caso, para preservar a consciência do magistrado que conflita com a razão da lei, o que pode ser feito é ele ser afastado do caso por motivo de foro íntimo.³⁰⁵ Se o juiz julga conforme a sua própria consciência mudando a lei, é oportuno mencionar que para Santo Tomás a mudança da Lei trás um prejuízo inerente.³⁰⁶

Da mesma forma que foi debatido se um magistrado jusnaturalista invalidaria atos normativos com base em suas convicções, o mesmo debate surge em relação

³⁰⁴ Países legislam de forma diferente sobre o tema. Atualmente, o Canadá se destaca por não possuir nenhuma restrição contra o aborto (ou seja, pode ser praticado a qualquer tempo da gestação e por qualquer motivo). Porém, existem movimentos sociais e projetos legislativos para que sejam criadas restrições, pleiteando especialmente que seja vedado o aborto em virtude do sexo da criança e que só possa ser autorizado no primeiro trimestre da gestação. Caso uma lei que proíba o aborto após o terceiro mês seja aprovada no Canadá, seria um avanço na tutela do bem da vida, ainda que leis mais perfeitas sejam possíveis.

³⁰⁵ O art. 145, §1º do Código de Processo Civil brasileiro autoriza que o magistrado se declare suspeito para julgar determinada questão. Assim, por exemplo, magistrado que considerada o aborto como imoral e não quer autorizar a prática do ato, poderia ser afastado da causa. Assim ele, enquanto pessoa privada, não descumpriria nenhum preceito da Lei Natural.

³⁰⁶ I-II q.97 a.2.

a convicções políticas, ideológicas e religiosas do magistrado. Uma coisa é afastar a aplicação de determinada Lei Humana por conta de sua não derivação da Lei Natural – tendo sua justiça comprometida. Outra coisa é a invalidação de uma norma positiva por conta de uma ideologia política a qual o magistrado é adepto. Apesar de, em uma aproximação inicial, parecerem equivalentes, em verdade, no exame de justiça de uma lei positiva em relação à Lei Natural, existem critérios objetivos. Mas, ao autorizar um julgamento com base em uma convicção ideológica, são abertas vias para um relativismo ao qual a função jurisdicional não pode ficar sujeita, uma vez que deve realizar a segurança jurídica como meio para o bem comum. Ainda mais ao se tratar de uma Suprema Corte, que não pode ficar à mercê da conjunção dos ventos morais ou políticos de seus ministros.

4.1.3 Autodeterminação do Povo e a Vontade dos Juízes

Uma consequência negativa adicional que decorre do descumprimento do princípio sustentado nesta seção é que os magistrados podem minar a autodeterminação de um povo, especialmente quando agem com a intenção de proteger minorias.

Há partidários do ativismo judicial que defendem que o Poder Judiciário possui o papel de representar o interesse de minorias.³⁰⁷ A ausência de representação suficiente no Congresso não deveria resultar em exclusões de direitos de um grupo. O processo democrático tem vícios, e para remediá-los surge o argumento de que o Judiciário poderia atender demandas sociais. Para efetivar isso, contra a expressão de autodeterminação do povo que prevaleceu no Parlamento, juízes não eleitos, digamos que por 6 votos a 5, fazem prevalecer sua vontade. Isso através de um ato de usurpação de poder fundado em sua visão superior de justiça não reconhecida pela lei positiva. Ou seja, para remediar a imposição da vontade da maioria sobre a minoria, que é um dos males da democracia, juízes impõem a sua vontade sobre a nação.

Adicionalmente, ressoando esse argumento de representação de minorias e de desempenho de uma função contramajoritária, para alguns é invocada outra função (igualmente sem previsão normativa) para as cortes constitucionais.

³⁰⁷ Aprofundaremos essa discussão no item 4.4.4.

Conforme Luís Roberto Barroso, Ministro da Suprema Corte brasileira, há um papel de atuar como “vanguarda iluminista”. Em suas palavras:

[As Cortes Constitucionais] devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.³⁰⁸

Um Tribunal Constitucional, composto por poucos ministros, sem autorização constitucional, atribui-se a função de escolher e promover valores para que a sociedade avance.³⁰⁹ Mesmo assim, Barroso cita exemplos que falam por si, mas um exame mais detido revela que esses casos dizem mais do que o que o Ministro escolheu escutar deles.

Inicialmente, os casos estrangeiros são incomensuráveis em relação ao caso brasileiro mencionado. De todo modo, o ativismo que toma como base a formação da decisão e a consciência do julgador é um fenômeno internacional e a maioria dos argumentos, inclusive os desenvolvidos nesta pesquisa, estão acima das fronteiras. Dito isso, o avanço civilizatório das decisões estrangeiras foram decorrências da obediência do Estado de Direito e foi conforme as exigências da razão prática. Já o caso brasileiro mencionado foi puro ativismo judicial. As decisões merecem mais detalhes.

Antes de falar de *Brown v. Board of Education*, 1954, deve-se falar de *Plessy v. Ferguson*, 1896. Decisão neste caso que foi revista naquele. A decisão deste caso, guiado com a intenção de promover valores racionais, e com isso desencadear avanços civilizatórios, autorizou os Estados a criarem uma segregação racial em locais públicos. A previsão da 14ª emenda da Constituição americana de que todos os cidadãos são iguais perante a lei deu lugar à doutrina que ficou consagrada como “*separate but equal*”, separados, mas iguais. Por 7 votos a 1, a

³⁰⁸ BARROSO, 2015, p. 8.

³⁰⁹ Toda a seção sobre consciência do julgador oferece uma posição contrária à pretensão de que um Tribunal seja uma *vanguarda iluminista*.

segregação racial em lugares públicos foi considerada questão política, e de forma alguma, contrariava a igualdade. O voto divergente defendeu a inexistência de sistemas de castas na Constituição americana. A lei não via, e não deveria ver, a cor dos cidadãos. A Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, 1954, em uma palavra, corrigiu seu erro. A decisão paradigma da vanguarda iluminista é uma necessária retratação, da mesma Corte, para que finalmente seu entendimento respeitasse disposição expressa na Constituição.

A pena de morte na África do Sul foi proibida através da decisão do caso *State v Makwanyane*, de 1995, em uma decisão que fez uma simples observância imparcial do texto constitucional. A discussão judicial central residia na dúvida sobre a recepção ou não, de uma legislação penal de 1977, que continha a previsão de pena de morte para crime de homicídio, pela nova ordem jurídica pós-apartheid. O argumento principal usado pelo Estado é que a pena capital contrariava o direito à vida, sendo um tratamento cruel, desumano e degradante – em desconformidade com as seções 9, 10 e 11 da Constituição Provisória de 1994. A tese oposta, apoiada pela opinião pública majoritária, demandava uma postura ativista por parte da corte, entendia que a pena de morte era um mal necessário para crimes graves. Essa opinião era intensificada pelo contexto do julgamento. A África do Sul estava sendo guiada por uma Constituição outorgada e vivia um período de elevada criminalidade. Esse julgamento permitiu um debate jurídico e político que abriu vias para críticas acerca da legitimidade da Suprema Corte africana, que por outro lado se consagrou por proteger direitos de minorias, não se deixando levar pela opinião popular dominante. Mas mais do que isso, ela praticou autocontenção em relação ao texto constitucional vigente.³¹⁰

Sem entrar no mérito da correção da decisão brasileira sobre a união estável para casais homoafetivos, ela é substancialmente e formalmente diferente dos julgados estrangeiros – que, pelo exposto, não foram ativistas. Substancialmente porque na decisão brasileira houve *mutação constitucional*, que atribuiu nova semântica ao conceito de “família” – enquanto que nas decisões estrangeiras, não ocorreu esse fenômeno. Formalmente, porque nos dois primeiros casos houve subsunção do texto constitucional em relação ao caso concreto. O que não ocorreu no caso brasileiro, em que houve inovação jurídica à revelia do legislativo.

³¹⁰DIALA, 2007, p. 21-23.

Assim, quando um juiz decide de forma ativista, reescrevendo uma lei ou invalidando determinado ato legislativo, acontece um ato que fere a soberania popular porque o magistrado vai contra o que o povo instituiu como justo. George, no artigo “O que acontece quando os juízes decretam, em vez de deliberarem”³¹¹, critica juízes que desrespeitam a vontade popular, simplesmente sentenciando de forma contrária a um entendimento firmado sobre determinada questão. Ao fazer isso, acabam por criticar quem pensa de forma diferente, através de decisões que chegam a ser ofensivas à vontade popular.³¹²

Um julgado paradigmático sobre isso é *Lochner v. New York*, 1905. Esse caso também é importante para afastar do debate americano uma ideia equivocada de que a defesa da autocontenção judicial é uma tese politicamente conservadora. Após essa decisão, ficou evidente que a postura ativista não tem agenda política, seja democrata ou republicana, liberal ou social. O litígio era sobre direito dos trabalhadores. Uma lei de New York limitava a jornada de trabalho semanal à 60h, com o intuito de proteger os trabalhadores de jornadas mais severas. Mas a Suprema Corte entendeu, por 5 votos a 4, que a lei era inconstitucional por violar a liberdade de contratar – direito implícito na 14ª emenda, que previa o *due process of law*, devido processo legal.

Para proteger a minoria (empregadores) contra a tirania da maioria (que prevaleceu no Legislativo), deveria-se proibir o governo de entrar na esfera jurídica, ficando fora dos negócios entre pessoas adultas e capazes, empregadores e empregados. A tese vencida de New York sustentava que tal legislação decorria de seu poder de polícia, e cumpria o dever de todo Estado prezar por sua saúde pública, segurança e moral. O ministro Oliver Wendell Holmes, voto vencido, acusou a tese vencedora de inventar um direito constitucional implícito de liberdade contratual para atribuir roupagem de racionalidade à usurpação de poder operada. Juízes foram acusados de julgar com base em sua consciência, sua moral privada, suas visões de economia, e a outorgar contra a vontade dos representantes eleitos do povo de New York. Sobre o caso *Lochner*, George disse:

A verdade, é claro, é que a Corte estava substituindo sua própria filosofia econômica do *laissez-faire* pelo julgamento contrário do povo de New York expresso por meio de seus representantes eleitos na legislatura estadual.

³¹¹GEORGE, 2010.

³¹²GEORGE, 2010.

Sobre a controversa questão moral do que constitui a liberdade real e o que equivalia à exploração, juízes não eleitos e irresponsáveis democraticamente que, pretendendo agir em nome da Constituição, simplesmente tomaram o poder de decisão. Com o pretexto de impedir a maioria de impor sua moral sobre a minoria, o Tribunal impôs sua própria moralidade ao povo de New York e à nação.³¹³

A corte fez prevalecer sua ideologia em detrimento da visão daqueles representantes eleitos pelo povo. O termo *Lochnerizing* foi criado a partir deste caso, para indicar regras criadas por via judicial, sendo um termo pejorativo e que indica que o juiz lê a Constituição de forma partidária.³¹⁴ E seguindo o precedente estabelecido, por 32 anos, cortes federais declararam como inconstitucionais centenas de leis, época em que também aconteceu a Grande Depressão nos EUA. E, durante o mandato presidencial de Roosevelt, o Executivo buscou aumentar o número de ministros na Suprema Corte para poder ter maioria no Tribunal e assim conseguir passar seus programas sociais. O próprio Presidente, e outros críticos, se opuseram às decisões da Corte envolvendo regulação de questões próprias da Administração Pública, como economia e política de bem-estar social. Sobre esse contexto, George disse: “Os juízes estavam, sem nenhum mandato constitucional, substituindo suas opiniões pessoais políticas e econômicas pelos julgamentos contrários dos representantes do povo eleitos.”³¹⁵

Outras decisões foram *Lochnerizing*. Quando elas são colocadas em pauta, não se discute a correção do conteúdo delas e sim o fato de seu conteúdo normativo ter sido proveniente de uma decisão judicial e não do Congresso. *Griswold v. Connecticut*, 1965, já mencionado; *Eisenstadt v. Baird*, 1972, cujo resultado contrariou o julgado anterior e a Corte reconheceu haver um direito constitucional de usar contraceptivos para pessoas não casadas; *Roe v. Wade*, 1973, por 7-2, se fundamentando nos dois precedentes acima, o aborto foi legalizado; *Lawrence v. Texas*, 2003, que permitiu casamento homoafetivo.³¹⁶

Sobre esses casos George diz: “os críticos reclamaram de que os juízes estavam, sem mandato constitucional, substituindo seus próprios pontos de vista sobre questões de política pelos julgamentos dos representantes legitimamente

³¹³GEORGE, 2005, p. 4.

³¹⁴GEORGE, 2005, p. 5.

³¹⁵GEORGE, 2001, p. 2272.

³¹⁶GEORGE, 2005, p. 7.

eleitos do povo.”³¹⁷ São abusos do poder judicial, uma vez que uma maioria de um Tribunal atua como um superlegislador, obviamente de forma inconstitucional.

Diante desse tipo de caso, surgem duas vítimas do ativismo judicial: as partes do processo e o sistema da democracia deliberativa. A cada caso, o autogoverno, as leis e as práticas profundamente enraizadas em uma tradição são afetadas por extrapolações do poder por parte do Judiciário.³¹⁸ Através de interpretações judiciais, mesmo quando controvertidas, o poder judiciário revoga o que o povo e seus representantes eleitos decidiram por meio de disputas e procedimentos democráticos. A vontade do julgador, ao substituir o debate político, sabota a democracia e torna o ativismo judicial um dos problemas mais graves do Direito Ocidental. Afinal, tanto faz a atuação do parlamento se no final das contas o debate de questões jurídicas e políticas estará sujeito à vontade da maioria de uma minoria que compõe uma Corte. Quando isso acontece, os juízes deixam de lado suas atribuições constitucionais e assumem o manto da “vanguarda iluminista”.

Uma postura semelhante é assumida quando Ministros buscam promover “avanços civilizatórios”, a partir de valores que eles consideram os mais adequados. Isso sempre é feito com a intenção de promover um bem comum, mas não há critério que garanta que eles não estejam cometendo um erro histórico, como aconteceu em *Plessy v. Ferguson* ou *Lochner v. New York* – equívocos que só se mostraram como tal com o transcurso do tempo. Por isso, o magistrado deve atuar de forma imparcial e desempenhar seu papel de guardião da Constituição, não como um agente histórico que profetiza o melhor destino para a humanidade e direciona a sociedade. A autodeterminação da nação e do indivíduo é subvertida por uma heterodeterminação do arbítrio dos juízes. É contraproducente ficar sujeita a uma oligarquia despótica de toga.

4.2 A ATUAÇÃO DOS JUÍZES E O *RULE OF LAW*

Discutimos anteriormente características decorrentes do Estado de Direito que vinculam a função legislativa.³¹⁹ Também falamos na seção anterior sobre a necessidade de afastar o *imperium* da vontade, e agora vamos aprofundar a

³¹⁷GEORGE, 2000, p.4.

³¹⁸GEORGE, 2005, p. 10.

³¹⁹Cf. item 3.2.3.

importância da prevalência da razão da lei. O *Rule of Law* é caracterizado pelo Império da Lei e esta seção se ocupa de discutir a necessidade desse primado, que também decorre de uma simples dedução a partir da Suma Teológica:

Como já se disse, o julgamento é uma definição ou determinação do que é justo. Ora, de dois modos, algo vem a ser justo: 1º pela própria natureza da coisa, é o que se chama o direito natural; 2º por uma certa convenção estabelecida entre os homens, o que se denomina direito positivo, como já foi explicado. As leis se escrevem para declarar um e outro direito, mas de maneira diferente nos dois casos. A lei escrita contém o direito natural, mas não o institui; pois, ele não tira sua força da lei, mas da natureza. Quanto ao direito positivo, a lei escrita o contém e o institui, conferindo-lhe a força da autoridade. Eis porquê se faz necessário que os julgamentos sejam proferidos de acordo com as leis escritas. Do contrário se desviaria; seja do direito natural, seja do direito positivo.³²⁰

A exigência da razão prática, necessária para enfrentar as questões do nosso tempo (, em especial os problemas próprios da jurisdição constitucional), é que os *juízes devem agir conforme o Rule of Law*, ou Estado de Direito. Ou seja, devem tomar como causa exemplar de sua atuação o Império da Lei, que deve observar a forma que já estudamos. Esse é o único meio para assegurar previsibilidade e conferir segurança jurídica, que são necessárias, mas não suficientes, para assegurar uma decisão justa.

4.2.1 O Governo da Lei

Desde a antiguidade existe a diferença entre *governo das leis* e *governo dos homens*. O primeiro busca leis adequadas para reger uma sociedade, enquanto o segundo confia a homens virtuosos a condução do poder. Os filósofos clássicos demonstraram preferência pela primeira forma. Conforme Platão, do mesmo modo que um escravo se sujeita ao seu senhor, deve o governante se sujeitar à lei:

Onde a lei está sujeita a alguma outra autoridade e ela não tem nenhuma, o colapso do Estado, na minha opinião, não está longe; mas se a lei governa e o governantes são seus escravos, a situação é promissora e os homens desfrutam de todas as bênçãos que os deuses regam.³²¹

Aristóteles também é partidário do governo das Leis:

³²⁰ II-II q.60 a.5.

³²¹ Leis 715 c-d.

O ponto de partida desta investigação é se é melhor ser governado pelo melhor homem ou pelas melhores leis. Aqueles que consideram conveniente a monarquia pensam que as leis falam apenas em termos gerais e não fornecem previsões para casos específicos, de modo que em qualquer arte é tolice comandar de acordo com a letra das regras [...]. No entanto, esse raciocínio geral deve ser possuído por quem governa, e é melhor aquele em que a paixão não é dada de todo do que aquilo em que é inata. Com efeito, isso não existe na lei, mas toda alma humana necessariamente a possui.³²²

O *governo das leis* possui diversas vantagens para organizar a sociedade, dentre elas proteger a sociedade do arbítrio de governantes. Historicamente, a consagração do Império da Lei aperfeiçoa-se na Modernidade, após a experiência inglesa e francesa com suas monarquias absolutistas. Carlos I e Luís XIV exerceram um poder soberano, e como tal acima da lei. Seus governos também são colocados como antecedentes, respectivamente, da Revolução Gloriosa e da Revolução Francesa. Para superar regimes absolutistas caracterizados por haver autoridades acima da lei, que podiam mandar e desmandar a partir de suas concepções subjetivas, é que surgem Constituições Formais às quais todas as autoridades estão subordinadas. Especialmente diante da experiência com os regimes absolutistas, busca-se o primado das boas leis em vez de apostar em bons homens.

A exigência de respeitar o Império da Lei encabeça os demais argumentos que pautam o exercício da função jurisdicional do magistrado com base na razão prática – especialmente para apresentar críticas ao ativismo judicial. Uma decisão ativista extrapola o limite da função jurisdicional e com isso o *Rule of Law*. Toda decisão ativista viola o Império da Lei – constatar tal violação é antes uma descrição do que uma crítica. Pela consolidação do *Rule of Law*, todos estão sujeitos à lei independente da autoridade exercida no Estado. Violar esse princípio, mesmo que movido por boas intenções, causa prejuízo ao Estado de Direito. E também acaba violando outros princípios. Sobre isso, George diz:

E os tribunais podem usurpar, e usurparam, a autoridade legislativa em causas boas e más. Sempre que fazem isso, no entanto, mesmo em boas causas, eles violam o Estado de Direito ao tomar o poder autoritariamente atribuído pelos autores e ratificadores da Constituição a outros ramos do governo (mesmo que esse poder poderia, com razão, ter sido atribuído a eles). E o respeito pelo Império da Lei é, por si só, um requisito da justiça natural.³²³

³²² Política 1286a.

³²³ GEORGE, 2001, p. 2282.

Mesmo afirmando a supremacia da Lei, é possível realizar a revisão judicial, ou controle de constitucionalidade, um mecanismo válido para buscar atender o bem comum e uma melhor conformidade dos fatos com as normas constitucionais.³²⁴ Mas disso não se segue que os juízes, especialmente os de um Tribunal Constitucional, têm o poder de reescrever o texto legal, reestruturá-lo, atribuir novas semânticas, criar uma nova lógica da compreensão original da Constituição, ou fazer uso de qualquer outro artifício hermenêutico, para invalidar ou criar atos legislativos com base em suas opiniões sobre a justiça. Quando uma corte suprema atua de forma contrária ao Império da Lei, usurpando competências, desempenhando atribuições ilegais ou impondo suas convicções subjetivas à sociedade, isso representa um regresso histórico. Quando o *Rule of Law* é desconsiderado pelos juízes de uma Suprema Corte, há uma aproximação entre a atuação de um Tribunal Constitucional e o arbítrio de um monarca absolutista.

Todo Poder atribuído pela Lei é limitado. E na maioria das ordens jurídicas esse limite é prescrito constitucionalmente em uma distribuição que busca um sistema de pesos e contrapesos, evitando assim os abusos. É através da limitação que se consolida a Separação dos Poderes, conforme cada autoridade se limita ao seu papel constitucional. Se não respeitar tais atribuições, estará sujeito a penalidades. À medida que magistrados observam com diligência a razão da Constituição, eles desempenham seu papel. Do contrário violam o que deveriam guardar. George diz:

Quando os juízes que exercem o poder da revisão judicial se permitem guiar pelo texto, a lógica, a estrutura e a compreensão original da Constituição, eles merecem nosso respeito e, de fato, nossa gratidão por desempenhar seu papel para fazer do governo republicano constitucional uma realidade. Mas onde os juízes usurpam a autoridade legislativa democrática por impor ao povo suas preferências morais e políticas sob o pretexto de reivindicar as garantias constitucionais, eles devem ser severamente criticados e resolutamente opostos.³²⁵

É inegável o prejuízo à legalidade e à segurança jurídica provocada por uma decisão que não se fundamenta na lei positiva. Por outro lado, partidários da tese oposta criticam a eficácia do próprio Império da Lei que muitas vezes é omissa em

³²⁴ Cf. item 3.5.2.

³²⁵ GEORGE, 2005, p.14.

concretizar direitos fundamentais, especialmente os de minorias. Justificam decisões ativistas invocando casos em que há urgência, muitas vezes à revelia do Legislativo ou de uma ineficácia do Executivo, e lembrando que o juiz tem o poder de atuar e efetivar direitos para mudar uma situação fática e assim corrigir a falha de outros poderes. Ainda mais em países com menor desenvolvimento, em que os serviços prestados à população são de qualidade aquém do necessário, essa abordagem ganha um apelo popular. A ineficácia e a inadequação das leis são frequentemente invocadas em debates para legitimar a desconsideração da própria lei.

Apesar da insuficiência da prescrição para o juiz respeitar o Império da Lei, a maioria dos casos não pode ser resolvida sem ele. Além disso, sempre que esse princípio não for observado o prejuízo é evidente. Se a decisão não for fundamentada com base na razão da lei, que é um critério objetivo e anterior ao fato, ela o será a partir de um critério subjetivo. Não há outra hipótese. Quanto às objeções de ineficácia do Estado de Direito, ainda assim, a melhor forma de promover a tutela jurídica devida é através dos procedimentos estabelecidos. É um contrassenso, por mais que feito com a melhor das intenções, querer efetivar o Estado de Direito transgredindo o próprio Estado de Direito.

4.2.2 O Despotismo do Judiciário

Como consequência do desrespeito ao *Rule of Law* e das prescrições da Lei Natural, surge uma forma de despotismo por parte do Poder Judiciário.

Apesar de hoje a maioria das Constituições conferir expressamente ao Judiciário o poder de julgar normas como inconstitucionais, o mesmo não ocorria de forma expressa na Constituição Americana. Em *Marbury v. Madison*, era sustentado que se tratava de um poder implícito. Os pais fundadores, e outras autoridades como John Marshall, não negavam o *judicial review* e reconheciam um papel das cortes de enfrentar conflitos entre legislação e a Constituição.³²⁶ Mesmo assim, esse primeiro caso serve como marco em que a Suprema Corte agiu além da permissão expressa constitucionalmente e levantou posições no debate.

O então Presidente Thomas Jefferson havia constatado que o *judicial review* (revisão judicial ou controle de constitucionalidade) poderia desencadear uma forma

³²⁶ GEORGE, 2001, p. 2278.

de despotismo judicial. Ele afirmou que "o direito de decidir quais leis são ou não são constitucionais, não apenas para si mesmos em sua própria esfera de ação, mas para as esferas do Legislativo e do Executivo, faria do Judiciário um Poder despótico."³²⁷

Jefferson criticou a decisão por ela atribuir à Suprema Corte a prerrogativa de interpretar o texto constitucional sobre o que os outros poderes podem ou não fazer. O Judiciário não é, e nunca foi, o único guardião da Constituição. Para ele, a Carta Magna pertence ao povo e a criação de um poder não explícito aos juízes permite levantar questionamentos sobre supremacia judicial.

Os juízes tem a palavra final ao resolver disputas entre litigantes. Mas, conforme Abraham Lincoln, no *First Inaugural Address*, é impossível prever todos os conflitos possíveis. Todas as questões, especialmente as polêmicas, vão gerar maiorias e minorias. O governo terá que tomar um lado e sempre haverá pessoas descontentes. Disso se segue que "a unanimidade é impossível; A regra de uma minoria, como um acordo permanente, é totalmente inadmissível; de modo que, rejeitando o princípio da maioria, a anarquia ou alguma forma de despotismo é tudo o que resta."³²⁸

O receio de Jefferson era que os juízes usurpassem competências distribuídas em um sistema de separação de poderes, e com isso ter como consequência exceder o uso da autoridade atribuída originalmente. Além do mais, reconhece-se que o Judiciário é em certo sentido um superpoder, uma vez que pode decidir a validade dos atos dos outros Poderes, abrindo vias para um despotismo judicial. Com isso se aproxima da alternativa desenhada por Jeremy Waldron, de que esse cenário torna sem sentido haver legisladores e o povo, bastando se resignar diante do absurdo de um governo posto nas mãos de um tribunal.³²⁹

4.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Existe uma separação de funções entre os ramos do poder, e os limites estabelecidos pela Lei devem ser respeitados para que as autoridades tenham um

³²⁷ JEFFERSON, 1804.

³²⁸ in GEORGE, 2000, p. 62.

³²⁹ in GEORGE, 2000, p. 62.

agir congruente.³³⁰ Com a conquista moderna da Separação dos Poderes, almeja-se evitar abusos e corrupções no uso do poder. Cada ramo do Poder tem uma função. O legislativo faz leis para o futuro, o Executivo cuida dos comandos dados pelo Legislativo no presente e o Judiciário julga casos passados. Cada Poder concentra sua atenção em certo tempo. Existe uma divisão de poderes no Estado que confere limites naturais ao exercício da função jurisdicional. Destarte, o princípio formal que decorre da razão prática é que *o juiz deve se ater ao exercício de sua função. Não cabendo ao Poder Judiciário legislar, nem administrar.*³³¹ Trata-se de uma observância da causa eficiente do agir jurisdicional, e a extrapolação disso desvia sua atuação e esforços para competências de outras autoridades.

Vamos começar com uma questão simples, mas que mesmo assim levanta controvérsias: o que é o Poder Judiciário? Finnis relata a experiência da Corte Suprema Australiana, que no século XX fez um esforço para enfrentar a questão. Apesar das particularidades de cada país, o Poder Judiciário possui duas características que se sobressaem: é responsável pela resolução final de uma disputa entre as partes; e dá a palavra final por meio da aplicação de uma lei pré-estabelecida em relação aos fatos.³³²

Já desde Francis Bacon, no ensaio *Of Judicature*, de 1612,³³³ é discutida a necessidade dos juízes se absterem de legislar, para não afetar os direitos existentes. Isso não significa ser contra novidades, ou não permitir o desenvolvimento da Lei Humana por parte dos juízes, mas não cabe ao Poder Judiciário estabelecer regras para o futuro. Do contrário, a estabilidade e os limites dos direitos passam a ser perturbados. Para Finnis há problemas quando o Judiciário usa de seu poder com intuito de reformar leis:

Mas o problema de exercer o poder judicial com o objetivo de reformar a lei ou avaliar o mérito das reformas legislativas não é apenas o risco inerente de se fazer julgamentos equivocados, mas um problema de princípio. Legislar é assumir a responsabilidade pelo futuro, uma atribuição de pessoas responsáveis pelas novas leis para seus cidadãos. Para cumprir essa tarefa, o desenho institucional de legislaturas sérias é amplamente superior ao desenho e procedimentos institucionais de tribunais superiores sofisticados - até porque os que exercem o poder judicial são

³³⁰ I-II q.96 a.5.

³³¹ Essas funções podem ser exercidas de forma atípica conforme a organização de cada País. Mas tais exceções não dizem respeito ao significado focal da separação de poderes aqui discutida.

³³² FINNIS, 2015, p. 4.

³³³ BACON, 1884.

convenientemente imunes a qualquer exigência de responder por seus julgamentos e de quase qualquer responsabilidade por eles.³³⁴

O Judiciário não é a instituição adequada para legislar – de assumir responsabilidade pelo futuro. O dever que recai nos juízes é o de aplicar a lei, mesmo quando o julgador discorda dela, ou quando as partes têm direitos ou obrigações que o juiz pensa que não deveriam ter. Do contrário, o *Rule of Law* e sua legalidade seria confundida com o *Rule of Judges*.³³⁵

A sentença proferida não decorre da própria pessoa do juiz, mas sim de uma autoridade pública legitimamente investida. Essa autoridade possui funções e poderes limitados, que de forma alguma autorizam a tarefa de criação legislativa. Não atuar de forma congruente com o papel constitucional viola, portanto, a competência atribuída ao magistrado.

O princípio de Separação de Poderes, interpretado neste contexto, leva a uma postura de autocontenção por parte do magistrado quando se depara com uma demanda judicial que só pode ser julgada procedente através de uma postura ativista. Nesse tipo de caso, outros elementos e princípios serão necessários para aprofundar a questão. Vez que o extrapolamento das competências leva a uma incongruência com o papel constitucional.

Como subprincípio da atuação conforme o poder investido, retoma-se a partir de Fuller o princípio da congruência – um dos que compõem o *Rule of Law*³³⁶. Aplicando de forma específica ao poder Judiciário, sustenta-se que *deve haver congruência entre os atos do juiz e as regras jurídicas que os regulamentam*. A principal característica do *Rule of Law* é a exclusão da arbitrariedade das autoridades. O contrário dessa regra nos aproxima de modelos incompatíveis com a democracia, e substancialmente injustos, como regimes totalitários.³³⁷ Sobre esse princípio Fuller disse:

³³⁴ FINNIS, 2015, p. 9.

³³⁵ FINNIS, 2015, p. 13.

³³⁶ Cf. Item 3.2.3.

³³⁷ Hannah Arendt descreve a respeito da lei que regimes totalitários possuem: “Após a promulgação das leis de Nuremberg, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis. Em vez disso, continuou a *constante caminhada na direção de setores sempre novos*, de modo que o objetivo e a alçada da política secreta do Estado, bem como de todas as outras instituições estatais ou partidárias criadas pelos nazistas, não podiam ser definidas pelas leis e normas que as regiam” (ARENDDT 1990, p. 444).

Nas áreas em que a lei é feita por juiz, pode-se dizer que, embora a congruência essencial entre lei e ação oficial possa ser prejudicada pelos tribunais inferiores, ela não pode ser prejudicada pela Suprema Corte, uma vez que faz a lei. A Suprema Corte de uma jurisdição, ao que parece, não pode ser ultrapassada, uma vez que dita a música. Mas a música chamada pode ser bastante indesejável para qualquer pessoa, incluindo o autor da música. Todas as influências que podem produzir uma falta de congruência entre ação judicial e lei estatutária podem, quando o próprio tribunal faz a lei, produzir desvios igualmente prejudiciais de outros princípios de legalidade: uma falha em articular regras gerais razoavelmente claras e uma inconstância na manifestação de decisão em decisões contraditórias, mudanças frequentes de direção e mudanças retrospectivas na lei.³³⁸

Fuller atenta aos perigos de congruência quando um tribunal superior passa a legislar. Há riscos para a coerência, prejuízo à legalidade, inconstância, prejuízo à segurança jurídica, e tudo isso pode ser evitado através de um respeito às limitações postas pela própria lei. Por isso que, para Fuller, o principal desafio para manter a concordância entre leis e ações da autoridade repousa na interpretação. Ele diz: “A legalidade exige que juízes e outros oficiais apliquem a lei positiva, não de acordo com sua fantasia ou com literalidade intrincada, mas de acordo com os princípios de interpretação adequados à sua posição em toda a ordem jurídica.”³³⁹

Portanto, o magistrado deve ser leniente em relação à lei, mas não se pode julgar apenas de forma literal. O jusnaturalismo, em momento algum, defenderá uma simples exegese de determinado conjunto de normas que seja substancialmente justo. Há espaços para que, através de uma interpretação, o juiz de fato concretize o bem-comum em uma demanda judicial. É possível ir além da interpretação literal e ao mesmo tempo respeitar os ditames do *Rule of Law*. Mas antes de nos ocuparmos com essa questão, devemos considerar algumas extrapolações ativistas que envolvem a Separação de Poderes.

4.3.1 A Usurpação de Competência

Quando um ato judicial implica em examinar a legalidade de um ato normativo, e com isso eventualmente substituir um ato de um poder por uma decisão do outro, surge o debate acerca da usurpação de competência. Esse argumento ganhou uma expressão maior a partir de *Dred Scott v Sandford*, 1857.

³³⁸ FULLER, 1963, p. 82.

³³⁹ FULLER, 1963, p. 82.

Scott era um escravo de Sandford em um Estado que previa legalmente a escravidão. Em determinado momento, Scott foi levado para Louisiana, considerado uma seção livre, e isso fundamentou o pedido de libertação de Scott. Sandford se defendeu alegando que Scott, por causa de sua etnia negra, considerada por parcela da população da época como uma raça inferior, e com isso justificando uma subordinação, não era cidadão de nenhum Estado e assim permaneceria como propriedade independente do território. O caso chegou à Suprema Corte e Sandford venceu a disputa por 7 votos a 2, reconhecendo o direito de ter propriedade na forma de escravos – mesmo sem previsão no texto constitucional. Sobre esse caso George comenta:

Essa negação da autoridade do Congresso para limitar a escravidão, mesmo em territórios federais, foi considerada pela crítica do Tribunal como uma usurpação ultrajante da competência legislativa congressional; e preparou o cenário, na visão de muitos historiadores, para a guerra civil.³⁴⁰

As autoridades legislativas, federais e do Estado da Louisiana, com poderes atribuídos pela Constituição, decidiram que não havia escravidão naquele território. A Suprema Corte, ao interpretar o texto constitucional, adicionou uma exceção recorrendo a um direito implícito que contrariava direitos explícitos. Essa decisão ativista teve repercussões sociais significativas.

Após a Guerra Civil Americana, o Congresso proibiu discriminação racial em público, legislação que foi invalidada pela Suprema Corte, sob o argumento de que o Congresso não tinha autoridade para fazer isso a partir da Constituição. Essa interpretação prevaleceu até metade do século XX. Diante disso, George afirmou que a decisão foi “uma usurpação da autoridade constitucional do povo para se governar através das instituições da democracia deliberativa.”³⁴¹

Com alegado intuito de efetivar a Constituição, dentre outros pretextos, o Judiciário usurpa o Legislativo – autoridade composta por representantes do povo, os verdadeiros titulares do poder. Nesses casos, o poder judicial acaba sendo exercido sem suporte legal – independente da intenção ou do fim almejado. A usurpação do autogoverno do povo é em si inconstitucional e injusta.

³⁴⁰ GEORGE, 2000, p. 8.

³⁴¹ GEORGE, 2005, p. 13.

4.3.2 O Protagonismo Judicial diante da Omissão dos Poderes

Para justificar a intervenção do Poder Judiciário são invocadas omissões dos demais Poderes. Trata-se de um argumento que justifica decisões ativistas por “legítima defesa”. Da mesma forma que uma vítima, ou um terceiro que lhe socorre, é obrigada a reagir diante de uma situação fática não desejada, o Judiciário, por vezes, encontra-se em uma situação em que bens jurídicos são afetados e a única forma de tutelá-los é reagindo à situação da melhor forma possível.

Por parte do Executivo, nem sempre as medidas administrativas adequadas são realizadas para efetivar suas atribuições constitucionais. Isso repercute na diminuição ou privação de direitos por parte da população, que, para terem seus direitos assegurados, não resta alternativa a não ser procurar o Judiciário. Nisso, ao atender demandas dessa natureza, juízes praticam atos de alçada típica do Executivo.

No Brasil, um caso amplamente discutido de revelia do Executivo decorreu do ativismo judicial provocado pelo julgamento da ADPF 347, em 2017. Considerando violações de Direitos Humanos em estabelecimentos prisionais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal interveio na alocação de recursos para buscar garantir condições adequadas à população carcerária. Trata-se de uma situação discutida também pelo *Estado de Coisas Inconstitucionais*. Nessas situações, se o Executivo tivesse feito sua parte, a demanda judicial nunca teria existido. Porém, diante da ineficácia administrativa, o Judiciário foi acionado e respondeu da forma que julgou ser a que mais assegurava os direitos fundamentais.

Há duas considerações sobre esse tipo de ativismo: (i) a gestão de verbas pelo Judiciário, por meio de realocações, entre os setores do Estado, ainda que existam fundos destinados para atender demandas judiciais, representam redução de outros setores. O Executivo administra recursos limitados para suprir necessidades da nação. Em termos de gestão pública, deve-se guiar pela eficiência. E cada alocação representa uma diminuição do restante do montante. A intervenção judicial, seja para realocar ou retirar valores de um fundo judicial, resulta na diminuição dos demais. (ii) A intervenção judicial no Executivo frequentemente resulta de uma omissão da omissão. Ainda no caso da ADPF 347, a própria Corte Constitucional já tinha conhecimento da violação de Direitos Humanos em presídios há pelo menos uma década. Em 2008, a Procuradoria Geral da República fez o

pedido de Intervenção Federal 5129, dentre outros de pedidos sobre o mesmo fato, sobre as condições da vida carcerária. O Supremo, por dez anos, poderia ter apreciado essa ação e ter decretado a Intervenção Federal. Com isso, enfrentaria a questão sem extrapolar suas funções constitucionais. Porém por dez anos — dez anos de violação dos direitos humanos — o pedido não teve resposta. Somente quando uma nova ação foi proposta (tratando a mesma matéria só que com mais presídios e mais pressão pública) é que o Tribunal saiu da inércia. Se ele tivesse enfrentado o mérito no pedido de 2008, chamando a atenção para a causa ou mesmo decretado a Intervenção Federal, sua resposta se circunscreveria à legalidade e incentivaria novas demandas à Corte Constitucional, sem jamais ter violado a separação dos Poderes nem usurpado a competência executiva.

Diante de administradores ineficazes, existem medidas que podem ser tomadas. O desempenho inadequado de um cargo público pode resultar na perda dele e com penalidades variadas conforme a ordem jurídica. Para isso são necessários procedimentos que, quando iniciados, ao menos no Brasil, frequentemente se deparam com a ineficácia do Judiciário. Há um desconforto institucional em julgar agentes políticos, e com isso autoridades que teriam tal competência para fazer denúncias e julgar em tempo adequado permanecem omissas. Isso leva a uma permanência nos cargos públicos de pessoas que não desempenham efetivamente sua função. Diante dessa gestão com eficiência questionável, o Judiciário acaba atuando de forma ativista. Essa questão poderia ainda ser desdobrada nos meandros do Direito Administrativo e da Gestão Pública, que levaria às entranhas de um problema complexo de uma crise das instituições brasileiras.

A usurpação de competência causada por decisões ativistas é mais comum em países em desenvolvimento. Para efetivar direitos da população, o Judiciário invade a função Executiva. A inefetividade de um direito, digamos, saúde, implica no surgimento de demandas judiciais em busca de remédios ou tratamentos médicos. Tal estratégia busca combater o efeito de uma problemática sem cessar sua causa.³⁴²

³⁴² Outra situação comum no Brasil é o fenômeno da judicialização da saúde, em que muitas demandas são feitas face ao Sistema Único de Saúde. Na Saúde Pública os recursos investidos ficam aquém da demanda existente. Nesse contexto, um juiz que decide um caso revestido de urgência que envolva um leito na UTI para um paciente, ou obrigar o Executivo a custear um medicamento caro — mesmo que essas medidas impliquem em uma redução de recursos para outros

Quanto a omissões legislativas, os partidários do ativismo judicial acusam o Congresso de se omitir em questões de sensibilidade social. Temas como aborto e casamento homoafetivo não são tratados pelo Congresso por não ter respaldo na vontade da maioria. Por outro lado, grupos sociais demandam tais causas pautadas em princípios previstos constitucionalmente e nisso acionam o Judiciário para se posicionar a respeito.

Por causa da omissão legislativa, a ADI 4277, julgada em 2011, considerou constitucional união estável entre pessoas do mesmo sexo; a ADPF 54, de 2012, autorizou o aborto de feto anencéfalo; o *Habeas Corpus* 124.306, de 2016, com efeitos *inter partes*, julgou inconstitucional a criminalização do aborto em até três meses de gravidez; a ADO 26, de 2019, que equiparou a homofobia ao racismo. Esses temas dividem opiniões na sociedade civil e também os votos dos Ministros da Suprema Corte. Sobre essas questões, vale ressaltar, existiam projetos de lei propondo tratamento normativo equivalente ao que sobreveio nas decisões.³⁴³ Nesses exemplos não houve uma omissão do Legislativo, e sim a ausência de maioria no Congresso. Disso resultou a não aprovação dos projetos – o que é próprio do processo democrático. O rótulo de omissão legislativa é na verdade a derrota na arena política.

Por outro lado, e aprofundando a questão, há a tese de que o Judiciário deve atuar de forma contramajoritária. Assim representaria minorias que não conseguem ter seus direitos atendidos por causa de uma vontade política dominante. E assim remediar um dos males da democracia (voltaremos a este argumento).³⁴⁴ Mas não é possível a criação de autoridade, e por consequência comandos válidos, por essa via de legislação. Mas entre a extrapolação da competência buscando decidir de forma mais justa ou decidir de forma injusta, para a Teoria Neoclássica da Lei Natural há a possibilidade do juiz desenvolver a Lei através de critérios derivados da razão prática, conforme discutiremos na última seção desta tese.

pacientes –, o faz com amparo legal e diante disso não atua de forma ativista. Através de *desenvolvimentos normativos* (conforme estudaremos na seção 4.4), foram definidos critérios para deferimento de medida judicial para obrigar o SUS a fornecer medicamentos se forem comprados os seguintes requisitos: (i) laudo médico que comprove a necessidade do medicamento diante do quadro de saúde do paciente, (ii) falta de condição econômica da parte que requer, e (iii) que o medicamento tenha registro eficácia comprovada pela ANVISA. Essa discussão se desenvolveu notadamente nos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718.

³⁴³ respectivamente os exemplos de projetos na Câmara dos Deputados: PL 6874/2006, PL 4360/2004, PL 1174/1991, PL 122/2006.

³⁴⁴ Cf. item 4.4.4.

4.4 O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DA LEI HUMANA

Um juiz pode atuar como legislador negativo, invalidando normas que não atendem requisitos formais e materiais de determinada ordem jurídica.³⁴⁵ Por outro lado, não pode atuar como legislador positivo, ou seja, julgando de forma ativista ao criar prescrições para reger a sociedade. Mas entre legislar e julgar simplesmente com base na lei, resolvendo casos de baixa complexidade, há um espaço em que a autoridade judicial pode e deve promover um desenvolvimento do Direito, tendo assim uma decisão que melhor contribua para a realização do bem comum.

Esse desenvolvimento implica em fixar um entendimento sobre um conceito, propor um critério novo para aplicar uma regra e/ou realizar uma interpretação extensiva de certa disposição legal quando um juiz analisa um caso concreto. Nesses casos, há uma decisão conforme o direito positivo, através da determinação de um comando vago que promove um desenvolvimento da lei. Definir e especificar termos, buscando cada vez mais clareza e nitidez a respeito das prescrições legais – e, dessa forma, orientando com mais segurança jurídica as relações em uma comunidade – é próprio do direito e, em especial, da função jurisdicional. Finnis adiciona:

As definições e regras legais são projetadas para fornecer ao cidadão, aos advogados e ao juiz um algoritmo para decidir o maior número possível de questões - em princípio, perguntas de "Sim ou Não", se esse curso de ação seria (ou não) legal; se tal arranjo é válido; se o contrato está no fim; se essas perdas são compensáveis em danos e se não são; e assim por diante. Na medida do possível, a lei procura fornecer fontes de estatutos de raciocínio e regras baseadas em estatutos, regras de direito comum e costumes capazes de classificar (proporcionalmente) soluções possíveis para disputas como certas ou erradas e, portanto, melhores e piores.³⁴⁶

Mas nem sempre *sim* ou *não* são claros, o que exigirá uma interpretação da lei para encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. E isso deve ser feito através do desenvolvimento judicial da lei – que é algo inerente da *common law* –, e não um ato de legislar pelo Judiciário – que implica na violação do *Rule of Law*. Mas há casos em que, sob responsabilidade da corte, não há propriamente criação de lei, mas sim reconhecimento de princípios de direito, ou regras de justiça já aceitas na sociedade e que acabam sendo aplicadas em novos objetos. Quando essa operação

³⁴⁵ Cf. item 3.5.2.

³⁴⁶ FINNIS, 1990, p.6-7.

é feita, aproxima-se de uma zona cinzenta. Sobre essa distinção entre desenvolvimento judicial da lei e legislação judicial Finnis diz:

Corrigir um erro, uma anomalia, uma excrescência no corpo da lei desenvolvida por precedentes judiciais - isto é, pela disciplina judicial de conformidade com as decisões de outros juízes em casos semelhantes - é distinguível de legislar, de criar leis. Às vezes, mesmo freqüentemente, a distinção é sutil ou discutível; é entre duas grandes categorias que, como noite e dia, são separadas por uma região de imprecisão.³⁴⁷

Identificar critérios para aplicar na região de imprecisão é o desafio. Mesmo depois que a discussão avance, pode acontecer que juristas diferentes,³⁴⁸ diante dos mesmos critérios e em relação a um mesmo caso, tenham compreensões distintas sobre se uma decisão respeitou ou não os limites de atuação judicial. Mesmo assim, há uma pertinência acadêmica incontestável em avançar na tarefa.³⁴⁹

A decisão correta, respeitando o *Rule of Law*, difere de atos de legislar que acarretam uma série de críticas. E, à medida que critérios precisos sejam identificados, a usurpação de uma corte pode ser identificada mais facilmente e com isso freada. Por orientação da Suprema Corte Americana, e também a partir de teóricos como Ronald Dworkin e Robert Alexy, há a defesa de uma posição repetida mundo afora: afirma-se que as decisões ativistas são devidamente justificadas e conferem efeito a garantias, ainda que implícitas, da Constituição. Adicionalmente, os ministros americanos não podem aceitar uma interpretação estrita e limitada da Constituição.³⁵⁰ Além disso, em países de *common law*, a visão dominante afirma que são inevitáveis atos de criação de lei por parte dos juízes. E isso não apenas de descobrimento de princípios legais implícitos ou ocultos e em precedentes.³⁵¹

Partidários do ativismo sustentam que os juízes seguem a legalidade e fazem interpretações extensivas do texto, não os extrapolando propriamente. Existe uma diferença entre alargar uma interpretação e subverter o texto legal. Porém, para George, “do ponto de vista de um cientista político, no entanto, a revisão judicial coloca nas mãos dos juízes um modelo potencialmente impressionante do que só

³⁴⁷ FINNIS, 2015, p. 6.

³⁴⁸ Finnis diz: “Obviamente, advogados e juízes razoáveis podem discordar sobre se e quando essas condições são cumpridas; os critérios e distinções em jogo nessa distinção entre o desenvolvimento judicial da lei e a legislação judicial são sutis e ilusórios” (FINNIS, 2015, p. 5-6).

³⁴⁹ FINNIS, 2018, p. 74.

³⁵⁰ GEORGE, 2000, p. 5.

³⁵¹ FINNIS, 2018, p. 74.

pode ser descrito como poder político³⁵² – até porque partidários do ativismo falam de um poder constituinte permanente detido pelo Judiciário.³⁵³ Inegavelmente há um poder, mas para a Teoria Neoclássica da Lei Natural existem limites objetivos para seu exercício.

4.4.1 A Tarefa e o Limite do Desenvolvimento Judicial da Lei Humana

Entre o ativismo e uma interpretação estrita existe um espaço onde é possível o desenvolvimento da lei através de uma decisão. Ainda que não se possa diferenciar de forma nítida todos os casos que recaem nessa região de imprecisão, deve-se desenvolver critérios que auxiliem essa tarefa. Com isso, limitar as possibilidades de um julgamento.

Inicialmente, é oportuno olhar em Finnis uma distinção chave entre *judgar* e *legislar*. Na primeira operação, olha-se para o passado, na ocasião da formação do fato objeto de litígio. O foco é a análise da relação específica entre as partes e as leis vigentes na ocasião. Assim, a solução visa coerência com a ordem jurídica como um todo e busca atingir, tanto quanto possível, segurança jurídica e justiça. Já na segunda operação, avalia-se em abstrato o melhor padrão de comportamento que deve ser incentivado, para que futuramente seja obrigatório. Ao estabelecer regras, deve-se ter atenção para os efeitos pretendidos pela norma e também potenciais efeitos colaterais que possam advir.³⁵⁴ O desenvolvimento da lei, assim como o ato de *judgar*, olha para o passado e decide considerando a legislação vigente, enquanto um ato de criação de lei por parte do Judiciário toma conta do futuro. O primeiro só pode fazer operações dedutivas em relação às premissas já dadas, e nisso pode chegar a conclusões que tornam explícito o que já estava implícito nas premissas. A segunda operação trata de inovação jurídica e deve-se atentar em primeiro plano ao futuro, e em verdade trata-se de uma modificação da razão da lei.

São tarefas bem distintas. A própria do juiz é, ao julgar, considerar o direito vigente, preservar a segurança jurídica, conferir uma solução dotada de coerência em relação ao Direito, levando em conta quais regras as partes consideraram quando se relacionaram, tudo isso mantendo a orientação para a realização de uma

³⁵² GEORGE, 2000, p. 4.

³⁵³ SARMENTO, 2009, p. 27.

³⁵⁴ FINNIS. 2015, p. 6.

solução justa. Ou olhar para o futuro e desenvolver uma nova regra que será aplicável.

Nesse ponto, é oportuno citar a ministra Glazebrook da Suprema Corte da Nova Zelândia, que ao comentar criticamente a posição de Finnis diz:

Concordo com o professor Finnis que qualquer desenvolvimento deve se basear em fazer justiça entre as partes, levando em consideração o estado da lei quando a disputa surgiu. Mas, dada a natureza do precedente e os outros papéis prospectivos do Judiciário, qualquer desenvolvimento também deve levar em consideração o futuro. É por isso que as partes costumam usar cenários futuros hipotéticos para direcionar ou afastar os tribunais de um possível desenvolvimento da lei em particular. Na minha opinião, qualquer desenvolvimento da lei deve ser realizado de acordo com o método de desenvolvimento contínuo da *common law*, com base em precedentes passados, levando em consideração a importância da coerência e estabilidade do sistema jurídico. Qualquer desenvolvimento deve se encaixar no sistema jurídico como um todo, incluindo qualquer sobreposição legal. Também deve levar em consideração o que eu chamaria de competências judiciais institucionais (discutidas mais adiante) e o fato de que o contexto da consideração é um caso particular discutido do ponto de vista das partes em particular. Todos os itens acima apontam que qualquer desenvolvimento não é mais do que necessário para decidir o caso específico, mas esse desenvolvimento também deve funcionar no futuro, bem como no passado e no presente.³⁵⁵

A crítica é um complemento para levar em conta a universalização de determinado precedente firmado. Trata-se de um questionamento: “Esse desenvolvimento pode ser aplicado a todos os casos análogos ao discutido neste processo?” Em ambos os casos, decisões ativistas e desenvolvimento judicial da Lei Humana, há uma tensão de se manter coerente com o passado, com os casos julgados, regras e princípios aplicados, e por outro lado, devemos olhar para o futuro se existem melhores critérios que podem ser introduzidos por um novo conjunto de regras ou para interpretar as regras em dado contexto.

Além desses elementos, na Suma Teológica³⁵⁶ encontramos uma distinção que ajuda a definir critérios da questão colocada em pauta – sobre os limites do julgar. Santo Tomás reconhece que a lei positiva não é imutável e deve ser alterada pelos meios adequados e com as devidas cautelas. Para ele, há duas causas para a mudança da legislação: (i) pelo *aperfeiçoamento da razão*, que dirige os homens, na medida em que é natural sair do imperfeito em busca do perfeito. Não importa o quão apurada seja a técnica legislativa passada, gradualmente espera-se que ela

³⁵⁵ In: EKINS, 2018, p. 81.

³⁵⁶ I-II q.97 a.1.

evolua e isso demanda o trabalho de atualização das leis; (ii) pelo *aperfeiçoamento dos homens*, o que ocorre pela mudança social, guiada pela razão da lei, para buscar uma maior adequação à determinada sociedade, de forma que se mudam as circunstâncias muda-se a lei. Assim, quando observar uma lei passa a criar situações substancialmente injustas, pode o Judiciário, no poder de revisão Judicial, declará-la como inválida, atuando como legislador negativo, ou realizando interpretações extensivas mais adequadas a determinada realidade.

A primeira operação cabe exclusivamente à autoridade legislativa, vez que sempre que a Lei Humana é mudada pela primeira forma, muda-se também a razão da lei, ou o grau de perfeição da lei. A segunda forma, além de poder ser feita pela autoridade legislativa, é possível ser realizada através de um desenvolvimento da Lei Humana por parte da autoridade judicial, desde que não subverta as regras existentes, mas desenvolva a aplicação de alguma norma em relação à realidade.

Conforme já estabelecido, a Lei Humana deriva da Lei Natural de duas formas: por conclusão e por determinação³⁵⁷. A primeira forma diz respeito a um ato da razão orientado a tutelar determinado bem humano básico, e pode ser feito pela primeira operação de alteração (ou criação da lei), que decorre do aperfeiçoamento da razão. A segunda forma busca adequar essa tutela à determinada realidade, o que pode ser feito pelo desenvolvimento judicial da Lei Humana – e nisso todas as considerações práticas que Finnis faz são relevantes para o direito contemporâneo.

Uma estratégia por vezes usada é afirmar que um determinado direito está sendo declarado, e não criado. Declarar algo como já existente demanda uma chamada de responsabilidade por parte da Corte. Eles reconhecem determinado direito, regra, costume, como já existente. Ao fazer isso se reconhece o dever de declarar uma regra, que embora nova em relação ao objetivo do processo, não é uma novidade jurídica ou ato de legislação e pode, de forma justa, ser aplicada na relação existente.³⁵⁸

Isso pode ser feito. Mas a diferença, a partir do Aquinate, entre um ato de criação e um de desenvolvimento, é que a criação muda a *razão da lei*, enquanto que o desenvolvimento promove um resultado específico em relação à realidade, mas sem surpreender as partes quanto às regras jurídicas. A declaração de um

³⁵⁷ I-II q. 95 a. 2; Cf. 3.6.

³⁵⁸ FINNIS, 2015, p. 5-6.

direito implícito por determinação é viável. Se resultar em nova razão da lei, tal declaração atenta contra a ordem jurídica.

Cito alguns exemplos de desenvolvimento de Lei Humana por parte do Judiciário brasileiro. O primeiro caso é o reconhecimento de uma possibilidade de dano moral coletivo, que não aparece de forma explícita no ordenamento jurídico brasileiro.³⁵⁹ Quem faz uma conduta lesiva, já sabia de antemão sua ilicitude. Parece que o Judiciário reconheceu uma nova forma de censurar condutas indevidas. A Lei Humana ainda tem uma função pedagógica, e considerando que a ilicitude do comportamento não é novidade, tal medida continua a ter a mesma finalidade. Outro exemplo é indenização por perda de tempo útil.³⁶⁰ No mesmo contexto podemos citar algumas decisões do STF, como o reconhecimento de imunidade tributária para livros digitais³⁶¹, ou a ampliação do conceito jurídico de *necessitados* para ampliar a competência da Defensoria Pública.³⁶² Nesses exemplos, são criadas novas hipóteses de *sim* ou *não* mais específicas que as ditadas pela lei.

Podemos listar elementos necessários, mas não exaustivos, para diferenciar o desenvolvimento da lei de um ato legislativo judicial. O desenvolvimento da Lei Humana, portanto, vai considerar: (i) realizar justiça entre as partes, considerando as regras vigentes no momento da disputa em uma interpretação sistemática, (ii)

³⁵⁹ E nisso entendem como implícito a forma do dano moral individual e coletivo nos seguintes incisos do Art. 5º da Constituição Federal brasileira “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

³⁶⁰ Modalidade de indenização implícita nos seguintes dispositivos legais: Código civil diz “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

E no Código de Defesa do Consumidor “Art. 6 [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

³⁶¹ Nos julgamentos dos RE 330817 e RE 595676, o plenário do Supremo decidiu que livros eletrônicos e os suportes (e-readers) para sua leitura são imunes tributariamente, através de uma interpretação extensiva do art. 150, VI, d, da Constituição Federal brasileira.

³⁶² No julgamento da ADI 3.943 foi reconhecida a Legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública. A corte na ocasião do julgamento entendeu: “Defensoria pública: instituição essencial à função jurisdicional. Acesso à justiça. Necessitado: definição segundo princípios hermenêuticos garantidores da força normativa da constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais: art. 5º, XXXV, LXXIV, LXXVIII, da Constituição da República. Inexistência de norma de exclusividade do Ministério Público para ajuizamento de ação civil pública. Ausência de prejuízo institucional do Ministério Público pelo reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública.”

considerar efeitos de universalização da introdução de qualquer desenvolvimento (iii) ter uma decisão coerente com o sistema jurídico, (iv) a partir de Santo Tomás, não se pode alterar a razão da lei, mas é possível realizar uma nova determinação a partir de algo já protegido pelo direito vigente e (v) a mudança deve considerar os benefícios e prejuízos que o desenvolvimento da lei trará em determinada situação.

A *Proporcionalidade*, frequentemente utilizada pelos tribunais, seria um critério. Trata-se de uma estratégia para resolver colisão entre direitos fundamentais, sabendo que, em muitos casos, satisfazer determinada pretensão de interesse implica em restringir direitos de outra parte. Essa técnica, aplicada amplamente por Tribunais Constitucionais, possui três etapas. As duas primeiras, *adequação* e *necessidade*, utilizam critérios objetivos –, mas é na última que recaem as maiores polêmicas: na *proporcionalidade estrita*. Nessa última etapa o julgador pondera se a restrição de um direito é justificada pelos ganhos que outro direito obtém, mas isso é feito de forma arbitrária, para Finnis:

Quase todos esses elementos podem envolver questões de fato e opinião avaliativa, nas quais o aprendizado jurídico é de pouca ajuda e as evidências forenses determináveis não estão disponíveis. Embora a competência judicial possa ser empregada na aplicação de um teste de proporcionalidade a algumas classes de decisão executiva no contexto de uma densa teia de regras legais (seja legislativa ou de direito comum na origem) e expectativas culturalmente e convencionalmente estabelecidas, há pouco ou nada judicial sobre isso [...] As opiniões judiciais que relatam ou expressam tais avaliações e julgamentos podem reunir apenas a aparência de caráter jurídico recitando os fatos sobre a promulgação da medida, as contestações disputadas das partes e as opiniões anteriores dos juízes.³⁶³

Em alguns casos, a proporcionalidade é considerada inadequada, em especial quando envolvem direitos e deveres absolutos.³⁶⁴ Mas, por vezes, são usadas estratégias hermenêuticas que, por meio de preferências morais subjetivas, conferem prevalência a determinados tipos de vida em detrimento de outros possíveis e razoáveis. Quando esse critério é invocado, em verdade, uma decisão acerca do futuro está sendo tomada – o que é próprio do Legislativo. Porém, sem a devida responsabilidade que uma decisão dessas implica. O Judiciário não é o órgão mais preparado e legítimo para tomar esse tipo de decisão.³⁶⁵

³⁶³ FINNIS, 2018, p. 119.

³⁶⁴ Como o art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que prescreve: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

³⁶⁵ FINNIS, 2015, p. 23.

O desenvolvimento da lei é bem-vindo, a criação judicial de lei não. Finnis fala que em *hard cases* há uma tendência de haver uma legislação ruim. Os esforços dos juízes para legislar frequentemente são improdutivos e contraproducentes, e com isso resultam em inconsistência na construção jurisprudencial. Apesar do conteúdo da Constituição não ser estabelecido pelos juízes, sua concretização dependa da ratificação deles. Se os magistrados criam princípios constitucionais, por corolário, também poderiam abolir.³⁶⁶ Ainda conclui: “Assim como o Estado de Direito não é o estado dos juízes, mas inclui o poder judicial para julgar de acordo com a lei, também o poder judicial não é um poder para refazer a Constituição.”³⁶⁷

Além de Finnis, outros juristas demonstraram preocupações com os tribunais superiores.³⁶⁸ Como Glazebrook que chamou a atenção para requisitos institucionais. Mas esses elementos permitem ter mais clareza acerca do desenvolvimento da lei que, se for conforme às outras exigências da razão prática apresentadas nesta pesquisa, não será um ato de usurpação de competências. Portanto, como exigência da razão prática atrelada à função jurisdicional, podemos enunciar o seguinte princípio formal: *o juiz pode desenvolver a Lei Humana, através de novas determinações que respeitem a razão da lei vigente, e nesse processo deve se atentar a aspectos do bem comum e da coerência com a ordem jurídica.*

4.4.2 Casos *Ultra Legem* e a Equidade

No ato de desenvolvimento do direito pelas decisões judiciais podem ocorrer algumas situações em que o juiz aja fora das palavras da lei, mas respeitando a intenção do legislador, pelo reconhecimento de que determinada situação está além da lei. Como regra geral, deve-se observar a lei, que tem sua virtude de obrigar por ordenar ao bem comum. Em alguns casos, porém, observar a estreiteza da lei pode ser nocivo. Assim, para haver justiça, além de considerar a justiça da lei, o juiz deve fazer eventuais correções. Santo Tomás, nesse contexto, afirma que:

Recorrer ao juiz é o mesmo que recorrer ao justo. Como o justo é um termo médio entre o lucro e o prejuízo, daqui provém que quando os homens duvidam deste termo médio, se refugiam ao juiz, o que é o mesmo como se se refugiassem ao que é justo, porque o juiz deve ser como que animado pelo

³⁶⁶ FINNIS, 2015, p. 18.

³⁶⁷ FINNIS, 2015, p. 19.

³⁶⁸ FINNIS, 2011, p. 399-400.

que é justo, de tal maneira que a sua mente seja totalmente possuída pela justiça.³⁶⁹

Para o Aquinate, a razão de obrigar da lei é por conta de sua finalidade: o bem comum. Sem isso, a lei não obriga. Ele aceita que existem casos particulares em que a observância da lei acaba sendo danosa ao bem comum e, em situações de emergência, pode-se agir contra ela. Isso decorre do fato de que o legislador não prevê todos os casos, mas estabelece regras gerais considerando como as coisas acontecem na maioria das vezes. Ele reconhece que “se surge um caso no qual a observância da tal lei é danosa à salvação comum, não deve ela ser observada”³⁷⁰ – e exemplifica com uma norma que manda que os portões de uma cidade devem permanecer fechados, mas se alguns cidadãos estiverem sendo perseguidos, a observância da norma seria danosa. Nesse caso, deve-se desobedecer a interpretação literal da lei e se manter fiel ao bem comum intencionado pelo legislador.

Nesses casos, deve-se dar prevalência à *equidade*, que conforme Santo Tomás ao comentar esse tópico em Aristóteles, é “um certo direito, e melhor do que o direito legal, e sua natureza diretiva da lei onde a lei está em deficiência por causa de algum caso particular.”³⁷¹ Aristóteles reconhece que nessas situações se deve dar prevalência ao equitativo em vez de uma prescrição legal. Ambos realizam o justo – que é a finalidade precípua do Direito, mas por vias diferentes: ora por aplicação literal da regra, ora pelo reconhecimento de sua não incidência. Em suas palavras:

parece estranho que o equitativo, apesar de ser diferente do justo [legal] seja ainda mais louvável [...] o equitativo, embora seja melhor que uma simples espécie de justiça, é em si mesmo justo, e não é por ser especificamente diferente da justiça que ele é melhor do que o justo. A justiça e a equidade são, portanto, a mesma coisa, embora a equidade seja melhor. O que cria o problema é o fato de o equitativo ser justo, mas não o justo segundo a lei, e sim um corretivo da justiça legal. [...] Quanto uma lei estabelece uma regra geral, e aparece em sua aplicação um caso não previsto por esta regra, então é correto, onde o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão. [...] Então o equitativo é, por sua

³⁶⁹ AQUINO, 2020, p. 171.

³⁷⁰ I-II q.96 a.6.

³⁷¹ AQUINO, 2020, p.190.

natureza, uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade.³⁷²

Ao julgar por equidade, e reconhecer situações jurídicas condizentes com a razão do Direito, ainda que não sejam explícitas em sua redação, é promovido um desenvolvimento da lei – e não um ato de legislação por parte dos juízes. Nessas situações, para o Aquinate “aquele que age em caso de necessidade fora das palavras da lei, não julga a mesma lei, mas julga o caso singular, no qual vê que as palavras da lei não devem ser observadas”.³⁷³

E essa questão aparece diante de uma situação específica revistada de urgência. Não sendo o caso, Santo Tomás defende uma autocontenção judicial: “se a observância da lei segundo as palavras não tem perigo súbito, o qual seja necessário enfrentar imediatamente, não pertence a qualquer um interpretar o que é útil à cidade e o que é inútil, mas isso pertence somente aos príncipes.”³⁷⁴

Por mais que legisle com a técnica adequada, com os meios próprios, a capacidade de previsão do legislador é limitada e vão surgir lacunas e casos fora de sua conjectura. Assim, se surgir um caso em que a observação da regra seja danosa, ela não deve ser observada – e o juiz deve atuar como legislador negativo em relação à determinada regra diante de dada situação concreta. É preciso ir contra a lei para, por vezes, preservar a vontade do legislador, especialmente diante de urgência. Não havendo perigo súbito, deve-se aguardar a ação da autoridade competente para que confira o tratamento legislativo correto. Nesses casos, não se trata de agir *contra legem*, mas sim *ultra legem*.³⁷⁵ Apesar da literalidade de uma norma ser contrariada, seu espírito é mantido diante de um caso que está além da previsão inicial do legislador.

É impossível instituir lei perfeita, vez que os atos humanos suportam infinitas variações. O Aquinate também diz que “em alguns casos, observar rigidamente a lei vai contra a igualdade da justiça, e contra o bem comum que a lei visa. Um exemplo: a lei determina que os depósitos sejam restituídos.”³⁷⁶ Santo Tomás retrata o exemplo de Platão do louco que reclama sua arma de volta – caso em que é injusto seguir a lei. Os juízes, acima de todos os outros, não devem enfraquecer a lei.

³⁷² Ética V 1137b.

³⁷³ I-II q. 96 a.6.

³⁷⁴ I-II q. 96 a. 6.

³⁷⁵ Que respectivamente significam “contra a lei” e “além da lei”.

³⁷⁶ II-II q. 120 a. 1.

Em situações específicas, deve-se afastar a letra da lei e julgar de forma equitativa. Mas esses casos são exceções, como, por exemplo, quando o Judiciário cria uma excludente de ilicitude adicional para o crime de furto diante da insignificância da conduta. Esse tipo de situação, em que a lei não se aplica, também compõe o desenvolvimento da Lei Humana. Nesse contexto, Finnis afirma que os juízes, mesmo estando moralmente e legalmente a seguir a lei, devem afastar a aplicação literal da norma jurídica quando sua conclusão resultar em uma determinação contrária a Lei Natural. A preocupação e o compromisso com o bem comum podem fundamentar o afastamento da incidência de uma norma em certas circunstâncias – que, se previstas pelo legislador, a regra teria sido promulgada de forma diferente.³⁷⁷

Disso não se segue uma forte discricionariedade do juiz, como pretende deduzir Hart.³⁷⁸ Ele retrata a seguinte situação: considere uma lei que prescreve “proibida a entrada de veículos no parque”. Diante de uma emergência, uma ambulância poderia entrar ao parque para prestar socorro a uma pessoa? Nesse caso, Hart entende que o juiz está autorizado a criar normas – poder que depois será utilizado para também justificar decisões ativistas. Porém, diante do mesmo caso, o jusnaturalismo não deduziria a autorização para decisões discricionárias, em verdade se consideraria: (i) a não permissão da ambulância seria uma norma substancialmente injusta, e por isso não tem a razão de obrigar; (ii) trata-se de um caso de lacuna subjetiva, de fato o legislador não pensou nesta hipótese. Mas visando o bem comum, e considerando que a observância da norma seria danosa, há a permissão para o juiz julgar contra a letra da lei, mas conforme a razão da lei e, assim, promover um desenvolvimento judicial da mesma através dos critérios existentes.

O Aquinate reconhece essas situações, e se posiciona dizendo que:

[mesmo] as leis bem feitas, são deficientes em alguns casos, nos quais se fossem seguidas, se iria contra o direito natural. Nesses casos, não se deve julgar segundo a letra da lei, mas recorrer à equidade, visada pela intenção do legislador. Daí, a palavra do Jurisconsulto *nenhuma razão do direito nem a benevolência da equidade podem suportar que prescrições, sabiamente introduzidas para a utilidade dos homens, sejam por nós distorcidas no*

³⁷⁷ FINNIS, 1998, p. 271-2.

³⁷⁸ 2007, p. 137-148.

*sentido da severidade, por uma interpretação mais rígida, que se volta em prejuízo deles.*³⁷⁹

Depois de discutidos critérios, conforme seção anterior, e os casos *ultra legem*, exigem um tratamento equitativo, é interessante pôr em pauta o caso Riggs v Palmer – invocado por Dworkin para fundamentar uma hermenêutica pós-positivista que acaba por atribuir amplos poderes ao magistrado. Veremos se o caso foi resolvido por um desenvolvimento da Lei Humana ou através de uma nova legislação.

Riggs v. Palmer, julgado pelo Tribunal de Nova York em 1889, era sobre uma neta que assassinou seu avô visando receber sua herança. Na época do caso, inexistia precedente ou alguma norma que negasse a obtenção dos benefícios de um ilícito cometido. Uma interpretação literal das regras existentes garantiria à assassina o direito à herança. Mas o Tribunal que julgou a questão, realizando uma interpretação a partir dos princípios, olhando a complexidade social, e considerando que seria ilegítimo perante a moralidade pública defender o direito à herança para a assassina.

A discussão desse caso serve para Dworkin expor sua teoria, que depois é estendida a casos mais polêmicos. Para enfrentar conflitos assim ele diz:

Nossa Constituição repousa sobre uma teoria moral particular, qual seja, a de que os homens possuem direitos morais contra o Estado. As difíceis cláusulas da Carta de direitos, como as de devido processo legal e igual proteção, devem ser compreendidas como conceitos morais, e não concepções particulares; assim, um tribunal que assume o fardo de aplicá-las integralmente deve ser um tribunal ativista, no sentido de que deve estar preparado para expressar e responder a questões de moralidade política.³⁸⁰

A partir disso busca justificar um poder amplo para os Tribunais julgarem. Diante disso, é oportuna a crítica que Roger Scruton faz:

Em outras palavras, a Constituição americana autoriza a Suprema Corte a assumir uma abordagem *ativista*, livre para rejeitar qualquer legislação que não se conforme à *moralidade política* de seus membros. Para Dworkin, não houve nada inconstitucional na decisão da corte em *Roe v Wade*, o caso de 1973 que permitiu o aborto em toda a União, desafiando as legislaturas eleitas na maioria dos estados. Não é necessário examinar os detalhes da sinuosa decisão do juiz Blackmun, que dependia de se encontrar o *direito à privacidade* na constituição americana, a despeito de o documento não

³⁷⁹ II-II q.60 a.5 ad.2.

³⁸⁰ DWORKIN, 1976, p. 147.

mencionar nada dessa natureza, e que arbitrariamente declarava que os não nascidos não possuíam direitos constitucionais. É suficiente que a *moralidade política* da corte nada tenha visto de errado no aborto e algo errado em sua proibição.

Em quase todos os textos de Dworkin, encontramos esse pedido especial por ativismo judiciário.³⁸¹

Dworkin coloca lado a lado *Riggs v. Palmer* e *Roe v. Wade*. Não há incoerência em aceitar a decisão daquele e recusar a deste, porque no primeiro caso ocorreu desenvolvimento da lei e o segundo foi um ato legislativo. O Tribunal de New York considerou o direito vigente em uma interpretação sistemática, conferindo o devido peso à intenção do legislador. Refletiu sobre o absurdo de conferir direito à herança a qualquer um que matasse seus ascendentes, não alterou a razão da lei e sim promoveu uma determinação diferente do que já estava implícita na ordem jurídica. Considerando que o caso estava *além* de certas regras e demandava um trato equitativo. Já em *Roe vs Wade*, foi puro ativismo judicial, em que o Império da Lei e os limites de atuação do Judiciário foram afastados para que houvesse a imposição da moral privada de alguns dos juízes.

4.4.3 Mudança de Entendimento Judicial

Ainda sobre o desenvolvimento judicial da Lei Humana na busca da decisão mais justa, um adendo é necessário. A lei deve ser mudada sempre que surge algo melhor? Santo Tomás argumenta que há um prejuízo inerente à alteração legislativa. Diz ele:

Porque pela observância das leis em muito vale o costume, na medida em que aquelas coisas que se fazem contra o costume comum, mesmo que sejam mais leves em si mesmas, parecem mais graves. Por isso, quando se muda a lei, diminui a força coercitiva da lei, enquanto se abole o costume. E assim nunca se deve mudar a Lei Humana, a não ser que se recompense a salvação comum tanto quanto a mudança lhe subtraiu.³⁸²

Um desenvolvimento da Lei Humana por parte da autoridade judiciária, como vimos que surge em alguns casos de interpretação extensiva, não deixa de ser uma alteração da lei – ainda que na forma de determinação.

³⁸¹ SCRUTON, 2015, p. 80.

³⁸² I-II q.97 a. 2 trata se a lei deve ser mudada. Fuller também fala (1963, p. 79-86) sobre a constância da lei no tempo.

A lei objetiva que suas prescrições se tornem um hábito no sujeito. Uma legislação modificada – sempre pelos meios apropriados e pelas autoridades legítimas –, frequentemente tem esse fator prejudicado. Por óbvio, a lei pode ser alterada, mas deve ser alterada sempre para melhor, a ponto de compensar também o custo que sua mudança gera. Todo novo padrão normativo tem efeitos positivos e negativos. Alguns efeitos são previstos e buscados, mas podem surgir efeitos colaterais não desejados. Por isso, podemos falar de uma avaliação das consequências: que, olhando para o futuro, em um balanço, a mudança fará menos dano que bem. E é justamente para esse ponto que Glazebrook chamou atenção.

Julgar implica um esforço para identificar o direito das partes em litígio, o que elas fizeram, as leis vigentes no momento dos atos – enfim, a matéria do julgamento. Porém, com fundamento na mesma lei, são possíveis alterações de interpretações descobertas ao longo do tempo. Mesmo que tudo tenha sido feito conforme um entendimento estabelecido, por vezes:

Pode-se dizer tanto que uma regra estabelecida de direito comum existiu [por muitos anos], e que durante todos esses anos a visão estabelecida de que a suposta regra fazia parte de nossa lei foi um erro aguardando correção por um melhor raciocínio jurídico e uma boa decisão.³⁸³

Por ficção jurídica a Lei já pode ter sido criada utilizando palavras que encontrariam maior correção com o passar do tempo. Nesse contexto há uma permissão para o desenvolvimento da Lei Humana – desde que a razão da lei seja respeitada. Não é que a interpretação anterior estivesse errada, mas diante de realidades específicas podem surgir entendimentos melhores.

Não há problema em uma Corte mudar sua visão sobre a lei, e especialmente sobre a Constituição. Isso faz parte do desenvolvimento do Direito. Nesse processo deve sempre buscar manter a coerência com os precedentes.³⁸⁴ Problema é a inconstância, que prejudica a estabilidade da instituição.

4.4.4 O Direito das Minorias, Mobilizações Sociais e o Papel do Judiciário

É possível o Judiciário, através da equidade, criar direitos para minorias ou movimentos sociais? A Lei Natural afirma que não. Porém, é presente no debate em

³⁸³ FINNIS, 2011, p. 401-2.

³⁸⁴ Como a mudança do Brasil acerca do tratamento da prisão em segunda instância.

torno da Jurisdição Constitucional a defesa de um papel contramajoritário do Judiciário, cuja fundamentação permitiria uma aproximação indevida com a argumentação que desenvolvemos em torno dos casos *ultra legem*. Vamos tratar disso nesta subseção.

Na democracia é o povo, de forma direta ou por seus representantes, que toma as decisões fundamentais – não os juízes. Mas nesse processo uma moral dominante pode sufocar demandas justas de minorias. Assim, na busca de correção, pós-positivistas sustentam que uma Corte Constitucional assume um papel contramajoritário, uma vez que funciona como controlador da legalidade dos atos dos poderes cujos membros são eleitos pelo povo. Nessa função, o Judiciário atuaria de forma ativista quando fosse o caso de representar minorias que não têm direitos satisfeitos por majorias no Congresso. Ademais, essa função serve para enfrentar a crítica de que o Judiciário atua de forma antidemocrática por violar a separação dos poderes; pelo contrário, ao atuar desta forma conseguiria remediar um mal da democracia e evitar uma ditadura da maioria.

Nesse discurso, seria necessária uma postura ativista para lograr uma maior legitimidade do Estado em sociedades plurais. Liberdade, igualdade, dignidade humana e outros princípios constitucionais, caracterizados pela abstração, são invocados para tutelar reivindicações de vários segmentos sociais, mesmo que não possuam representação política. Conforme Daniel Sarmiento, que é partidário de um ativismo judicial moderado: “entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.”³⁸⁵ O mesmo autor também entende que o Judiciário possui um potencial de atuação superior quanto aos Direitos Humanos, porque sua intervenção ocorre em casos concretos. Por outro lado, Sarmiento defende uma autocontenção judicial em áreas técnicas em que outros órgãos possuem mais recursos para dar eficácia à Constituição.

Também é sustentado que o Judiciário atende melhor demandas sociais, uma vez que é obrigado a responder quando provocado. E faz isso através de uma decisão que mais efetiva os direitos fundamentais – ainda que previstos de forma abstrata em princípios, escritos ou não escritos, e mesmo que usurpe competências

³⁸⁵ SARMENTO, 2009, p. 30.

dos outros Poderes na persecução de uma eficácia da força normativa da Constituição. Para Sarmento:

O cerne do debate está no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que o viés judicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito.³⁸⁶

A explicação de Sarmento apresenta os absurdos desta pretensão. Além de contrariar as características do Poder Judiciário e ignorar a diferença entre criação e aplicação da norma, há o raciocínio de que o juiz, invocando, por exemplo, a dignidade humana, pode decidir o que quiser a partir de sua vontade. E com isso sustenta a possibilidade de que movimentos sociais procurem o Judiciário para que sejam criados direitos não conquistados no Congresso. Como exemplo desse tipo de atenção judicial a mobilizações sociais, é invocado o ativismo operado pela Corte de Warren:

É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isto ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas.³⁸⁷

Executivo e Legislativo têm papéis indispensáveis, mas por vezes são prejudicados em nome de uma idealização do Judiciário. Porém, na Corte de Warren, mais do que um protagonismo judicial, houve a atuação conjunta de poderes. Quando o Judiciário é pressionado pela sociedade e os juízes respondem de forma positiva, aumenta a aprovação do ativismo por parte da sociedade beneficiada. Em visão oposta a essa leitura da Corte de Warren, posição repetida por Sarmento, a jurista Rebecca E. Zietlow se posiciona de forma crítica:

³⁸⁶ SARMENTO, 2009, p. 26-27.

³⁸⁷ SARMENTO, 2009, p. 28. Sarmento não deixa claro se a era Warren constitui o modelo ideal desse ativismo moderado sensível a mobilizações sociais. Por outro lado, os teóricos lidos e citados para fundamentar seu entendimento, Charles R. EPP e Owen Fiss defendem as decisões das décadas de 50 e 60, e com isso justificam o ativismo.

Minha explicação vai contra a sabedoria convencional de que os tribunais, e não os legisladores, são os mais adequados para proteger os direitos de integração. O ativismo da Corte de Warren na proteção dos direitos individuais é a base para esse paradigma convencional. No entanto, os criadores da Décima Quarta Emenda pretendiam que o Congresso, e não os tribunais federais, fossem os principais protetores desses direitos. A Corte de Warren entendeu isso e permitiu ao Congresso ampla oportunidade de fazê-lo. A partir do início da década de 1960, o Congresso promulgou numerosas medidas que ampliam os direitos das minorias para pertencerem à nossa sociedade civil. Por isso, a contenção judicial da Corte de Warren, e não o seu ativismo, teve o impacto mais positivo nos direitos de integração neste país.³⁸⁸

Corte Warren e seus avanços e retrocessos constituem um ponto controvertido no debate acadêmico. Zietlow, ao criticar o ativismo judicial da corte, defende uma contenção judicial para melhor efetivar direitos das minorias. Por fim, na experiência americana se destaca uma atuação conjunta dos ramos do Poder durante a Era Warren. No Brasil, a omissão do Legislativo é frequentemente invocada no debate, o que denota uma falta de sinergia entre as instituições. Uma melhor cooperação entre os Poderes acaba sendo um consenso no tema.

Sobre isso, também devemos considerar a posição da Teoria Neoclássica da Lei Natural. Para Finnis, o Judiciário não representa as minorias e nem é o poder adequado para ouvir minorias e movimentos sociais. Contra os argumentos desenvolvidos, ele diz: “1. Não é verdade que os tribunais são o fórum de direitos e princípios e o legislador o fórum de interesses ou bem-estar. 2. Não é o caso que o legislador promova a vontade da maioria e os tribunais para proteger as minorias.”³⁸⁹

A regra da maioria prevalece no Legislativo, mas de maneira não perfeita ao meio de corrupção, jogo de interesses, pressão popular etc. Para Finnis, a eficácia da regra da maioria é presumida de forma exagerada pelos acadêmicos. Além disso, é possível que a maioria seja minoria nas decisões. Ela não opera como um bloco único, como uma maioria racial unida ou maioria de mulheres, em firme determinação de governar sem a devida consideração às minorias. Por outro lado, teóricos como Dworkin, geralmente mascaram sob o argumento da maioria as reais razões por determinada visão ser favorita.³⁹⁰

Por fim, resumirei o argumento central deste ponto para deixar explícita a diferença entre um julgamento equitativo admitido pela Lei Natural e a atuação

³⁸⁸ ZIETLOW, 2007, p. 1.

³⁸⁹ FINNIS, 2015, p. 19. Esses dois pontos rebatidos são sustentados por Dworkin, que atribui as cortes à proteção de direito legais e morais.

³⁹⁰ FINNIS, 2015, p. 19.

ativista para contemplar judicialmente direitos de minorias. No primeiro caso há uma hipótese não pensada pelo legislador, sendo identificada uma lacuna, que será solucionada pelo desenvolvimento da lei humana. A lei já confere um guia para a ação dos magistrados através de hipóteses e atribuições de consequências para situações, como *lícito* ou *ilícito*, *permitido* ou *proibido*. Quando ocorre um desenvolvimento judicial da lei, o que ocorre é a especificação de um desses resultados já dados pela lei de forma mais geral. A decisão se mantém fiel à conclusão da lei, sendo criada uma nova determinação. Por outro lado, o reconhecimento judicial de um direito de uma minoria não é a aplicação da equidade em um caso não previsto pelo legislador. E também, a solução proposta é a realização de atos criativos (não de desenvolvimento da lei) pelo Judiciário, que implica em uma nova razão da lei.

Do exposto, vimos que esta última exigência da razão prática atrelada à função jurisdicional, e vinculada à finalidade da lei, é de simples enunciação: juiz deve desenvolver a Lei Humana através de novas determinações coerentes com a razão da lei. Porém os desvios que podem surgir, cada um deles comprometendo o bem comum, exigem uma atuação alerta.

Sabendo que existem outras exigências possíveis a serem feitas para orientar o agir jurisdicional, é certo que ao menos essas quatro, que decorrem da própria essência da Lei, são de observação imprescindível por parte de um magistrado.

CONCLUSÃO

A Filosofia Moral trata de ações humanas. O Direito também toma por objeto a conduta das pessoas, mas de forma mais restritiva que a Ética. Por isso que, a partir do pensamento de Santo Tomás, a Lei é pensada como parte da Moral. Também por isso, uma separação entre Direito e Moral, promovida por algumas teorias, prejudica a compreensão do ordenamento jurídico. Uma Teoria do Direito que queria explicar o fenômeno jurídico sem a moral é como querer entender uma palavra sem o contexto.

Destarte, no primeiro capítulo vimos como a Teoria Neoclássica da Lei Natural compreende a ação humana para depois tratar de maneira como ocorrem as coordenações das ações que serão mediadas por normas jurídicas. A ação humana é orientada pelo Primeiro Princípio da Razão Prática, que confere um fundamento não metafísico para a moral. O agir sempre toma como fim um bem, que é identificado como preceitos da Lei Natural, que assumem um *status* pré-moral e corresponde aos bens humanos básicos. O próximo passo foi estabelecer princípios intermediários que se observados em conjunto conferem moralidade à conduta. A partir da conjunção dos princípios, a pessoa participa dos bens de forma moral e assim busca sua realização integral. Ao realizar essa explicação, o pensamento de Finnis foi contraposto com Rawls (permitindo a contextualização da Teoria Neoclássica no debate das teorias da justiça) e também com Hittinger (diferenciando a obra de Finnis de um pensamento estritamente tomista).

No segundo capítulo, tomamos como objeto a lei e compreendemos como ela trata da coordenação de ações em uma comunidade. Para guiar a exposição e organizar as contribuições de Finnis, utilizamos como fio condutor a doutrina das causas de Aristóteles, explicitando como tal metodologia aparece na Suma Teológica e pode ser utilizada para a compreensão de fenômenos jurídicos. Como determinante da referida etapa desta pesquisa, foram identificados uma série de princípios intermediários, que aparecem como exigências da razão prática, que decorrem da Lei Natural, cuja observância promove o bem comum.

No capítulo derradeiro foi tratada da parte mais original desta tese. A tese se propôs a mostrar como a Teoria Neoclássica da Lei Natural resolveria *hard cases*. Apresentou-se uma série de exigências da razão prática que guiam a atividade de julgar do magistrado, cada uma guardando mais proximidade com uma das causas

da Lei, sendo elas: (i) dever de julgar o caso concreto com base na razão da lei e naquilo que conhece enquanto autoridade pública, e não com suas crenças ou conhecimento. (ii) dever de respeitar e agir conforme os limites do *Rule of Law*; (iii) dever de se ater ao exercício de sua função – não cabendo ao Judiciário legislar, nem administrar; (iv) quando for o caso, dever de desenvolver a Lei Humana, através de novas determinações que respeitem a razão da lei vigente, e nesse processo deve se atentar a aspectos do bem comum e da coerência com a ordem jurídica.

A observação em conjunto dessas exigências da razão prática, dentre outras que poderiam ser identificadas, garantem o respeito à Lei Natural, e isso implica em uma postura de autocontenção judicial por parte dos magistrados. Não segui-los resulta em um agir contrária à Razão Prática por parte do magistrado. Portanto, além do conteúdo afirmado por esses princípios, há um valor no que a observância deles rejeita.

Além disso, ao longo da tese foram citados várias exigências da razão prática e como seus desdobramentos podem ser aplicados na função jurisdicional, bem como outros princípios. Trata-se de uma lista aberta, e outras exigências podem ser descobertas. Esta pesquisa não quis exauri-los, mas propor alguns princípios cuja observação oferece respostas a questões jurídicas contemporâneas.

Essa discussão em torno da hermenêutica da Teoria Neoclássica da Lei Natural não acaba com a discricionariedade judicial – porém arbitrariedades e usurpações de competência seriam afastadas. Diante de um caso concreto complexo, não raro dois juízes, partindo da mesma base hermenêutica, chegam a conclusões diferentes. Isso é possível racionalmente vez que os juízes almejem bens humanos básicos diferentes – que entre si são incomensuráveis – ou evitam males diferentes.

Nesse contexto, o que a tese proposta defende é a mitigação de uma zona cinzenta hermenêutica, não sua abolição. Não há fórmula mágica, mas há critérios para acusar truques baratos apartados da racionalidade jurídica. E essa discussão permitiu criticar argumentos usados para legitimar o ativismo judicial e realizar uma sólida defesa da autocontenção judicial.

Não queremos um déspota no Judiciário, e nem meramente *a boca da lei*. Não se trata de acabar com a discricionariedade, mas frear a arbitrariedade. A Lei Humana é variável. Santo Tomás sustentava que diante das circunstâncias

concretas caberia à autoridade competente eleger a melhor forma de buscar realizar determinado bem humano básico identificado pela Lei Natural. Ora, a sentença que é uma espécie de lei, herda também a característica da variabilidade. Da mesma forma que dois legisladores podem pensar em estratégias diferentes para buscar o bem comum, dois juízes também podem fazê-lo no uso de sua discricionariedade. Porém, a Teoria Neoclássica da Lei Natural estabelece critérios mais restritivos, se comparada ao pós-positivismo, para o exercício desse poder.

Nisso, decisões ativistas se revelaram como as que mais contrariam as exigências da razão prática. Por outro lado, seguir a Lei Natural leva a uma concepção conservadora do Judiciário. Mas isso não implica negar direitos, ou defender certa crença, mas sim proteger o *Rule of Law*, e as instituições democráticas. Esse é o melhor arranjo para perseguir o bem comum.

Não é que o Judiciário se tornará despótico com uma decisão ativista tornando a sociedade injusta – que, como vimos, é incompatível com a Lei Natural. Mas a cada decisão com traços despóticos, contrariando o Império da Lei, a separação de poderes, substituindo a vontade popular ou alguma outra estratégia hermenêutica usada, são dados passos em uma direção indesejável. E justamente pelos passos serem lentos, e sempre acompanhados de apelos para justificá-los, o avanço lento em uma direção em si indesejável acaba sendo disfarçado.

Se o ativismo judicial é discutido caso a caso, a cada processo a sociedade ficará dividida e o Judiciário terá alguma legitimidade popular para seguir adiante. Algum encorajamento será dado. Porém, se considerarmos o fenômeno do ativismo de um ponto de vista mais abstrato, perceberemos a contínua, e por vezes sutil, destruição do legado civilizatório. A pretexto de buscar justiça em um caso, fere-se à própria Justiça. Uma solução imediatista em troca do Estado de Direito. Mesmo os defensores moderados do ativismo judicial reconhecem que ele não é desejável. Se esse tipo de decisão se justifica em circunstâncias excepcionais que envolvem omissão ou ineficácia dos outros poderes, idealmente, essas falhas não existiriam. Mas disso se extrai que, mesmo quem defende o ativismo, o faz em nome do que eles entendem ser um mal menor.

Por outro lado, também existem contraexemplos em que as consequências de uma decisão ativista foram desastrosas. Vemos hoje a escravidão como injustificável, mesmo assim, não muito tempo atrás, era uma opinião aceitável que inclusive permaneceu na Suprema Corte americana. Só o tempo permite uma

clareza para as decisões judiciais polêmicas da atualidade. Com isso poderão ser percebidos absurdos ou acertos. Há coisas que apenas o tempo poderá julgar, e a decisão mais prudente é ficar fora do alcance desse tribunal.

Esquemas de cooperação entre os poderes são propostos para evitar extrapolações no exercício das funções. Nesse ponto, partidários do ativismo e seus críticos convergem. Barroso sugere usar as comunicações do Judiciário para que o Congresso regule matérias em um prazo.³⁹¹ George propõe modificar o sistema de nomeação dos juízes, no contexto americano, para incluir uma ratificação popular dos nomes.³⁹² No Brasil um sistema desta natureza possibilitaria uma maior legitimidade dos magistrados não provenientes de carreira.

A postura correta de um órgão judicial, que se preocupa em atuar de forma imparcial e zelar pela carta de direitos que almeja proteger, bem como respeitar o *Rule of Law* e a Lei Natural, seria a de negar pedidos que só podem ser deferidos a partir de uma postura ativista, declinando a competência para decidir sobre a permissibilidade de uma conduta ao órgão Legislativo competente.

Algumas Cortes, quando se deparam com pedidos que só podem ser deferidos com uma postura ativista, têm declinado competência para julgar.³⁹³ Essa postura também afasta uma falsa dicotomia usada para legitimar o ativismo, na qual a Corte é posta em uma posição em que decide de forma ativista efetivando direito, ou de forma contida negando direito. A declinação não implica em negação de direitos, em verdade é a postura que mais realiza o *Rule of Law*.

A fundação do Estado de Direito se deu através de rupturas revolucionárias com modelos absolutistas. A pretensão era superar o modelo em que uma boa vontade do soberano, responsável por guiar os avanços da sociedade, tinha a palavra final. Com a transição, e no exercício da perigosa liberdade, a legitimidade das decisões políticas é assentada no povo. Nesse quadro, negar o ativismo judicial é fazer valer o Estado de Direito, do contrário vigorará o despotismo da toga.

A Teoria Neoclássica da Lei Natural oferece respostas, ainda que não sejam as mais populares, para questões relevantes da Filosofia do Direito e da Jurisdição

³⁹¹ BARROSO, 2015, p. 9.

³⁹² GEORGE, 2005, p. 13.

³⁹³ A Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de ser criticada em alguns pontos por Finnis, por repetidas vezes, ao receber pedidos para reconhecer o casamento homoafetivo como um direito implícito na Convenção Europeia de Direitos Humanos, teve decisões contidas, afirmando que a questão compete a cada país signatário da convenção decidir, como, por exemplo, em *Schalk and Kopf v. Austria*, 2010, e *Chapin and Charpentier v. France*, 2016.

Constitucional. E em relação a teorias concorrentes, quer sejam filosóficas ou jurídicas, possui como diferencial tratar com maior rigor a moralidade do direito, e também demonstrar as implicações práticas de uma teoria moral. Também ao propor critérios objetivos formais para orientar a atuação de autoridades, quer sejam legislativas ou judiciárias, supera teorias relativistas e voluntaristas.

Agir conforme a Lei Natural não é questão de religião ou ideologia, mas sim de observância da Razão Prática.

REFERÊNCIAS

ADLER, Mortimer J. **Como pensar sobre grandes ideias**. Trad. Rodrigo Mesquita. São Paulo: É Realizações, 2013.

ANDERSON, Ryan T. **Neither Liberal Nor Libertarian: A Natural Law Approach to Social Justice and Economic Rights**. Tese (Doutorado em Ciência Política) University of Notre Dame, NOTRE DAME, p. 434. 2014.

AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulos, 1995. (Patrística).

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

_____. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Trad. Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. **Suma Teológica**. Vol. VI. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. **O Ente e a essência**. Trad. Mário Santiago de Carvalho. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008.

_____. **Da justiça**. Trad. Tiago Tondinelli. Campinas: Vide editorial, 2012.

_____. **Suma Teológica**. Vol. IV. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2015.

_____. **The Summa Theologica**. Online edition. Disponível em: <<http://www.newadvent.org/summa/3169.htm#article2>>. Acesso em: 10. Jul. 2016.

_____. **Comentário à Metafísica de Aristóteles I-IV**. Vol. 1. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2016.

_____. **Comentário à Metafísica de Aristóteles V-VIII**. Vol. 2. Trad. Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas: Vide Editorial, 2017.

_____. **Suma Teológica**. Vol. I-V. Trad. Alexandre Correia. Campinas: Ecclesiae, 2017.

_____. **Comentário à Ética e à Política de Aristóteles**. Vol. 1. Trad. Antonio Donato P. Rosa. Foz do Iguaçu: Centro Cultural Hugo de São Vitor, 2020.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Manuela García Valdés. Gredos: Madrid, 1988.

_____. **A Política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Ética a Nicômaco**. Trad. Mário da Gama Kury. 3 ed. Brasília: UNB, 1999.

BACON, Francis. *Of Judicature*. In.: **Complete Works**. Vol 1. New York: Basil Montagu, 1884. Disponível em: <https://en.wikisource.org/wiki/The_Works_of_Francis_Bacon,_Volume_1>. Acesso 13 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso 13 fev. 2018.

_____. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. 2015. Disponível em: <<https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/12/O-papel-das-cortes-constitucionais.pdf>>. Acesso 13 fev. 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. **História da filosofia Cristã**. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

CHESTERTON, G. K. **Santo Tomás de Aquino**. Trad. Antônio Emílio Angueth de Araújo. Campinas: Ecclesiae, 2015.

DIALA, Anthony Chima. **Judicial activism in South Africa's constitutional court: minority protection or judicial illegitimacy?** 2007. Disponível em: <<https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/5322/diala.pdf;sequence=1>>. Acesso 13 fev. 2018.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Bloomsbury, 1976.

EKINS, Richard (Org.). **Judicial Power and the balance of our Constitution**: Two lectures by John Finnis. London: Polycy Exchange, 2018. Disponível em:

<<http://judicialpowerproject.org.uk/wp-content/uploads/2018/01/Judicial-Power-and-the-Balance-of-Our-Constitution.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2020.

FINNIS, John; GRISEZ, Germain; BOYLE, Joseph. **Nuclear Deterrence, Morality and Realism**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FINNIS, John. Natural Law and legal reasoning. **Notre Dame Law School Journal**. 38 Clev. St. L. Rev. 1 (1990). Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/79>. Acesso em: 06 nov. 2020.

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

_____. **Lei Natural e Direitos Naturais**. trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007a.

_____. **On “Public Reason”**. In.: Notre Dame Legal Studies Paper . n. 6-37. 2007-b. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955815>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. **Reason in Action**. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

_____. **Intention and Identity**. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

_____. **Human Rights and Common Good**. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

_____. **Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011d.

_____. **Religion and Public Reason**. Oxford: Oxford University Press, 2011e.

_____. **Fundamentos de Ética**. trad. Arthur M. Ferreira Neto. Revisão técnica de Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Judicial Power: Past, Present and Future**. Policy Exchange. 2015. Disponível em: <<http://judicialpowerproject.org.uk/wp-content/uploads/2015/10/John-Finnis-lecture-20102015.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. Judicial Law-Making and the ‘Living’ Instrumentalisation of the ECHR. *In.: Lord Sumption and the Limits of the Law*. Ed. N W Barber, Richard Ekins and Paul Yowell. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 73–120. *Bloomsbury Collections*. Web. 9 Sep. 2018. <<http://dx.doi.org/10.5040/9781474203005.ch-006>>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. **The unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgment.** Policy Exchange. 2019. Disponível em: < <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2019/10/The-unconstitutionality-of-the-Supreme-Courts-prorogation-judgment.pdf>> Acesso em: 12 fev. 2020.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law.** Yale University: New Haven, 1963.

GEORGE, Robert P.; KEOWN, John (Eds.). **Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

GEORGE, Robert P. Judges and Natural Law. **The Washington Post:** democracy dies in darkness. 1991. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1991/08/12/judges-and-natural-law/0f039fac-7394-44b1-aa68-9bf199749ad9/?utm_term=.37afc84c28b3>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. (organizador). **Great Cases in Constitutional Law.** New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____. *Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review*, 69 **Fordham L. Rev.** 2269 (2001). Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss6/1>>. Acesso 13 fev. 2018.

GEORGE, R. P. *In Defense of Natural Law.* Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. Judicial Activism and the threat to the Constitution. **Family Research Council.** 2005. Disponível em: <<https://factsoffaitth.org/library/general/1068-judicial-activism-and-the-threat-to-the-constitution-by-robert-p/download.html>>. Acesso 13 fev. 2018.

_____. What happens when judges decree instead of deliberate. **Washington The Examiner.** 2010. Disponível em: <<https://www.washingtonexaminer.com/robert-p-george-what-happens-when-judges-decree-instead-of-deliberate>>._Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. (et al) **What is Marriage? Man and Woman: A defense.** New York: Encounter Books, 2012.

_____. **Conscience and its enemies:** confronting the dogmas of liberal secularism. Wilmington: Intercollegiate Studies Institute. 2013.

GILSON, Etienne. **The Christian Philosophy of St. Thomas Aquinas.** Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994.

GRISEZ, Germain .(1965) The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2. **The American Journal of Jurisprudence**, Volume 10, Issue 1, 1965, Pages 168–201.

_____. Christian moral theology and consequentialism. *In*. **Principles of Catholic moral life**. Ed. William E. May. Chicago: Franciscan Herald Press, 1981.

_____. **O Primeiro Princípio da Razão Prática**: Um comentário à Summa Theologiae, 1-2, Questão 94, artigo 2 trad. Jose Reinaldo de Lima Lopes. v. 3n. 21 1.179-218 JUL-DEZ 2007: 168-201.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: 5 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAYEK, F. A. _____. **Fundamentos da Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

_____. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010

HENLE, R. J. **Saint Thomas Aquinas, the Treatise of Law**: Summa Theologiae, I-II; q. 90-97. Notre Dame: University of Notre Dame, 1993.

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

HITTINGER, Russell. **A Critique of the New Natural Law Theory**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987.

JEFFERSON, Thomas. From Thomas Jefferson to Abigail Smith Adams, 11 September 1804. **Founders Online**. Disponível em: <<https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/99-01-02-0348>>. Acesso 13 fev. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris editor, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRETZMANN, Norman; STUMP, Eleonore (orgs.). **The Cambridge Companion to Aquinas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MICHELETTI, Mario. **Tomismo Analítico**. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2009.

MIRANDA, John Florindo de. **Da Lei Natural como fundamento supramoral da ação humana em John Finnis** Considerações sobre metodologia, teoria normativa e aspectos fundacionais. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Instituto de Filosofia, Sociologia e Política- Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 27 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MURPHY, James Bernard. **Aquinas and Modern Law**. New York: Routledge, 2016.

OCKHAM, Guilherme de. **Brevilóquio sobre o Principado Tirânico**. Trad. de Luis A. De Boni. Petrópolis: Vozes, 1988.

PINHEIRO, Victor Sales (Org.) **A filosofia do direito natural de John Finnis: conceitos fundamentais**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

POOLE, Diego. *El iusnaturalismo tomista del siglo XX en Estados Unidos*, In **Dikaion**, 26(2) (2017).

RAMPAZZO, Lino; NAHUR, Március Tadeu Maciel. **Princípios jurídicos e éticos em Santo Tomás de Aquino**. São Paulo: Paulus, 2015 (Coleção filosofia do direito)

RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. 3ª ed. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martin Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. Edição ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROOSEVELT, Kermit. **The Myth of Judicial Activism: Making Sense of Supreme Court Decisions**. New Haver: Yale University, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHERER, Daniel C. **A raiz antitomista da modernidade filosófica**. Formosa: Edições Santo Tomás, 2018.

SCRUTON, Roger. **Pensadores da Nova esquerda**. Trad. Felipe G. Pimentel. São Paulo: É realizações, 2014.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

TOLLEFSEN, Christopher. **The New Natural Law Theory**. *Lyceum Philosophy*. V. X n. 1 1988. Disponível em <<http://lyceumphilosophy.com/?q=node/97>>. Acesso em 12 fev. 2020.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito e outros escritos**. Trad. Fernando Virgílio Ferreira. Lisboa: Veja Universidade, 1998.

ZAMPIER, Bruno. **John Finnis e as objeções cétricas à Lei Natural**. 2016. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43401/R%20-%20D%20-%20BRUNO%20ZAMPIER.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 12 fev. 2020.

ZIETLOW, Rebecca E. The Judicial Restraint of the Warren Court (and Why it Matters) (January 23, 2007). **Ohio State Law Journal**, Vol. 69, No. 2, 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.960144>>. Acesso 13 fev. 2018.