

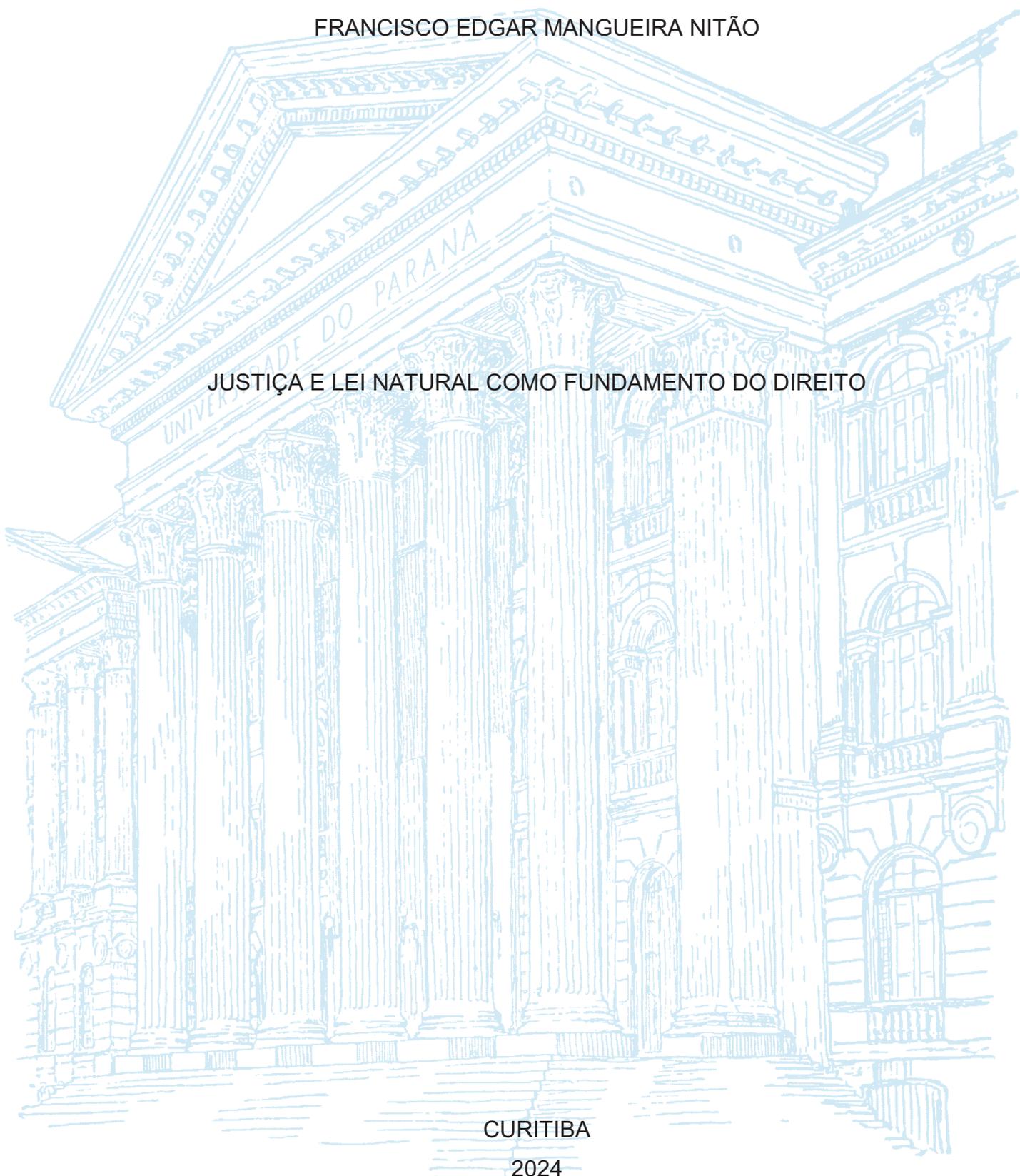
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FRANCISCO EDGAR MANGUEIRA NITÃO

JUSTIÇA E LEI NATURAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

CURITIBA

2024



FRANCISCO EDGAR MANGUEIRA NITÃO

JUSTIÇA E LEI NATURAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de mestre do curso de mestrado de filosofia do setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Souza Lobo

Coorientador: Prof. Dr. Maurizio Filippo Di Silva

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS HUMANAS

Nitão, Francisco Edgar Mangueira
Lei natural como fundamento do direito. / Francisco Edgar
Mangueira Nitão. – Curitiba, 2024.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor
de Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia.
Orientador: Prof. Dr. Lúcio Souza Lobo.
Coorientador: Prof. Dr. Maurizio Filippo di Silva.

1. Dworkin, R. M., 1931-. 2. Finnis, John, 1940-. 3. Direito natural.
4. Direito – Filosofia. 5. Justiça (Filosofia). I. Lobo, Lúcio Souza, 1965-.
II. Silva, Maurizio Filippo di, 1982-. III. Universidade Federal do Paraná.
Programa de Pós-Graduação Mestrado em Filosofia. IV. Título.

Bibliotecária: Fernanda Emanóela Nogueira Dias CRB-9/1607

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação FILOSOFIA da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **FRANCISCO EDGAR MANGUEIRA NITAO** intitulada: **JUSTIÇA E LEI NATURAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO**, 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 mestre 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, 28 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica

02/04/2024 11:15:06.0

LUCIO SOUZA LOBO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/04/2024 12:43:36.0

BERNARDO GUADALUPE DOS SANTOS LINS BRANDAO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

01/04/2024 11:39:57.0

EDUARDO SEINO WIVIURKA

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

AGRADECIMENTOS

Em especial ao Deus criador do universo, àquele que era, é, e sempre será; por ter me dado a oportunidade de existência e possibilitar a conclusão deste trabalho.

À minha esposa e amiga Zenilda Lima e meus filhos Layla Crsitiny e Marcos Vinícius, pelo apoio e amor constante.

Com carinho especial agradeço à professora Elayne Auxiliadora de Freitas Calsavara que em 2011, na graduação do curso de Direito da PUC/PR, me disse que um dia deveria fazer o mestrado.

A esta Universidade representada por seu corpo docente pela oportunidade concedida.

Em especial ao professor orientador Dr. Lucio Souza Lobo, o qual, sem ele este trabalho não seria possível, pelas inúmeras aulas e explicações sobre a doutrina da lei natural e filosofia tomista, sempre de modo prestativo e atencioso e, sobretudo pela amizade e pelo exemplo prático de vida.

Aos professores Dr. Bernardo Brandão e Dr. Eduardo Seino Wiviurka pelos apontamentos e orientações por ocasião da banca de qualificação, as quais, já adicionadas ao texto, aprimoraram em muito a pesquisa.

RESUMO

Este estudo buscou analisar a ascensão da juristocracia, salientando a possível concentração de poder na Suprema Corte à luz dos princípios de justiça do pensamento tomista e das críticas de Finnis à teoria de Dworkin. Apesar do papel constitucional da Suprema Corte, sua atuação pode refletir arbitrariedade, desafiando a ordem constitucional. Este estudo tem como objetivo geral analisar a lei natural como fundamento para a justiça e o direito, especialmente no que diz respeito à emergência da juristocracia e ao desrespeito aos direitos humanos, comparando a incompatibilidade de aplicação da teoria de Dworkin diante da crítica de Finnis, a luz do pensamento tomista, visando aplicar os princípios da lei natural para promover uma jurisdição mais equitativa e fundamentada em valores éticos universais. Justifica-se pela importância de dar atenção às práticas judiciais que facilitam a concentração de poder, assim como a tomada de decisões que vão de encontro aos princípios democráticos e aos direitos individuais. Sendo assim, o pensamento centrado na justiça e na lei natural desempenha um papel essencial e constante na reflexão filosófica e jurídica ao longo da história. Conclui-se que a Lei natural oferece mecanismos indispensáveis para a manutenção do Estado de Direito. As limitações encontradas incluem a análise centrada no contexto brasileiro e no STF. Recomenda-se uma abordagem comparativa internacional, considerando outras instâncias judiciais e explorando as interações entre aspectos jurídicos, políticos e sociais. Esta pesquisa destaca a necessidade de compreender as complexidades do sistema jurídico em constante evolução, incorporando os princípios de justiça tomistas e as críticas de Finnis à teoria de Dworkin.

Palavras-chave: Direito. Dworkin. Juristocracia. Lei Natural. Finnis.

ABSTRACT

This study sought to analyze the rise of juristocracy, emphasizing the possibility of concentration of power in the Supreme Court in light of the principles of justice of Thomist thought and Finnis' criticism of Dworkin's theory. In addition to the constitutional role of the Supreme Court, its actions may be reflected in arbitrariness, in disagreement with the constitutional order. This study has the general objective of analyzing justice and natural law as a foundation for law, especially with regard to the emergence of juristocracy and the disrespect for human rights, comparing the incompatibility of the application of Dworkin's theory to Finnis' criticism, a In the light of Thomistic thought, it begins to apply the principles of natural law to promote more equitable competition based on universal ethical values. It is justified by the importance of paying attention to judicial practices that facilitate the concentration of power, as well as decision-making that goes against democratic principles and individual rights. Therefore, thinking centered on justice and natural law plays an essential and constant role in philosophical and legal reflection throughout history. It was concluded that natural law offers indispensable mechanisms for maintaining the rule of law. The limitations found include an analysis focused on no Brazilian context and no STF. An international comparative comparison is recommended, considering other judicial instances and exploring the interactions between legal, political and social aspects. This research highlights the need to understand the complexities of the legal system and its constant evolution, incorporating Finnish Thomistic and critical principles of justice and Dworkin's theory.

Keywords: Dworkin Law. Jurisdiction Natural law Finns

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.....	12
2.1 INTRODUÇÃO.....	12
2.2 O POSITIVISMO JURÍDICO.....	13
2.3 O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.....	17
2.4 JURISTOCRACIA.....	20
2.4.1 As circunstâncias de confirmação da Juristocracia	24
3. LEI NATURAL	28
3.1 TOMÁS DE AQUINO	28
3.2 A ESSÊNCIA DA LEI	30
3.3 A LEI HUMANA OU POSITIVA	34
3.4 A LEI NATURAL	39
4. DIREITO	43
4.1 A CONCEPÇÃO DE DIREITO SEGUNDO TOMÁS DE AQUINO	43
4.2 A PRESENTE DIVISÃO DO DIREITO EM NATURAL E POSITIVO.....	47
4.3 O DIREITO DAS GENTES	50
4.3.1 O direito das gentes e a Lei natural de Aquino de acordo com a teoria de Finnis	62
5. A CRÍTICA À POSIÇÃO DE RONALD DWORKIN E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO MEDIANTE A REINTRODUÇÃO DA LEI NATURAL	56
5.1 JUSTIÇA DE QUEM?	56
5.2 OS FUNDAMENTOS DA TEORIA LIBERAL DO DIREITO DE RONALD DWORKIN	58
5.2.1 Teoria dos princípios normativos.....	59
5.2.2 Interpretação da prática social e do direito	61
5.2.3 Direito fundamental à igualdade (Consideração e Respeito)	63
5.3 A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN	66
5.4 CRÍTICAS A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN	70
5.4.1 O conservadorismo de Rogger Scruton versus a teoria liberal de Ronald Dworkin	71
5.4.2 A crítica de Jonh Finnis	74
5.4.2.1 <i>Finnis versus Dworkin</i>	77

5.5 DEFININDO O BEM COMUM	83
5.6 A LEI NATURAL COMO GARANTIDORA DO BEM COMUM	88
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS	95

1 INTRODUÇÃO

A pressa ainda paga a pressa, e o lazer responde o lazer, como desistir e medir ainda por medida (Shakespeare, 1603, ato V, cena I). Ao longo da história humana presenciou-se a construção e desconstrução de inúmeros discursos fundamentados nos preceitos morais. Resultando, quase sempre, em variantes das normas e regras que orientam e restringem as ações individuais e coletivas na sociedade política na qual estamos inseridos, atendendo principalmente a um juízo de ordem.

Ao observarmos o ideal da obra *Medida por Medida* de William Shakespeare, este tem o poder de nos inspirar e nos fazer refletir. Faz-nos refletir sobre a fragilidade humana diante das leis: sejam as leis escritas, isto é, aquelas que exigem respeito e obediência em razão de seu caráter obrigatório ou aquelas leis não escritas, que transcrevem na consciência humana condutas de sentido e valor.

Medida por Medida por ser considerada por Harold Bloom¹ “o adeus de Shakespeare da comédia” é uma obra esplendida em todos os sentidos. De fato, Bloom tem razão, pois ela nos conta a história do duque Vicêncio que deixa Viena sob o controle político de Ângelo para poder viajar à Polônia.² O motivo de sua viagem? O duque estava desgostoso com a luxúria e o desrespeito à lei que havia se multiplicado em Viena e por isso, necessitava de alguns dias para poder pensar e refletir.

No entanto, o duque não viaja. Disfarça-se como frade e se esconde na igreja local. Enquanto isso, Ângelo, com todo o poder conferido, visando coibir e punir os impulsos sexuais de seus concidadãos, exceto os seus próprios, impõe obediência irrestrita à lei que ele mesmo inventara sob pena de prisão e decapitação.

A partir daí, há perseguições, prisões, ordens de decapitação, coibições, etc. O temor e insatisfação passam a ser a marca dessa nova Viena, que sob o signo de uma lei criada para atender os desejos sórdidos de um único homem agora impõe ao cidadão obediência e respeito.

Medida por Medida denuncia o desastre de uma cidade quando uma lei tem seu fundamento unicamente na vontade de um tirano, uma lei cujo fim último não é o

¹ Bloom, H. **Shakespeare, La Invención de lo Humano**, 1986, p 450.

² Neto, P. **Shakespeare, Medida por Medida**, 2017, p. 24.

bem comum, mas a própria vontade e interesse daquele que a criou. Expõe como a vida na cidade se torna opressiva e calamitosa quando a autoridade criadora da lei desconsidera bens humanos básicos e essenciais à vida e à liberdade.

Medida por Medida é uma peça que, embora escrita há séculos atrás, mostra-se muito presente em nossa sociedade atual. Levantando questionamentos que devem ser considerados seriamente por aqueles a quem fora outorgado o poder. As normas são boas e validas apenas porque procedem da autoridade política? Ora, não é assim em nosso mundo tão moderno? Seria aceitável questionar se a norma traz algum benefício social? A lei não tem sido fundamentada na vontade de alguns poucos tiranos? Constantemente não tem sido dadas as Cartas Magnas a interpretação que convém resguardar os interesses apenas de certos grupos? Em que consiste um regime totalitário, se não naqueles que fazem uso da lei para impor suas vontades? Essas são apenas algumas questões do nosso mundo que *Medida por Medida* nos faz pensar.

O objetivo principal deste trabalho é alertar sobre a iminente eclosão de um novo tipo de totalitarismo e autoritarismo que está à espreita. Originado do cinismo e forjado dentro do escopo das decisões judiciais das Cortes Superiores, esse novo autoritarismo busca sobrepor-se a toda ordem jurídica e subjugar a todos à sua vontade, sem conceder espaço para contestação. No entanto, é somente a lei natural que pode erguer-se como uma barreira contra este novo tipo totalitário visivelmente em formação.

Foi Bertrand de Jouvenel que lembrou em sua obra *O Poder – a História Natural de seu Crescimento*, que somente a doutrina da lei natural esboçada por Tomás de Aquino pode fazer valer o direito, e servir como freio e barreira contra o poder que avança para dentro das liberdades humanas.³ Por isso, não só foi Jouvenel (2018) que orientou voltar à Tomás, mas renomados pensadores como Michel Villey⁴, Javier Hervada⁵, John Finnis⁶ Alfredo Culleton⁷, Luiz Fernando Barzotto⁸ e outros.

³ Jouvenel, B. **O Poder, História Natural de seu Crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 2018, p. 258 e 384.

⁴ Villey, M. **Questões de Tomás de Aquino, Direito e Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁵ Hervada, J. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶ Finnis, J. **Lei natural e direitos naturais**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2007.

⁷ Culleton, A. **Ockham e a lei natural**. Florianópolis, UFSC, 2011.

⁸ Barzotto, L. F. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Eles compartilham a convicção de que a doutrina da lei natural oferece uma base moral sólida para a construção do direito e a tomada de decisões judiciais, impedindo assim a arbitrariedade e garantindo a integridade dos princípios democráticos. Dessa forma, antes de podermos verdadeiramente estabelecer e compreender a doutrina da lei natural, é imperativo refletir sobre o problema que nos assola: a juristocracia, ou seja, o governo dos juízes das supremas cortes. Devemos reconhecer que os desdobramentos desse fenômeno não são aleatórios, mas sim decorrentes do novo constitucionalismo, que de certa forma representa uma adaptação do positivismo jurídico. Essa reflexão evidencia a importância de resgatar e fortalecer os alicerces éticos no exercício do poder judiciário, visando a preservação da justiça e da democracia em nossa sociedade.

Portanto, a adoção dos princípios de acordo com a filosofia de Ronald Dworkin pela Suprema Corte tem sido associada à proliferação do totalitarismo e ao desrespeito aos direitos humanos, o que tem gerado um movimento denominado juristocracia. Neste cenário, a solução proposta reside na aplicação da lei natural como uma forma de mitigar os abusos de poder e restaurar a justiça genuína. A lei natural, baseada em princípios éticos e morais universais, oferece um contraponto fundamental ao viés interpretativo da jurisprudência baseada em princípios, defendida por Dworkin, que pode conduzir a decisões arbitrárias e injustas. Sendo assim, ao reconhecer e integrar os fundamentos da lei natural em suas deliberações, a Suprema Corte e outros órgãos judiciais podem promover uma ordem legal mais equitativa e alinhada com os valores fundamentais da humanidade.

Este estudo tem como objetivo geral analisar a justiça sendo ela e a lei natural o fundamento do direito, especialmente no que diz respeito à emergência da juristocracia e ao desrespeito aos direitos humanos, comparando a incompatibilidade de aplicação da teoria de Dworkin diante da crítica de Finnis, a luz do pensamento tomista, visando aplicar os princípios da lei natural para promover uma jurisdição mais equitativa e fundamentada em valores éticos universais.

A presente dissertação justifica-se pela necessidade de analisar os impactos decorrentes da aplicação dos princípios da filosofia de Ronald Dworkin, visto os perigos causados por essa aplicação para o cenário jurídico. O propósito fundamental é oferecer uma justificativa embasada e aprofundada para a proposição de estratégias que integrem os princípios da lei natural, contribuindo para a equidade na criação e aplicação das leis. Salientando a importância de dar atenção

as práticas judiciais que facilitam a concentração de poder, assim como a tomada de decisões que vão de encontro aos princípios democráticos e aos direitos individuais.

Sendo assim, o pensamento centrado na justiça e na lei natural desempenha um papel essencial e constante na reflexão filosófica e jurídica ao longo da história. A intrincada relação entre justiça e lei natural, como fundamentos do direito, constitui um terreno fértil contribuindo de maneira significativa para o entendimento contemporâneo das bases éticas e morais do sistema jurídico.

Por sua vez, a lei natural de Tomás de Aquino emerge como um conceito ancestral, carregando consigo a promessa de uma ordem moral inerente que transcende as leis humanas escritas. Investigar como a justiça pode ser concebida à luz da lei natural e como essa abordagem pode moldar os princípios fundamentais do direito contemporâneo assume suma importância para o desenvolvimento contínuo de sistemas legais justos e equitativos, evitando, assim, as armadilhas resultantes deste novo autoritarismo, a juristocracia.

Dessa forma, este trabalho percorrerá o seguinte percurso: na primeira parte explicaremos como a filosofia pós-positivista jurídica surge como esperança de garantir os direitos fundamentais após o desastre da segunda guerra, no entanto, abre espaço para um novo movimento autoritário chamado juristocracia. Na segunda e terceira parte, apresentaremos a concepção tomista da lei natural e direito que ressurgiu diante da insuficiência do positivismo jurídico e pós-positivismo jurídico. E na última parte, esmiuçaremos a teoria pós-positivista do direito e da justiça de Ronald Dworkin, confrontando-a com a doutrina jusnaturalista/tomista de John M. Finnis, sendo esta a única capaz de ilidir o problema da juristocracia, estabelecer a ordem, respeitar os direitos humanos e promover o bem comum.

Atualmente, há um retorno à tradição jusnaturalista e um debate em torno dela; formaram-se na verdade três correntes, como bem explica Bruno Zampier⁹ em sua dissertação de mestrado: a primeira, formada por Germain Grisez e John Finnis, para a qual o direito natural não depende nem da metafísica e nem da teologia; a segunda, por Henry Veatch e Anthony J. Lisska, afirma que o jusnaturalismo requer o amparo da metafísica, mas não da teologia; e a terceira, para a qual tanto a

⁹ ZAMPIER, Bruno. **John M. Finnis e as objeções cétricas à Lei Natural**. 2016. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Federal do Paraná. Paraná, p. 157. 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/43401/R%20-%20D%20-%20BRUNO%20ZAMPIER.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

metafísica quanto a teologia são necessárias, formada por pensadores como Ralph McInerny e Fulvio Di Blasi.

É preciso dizer que a posição de John Finnis é tão polêmica quanto fundamental para o debate filosófico, ético e político da atualidade. Por isso, sua resposta a Ronald Dworkin apresentada no final deste trabalho, deixa muito claro que estamos diante de uma encruzilhada jus-filosófica, que nos apresenta de um lado, um novo tipo de autoritarismo e, de outro, um retorno à tradição jusnaturalista.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

2.1 INTRODUÇÃO

A história das ideias nos mostra que os últimos séculos foram marcados por intensas disputas e crescentes teorias da filosofia do direito. Muitas, dessas teorias, apontando que o juspositivismo é quem garante a melhor estabilidade na ordem jurídica em razão de sua cientificidade e rigor. Outras, no sentido oposto, apontando que o jusnaturalismo é o único que pode, de fato, concretizar o real sentido do direito, isto é, seu propósito e valor.

Desde a abertura da *via moderna* que se deu com a querela entre o Papa João XXII e Guilherme de Ockham¹⁰, inúmeros trabalhos de filosofia do direito foram realizados no sentido de garantir a vitória do juspositivismo no debate contra o jusnaturalismo. Pensadores como Grotius, Hobbes, Locke, Wolff, Pufendorf, Lutero, Bacon, Hume, Sieyès, Rousseau, prepararam o terreno filosófico e político para que nosso mundo pudesse experimentar a cientificidade do juspositivismo que tanto pregou Kelsen, Bobbio e Carré de Malberg.

Por conseguinte, após o mundo ter experimentado a cientificidade e as consequências advindas de normas desprovidas de sentido e de humanidade, pensadores como Ronald Dworkin, John Rawls e Amartya Sen compreenderam que o juspositivismo precisaria ser adaptado, pretendendo assim reformá-lo. Fazendo – se necessário que o juspositivismo recebesse um adendo que o tornasse mais humano e que garantisse direitos fundamentais como a vida e a liberdade ao mesmo tempo que inviabilizasse de pronto qualquer tentativa autoritária que resultasse em medidas totalitárias e catastróficas para a humanidade.

Esta nova teoria do direito é chamada por alguns de pós-positivismo jurídico, e por outros, de novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo. O pós-positivismo jurídico tem como característica principal outorgar o poder aos juízes para a criação, interpretação e aplicação de princípios normativos que possuem peso igual em sentido de normatividade daquelas disposições descritas

¹⁰ O *Opus nonagintadierum*, propõe-se a discutir a bula *Quia vir reprobus*, a última daquelas bulas com as quais João XXII fulminou os franciscanos.

expressamente na Constituição, que foram discutidas e aprovadas pelos representantes do povo através de um longo processo democrático constitucional.

Se assumirmos, brevemente, que o pós-positivismo jurídico de forma prática deu aos juízes das supremas cortes o poder de modificarem a Constituição no momento em que entenderem, deve-se questionar – se nessa doutrina também não está contido o mesmo germe do autoritarismo que marcou o século XX.

Buscando responder essas perguntas e de fato verificarmos o rumo perigoso que estamos tomando, precisamos voltar no tempo e explicar ainda que brevemente a respeito do positivismo jurídico, porque esta nova doutrina do direito (pós-positivismo) para muitos e para este autor também, é apenas um aperfeiçoamento do positivismo jurídico, portanto, não haveria como explicá-la sem que primeiro pudéssemos entender, ainda que brevemente, o que de fato é o positivismo jurídico.

2.2. O POSITIVISMO JURÍDICO

O principal expoente do juspositivismo se chama Hans Kelsen. Este jurista elevou o juspositivismo a um nível de intelectualidade tão alto, que ainda hoje conquista adeptos. O objetivo do mestre de Viena foi construir uma teoria pura do direito, libertando-a de todo juízo de valor. Kelsen, buscou ir além de Kant, ao estatuir sua norma fundamental como a norma mais elevada e pressuposta. Esta norma fundamental constitui a unidade de pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as outras normas pertencentes a uma ordem jurídica normativa.

Segundo Kelsen (2009), a teoria pura do direito não tem por conteúdo, senão o fato produtor de normas, isto é, a atribuição de poder a uma autoridade legislativa para a criação de normas. Uma norma só será válida se criada pela forma determinada a partir da norma fundamental pressuposta, isto é, um ato especial de criação, um processo legislativo. A natureza desta norma fundamental repousa em uma Carta Magna efetivamente estabelecida, produzida pelo costume ou elaborada por um estatuto.

Se considerarmos assim, torna-se indiferente o conteúdo que esta Constituição possa ter, se é injusta ou justa, se garante ou não uma situação de paz

dentro de uma comunidade.¹¹ O que importa é a sua validade. Isso, de uma certa forma foi afirmado por Norberto Bobbio (1995) ao admitir que o verdadeiro direito nada deve, seja à justiça ou algum preceito moral, porque o direito é a expressão dos mais fortes e não dos mais justos. Em suma, nunca foi o objetivo do positivismo jurídico promover o bem-estar humano, mas sim, tornar o direito válido e para ser válido deveria ser desprovido de qualquer elemento valorativo.

O conceito elaborado por Bobbio de positivismo jurídico será “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.¹² Para o correto entendimento acerca da definição adotada faz – se da mesma maneira o estabelecimento estratégico de um conceito operacional para a categoria direito positivo. De modo que, a partir do mesmo Bobbio, recomenda-se o entendimento da expressão direito positivo como o conjunto de normas de comportamento temporariamente existentes em determinado Estado e cuja observância é obrigatória nos limites da soberania deste, mutáveis no decurso do tempo e produzidas por manifestação de vontade dos órgãos estatais previamente estabelecidos para tal finalidade, mediante observância de procedimentos igualmente previstos.

Assim, compreendendo os conceitos funcionais abordados até este ponto, pode-se considerar como juspositivistas aquelas teorias que instituem como direito exclusivamente aquele conjunto de normas de comportamento elaboradas pelos órgãos estatais em estrito cumprimento a procedimentos preliminarmente estabelecidos e das quais a obediência por seus destinatários é indispensável nos limites da soberania da figura política que as estabelece.

Um dos alicerces da proposta teórica juspositivista é a diligência de tratar o direito como um axioma a ser descrito de maneira objetiva e irrestritamente isento de qualquer juízo de valor que possa conduzir a subjetivismos. De acordo com Bobbio:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato (Bobbio, 1995, p. 135).

¹¹ Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013 p. 224, 225.

¹² Bobbio, N. **O Positivismo Jurídico**, 1995, p. 26.

De modo que para Warat (1995, p. 104), esse afastamento planejado pelo pensamento juspositivista no que se refere aos pareceres teóricos que procuravam uma abordagem axiológica do evento jurídico se explanava doravante a necessidade de se colocar a verdadeira ciência do direito protegida de fortuitas influências da filosofia, da sociologia e da ciência política. Portanto, ratifica o autor supracitado:

A teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema e assim manter-se, respeitosamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política (Warat, 1995, p. 104).

Se de fato tal jactância de descrição do acontecimento jurídico com purificação de todo e qualquer gravame valorativo dos limites do direito obtém destaque na *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (1998, p. 18), não se pode esquecer a presença do autor supracitado, independente da forma, na construção teórica de todos os juspositivistas.¹³ O pensamento aceito pelos positivistas, é que o estudo do direito se faça nos limites estreitos de sua realidade, dificultando, assim, que sejam realizadas análises com base em um suposto (ou pressuposto) direito ideal. De acordo com os juspositivistas, o direito deve ser percorrido de maneira descritiva – o direito assimilado como é, e não de maneira prescritiva – o direito como deveria ser.¹⁴

Interpelar o direito de tal maneira, evitando completamente os juízos valorativos e, especialmente, refutando a priori qualquer investida de determinação de um argumento do direito que se encontrasse de acordo com determinados valores, termina por estimular três questões pertinentes:

- a) a definição dos campos da ciência do direito e da filosofia do direito;
- b) a elucidação da relação existente entre validade e eficácia do direito; e
- c) a aceitação de uma postura formalista perante o fenômeno jurídico.

No que diz respeito à primeira questão, ao circunscrever a ciência jurídica ao estudo descritivo do direito, sem interposição de componentes apreciativos nas análises consumadas, os positivistas acabaram por modificar tal abordagem axiológica ao campo da filosofia do direito. Dessa forma, faz-se necessário traçar

¹³ In Hart, H.. L. A. O Conceito de Direito. 1994, p. 300-301.

¹⁴ In Kelsen, H. Teoria Pura do Direito. 1998, p 82.

uma linha divisória clara¹⁵ que posiciona em lados diferentes maneiras diferentes de abordagem do fenômeno jurídico: a filosófica e a científica.

Dessa forma, Bobbio destaca que se pode definir a filosofia do direito como o estudo do direito da perspectiva de um determinado valor, baseado no qual se julga o direito passado e se tenta inspirar no direito contemporâneo e, destarte, passa a ser responsável pelas concepções do direito que podem ser identificadas como ideológicas, valorativas ou deontológicas, em contraposição às definições vigentes, desprovidas de valor ou ontológicas disponibilizadas pela ciência jurídica.¹⁶ Outrossim, essa perspectiva axiológica da filosofia é da mesma maneira destacada por Miguel Reale:

A crítica filosófica é sempre a apreciação dos pressupostos de algo segundo critérios de valor, tanto assim que se pode afirmar que toda crítica se distingue por sua natureza axiológica. [...] Neste trabalho de perquirição do essencial ou de busca dos pressupostos de algo, a valoração é, de certo modo, constitutiva da experiência. Quem filosofa valora (Reale, 2002, p. 67).

Percebe-se, com isso, que de maneira excludente, ao restringirem o campo de atuação da ciência do direito, a resguardando das análises valorativas, terminam os juspositivistas determinando de forma clara o campo das conjecturas filosóficas do direito.

Em relação à segunda questão apresentada, ao delimitar como único direito o que é colocado pelo Estado (fato), atua-se de forma impositiva à lógica de exercício juspositivista a realização iniciativa de uma escolha estratégica, qual seja: a opção entre o direito especulativo previsto e o direito factualmente realizado para ocupar o lugar de centro em sua moção teórica como o legítimo propósito da ciência do Direito.

E, nessa mesma linha de pensamento, a tomada de posição em benefício do primeiro termina por se conceber na nota inconfundível imprescindível entre as teorias juspositivistas em sentido literal e as teorias realistas do direito. E, finalmente, a alienação de qualquer perspectiva de identificação de argumento prévio relacionado ao direito termina por fazer surgir, como idiosincrasias das teorias juspositivistas, também conhecido como formalismo jurídico.

¹⁵ Bobbio, N. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 138.

¹⁶ *Ibid* p. 138

Bobbio disserta que se pode entender, como formalismo jurídico, a conduta de enaltecimento exclusivo do direito como forma. De acordo com tal concepção, o direito não estatui aquilo que cada indivíduo deve fazer, no entanto, meramente a maneira como cada indivíduo deve agir caso queira alcançar os próprios objetivos. Dessa forma, não caberia ao direito determinar o conteúdo da relação existente entre dois ou mais sujeitos, entretanto, o modo no qual ela deve assumir para ter certas implicações.¹⁷

Esta neutralidade axiológica que passa a engendrar os fundamentos do direito a partir da teoria pura de Kelsen, possibilitará diversas concepções, ao mesmo tempo que reproduz e enxerta diferentes interpretações do que é o direito no direito de Kelsen. Marcado por uma contradição imanente verificamos que o rigor de seu formalismo abrirá espaço para qualquer narrativa ideológica.¹⁸

Esta contradição, afirma Eric Voegelin (2017), está contida, na pureza metodológica que a ciência do direito busca ter, no axioma de que cada ciência é baseada em seu respectivo método de investigação. É nesta quadra jusfilosófica onde se misturam componentes ideológicos ao mesmo tempo que se busca pureza de qualquer conteúdo valorativo no sentido da norma, que muitos autores acusarão o juspositivismo pela ascensão do nazismo e fascismo e, por conseguinte, na justificação dos seus crimes. Esta é a tese de Hebert Hart em "*Positivism and the Separation of Law and Morals*" publicado em 1958.

2.3. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Ao buscar superar o positivismo jurídico de Kelsen, Hart (2018) apontará que em resposta aos graves problemas sociais deixados pelas injustiças dos regimes totalitários devem surgir novos debates em torno do direito. Atento a tudo isso, um de seus principais alunos, Ronald W. Dworkin se destacará com sua ontologia objetivista do direito. Ronald Dworkin é considerado o principal filósofo da teoria pós-positivista atualmente.

¹⁷ Bobbio, N. **Teoria da Norma Jurídica**. p.71.

¹⁸ Voegelin, E. **Reflexões Autobiográficas**. São Paulo: É realizações, 2017, p. 44.

A principal obra de Dworkin é *Levando os Direitos a Sério*¹⁹ desde sua publicação, a doutrina jurídica em uníssimo som, passou a crer que os fundamentos do direito não deveriam mais estarem firmados na literalidade da lei. Passou-se a pensar, embora com certas variações, que o direito é um conceito interpretativo e produto de uma certa prática social.

Segundo o que foi abordado até o momento, compreende-se que o positivismo jurídico²⁰ consiste em uma doutrina ideológica que aplica os princípios do positivismo filosófico à esfera do Direito, com o objetivo de criar uma ciência jurídica, com os mesmos princípios das Ciências Exatas ou Naturais, firmada assim em convicções de fato e não de valor (Barroso, 2015).

O principal propósito com isso é chegar a uma objetividade científica, baseada na realidade perceptível e não na conjectura filosófica, dissociando-se por completo o direito da moral e dos valores. Dessa forma, o direito passa a ser entendido plenamente na norma, ato procedente do Estado com caráter imperativo e força coativa (Barroso, 2015). Por conseguinte, o pós-positivismo jurídico consiste em uma moção elaborada em decorrência de uma cadeia de eventos históricos e mudanças ocorridas na esfera social, que influenciaram a transformação de alguns dos postulados determinados pelo positivismo.²¹

Seu surgimento ocorreu como resultado de uma série de doutrinas elaboradas logo após a segunda grande guerra, trazendo questionamentos relacionados a rigidez sistemática e outros pressupostos positivistas (Losarno, 2010, p. 68). Inerentemente, os pós-positivistas teceram críticas à maneira desprovida de valor ou formalista de idealizar o direito pelos positivistas e sua obstinação pela ausência de subjetividade, trazendo como resultado o direito meramente um instrumento do exercício do poder empregados pelas diversas correntes políticas, na qual, algumas eram fundamentadas em preceitos autoritários, demonstrando total desprezo ao indivíduo.

Ao mesmo tempo em que expressavam que o juspositivismo tornou o direito obsoleto para atender uma sociedade demasiadamente inconstante, na qual novos problemas surgiam com uma rapidez sem precedentes e que com a mesma

¹⁹ Principal obra de Ronald Dworkin publicada em 1977.

²⁰ Bobbio, N. **O positivismo jurídico: lições sobre Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

²¹ Barcellos *et al.*, 2003.

velocidade com a qual surgiam demandavam resoluções efetivas. Defendiam que a lei representa em muitas situações a vontade de um grupo em particular e não de toda a sociedade, de maneira que se torna em muitos casos um instrumento de instabilidade e não de segurança, como fora concebido. Compreendiam, assim, que os ordenamentos jurídicos contemporâneos deviam resultar de uma pluralidade de fontes, com o intuito de atribuir legitimidade a grupos menores, que sempre ficam em segundo plano em matérias legais (Zagrebelsky, 2011).

De acordo com essa perspectiva, pode-se expressar que o pós-positivismo é, segundo Barroso (2015, p. 276) “[...] a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” Destaca-se da afirmativa acima que se trata de uma convicção difusa, haja visto que os “autores que se denominam como pós-positivistas” tecerem críticas ao sistema positivista nas diversas perspectivas, isso provocou o surgimento de diversos estudos para buscar uma nova forma de aplicação do direito.²²

Consequentemente, o direito, visto por essa nova interpretação, torna-se um instrumento mais eficiente para a resolução dos conflitos e, não apenas mais um instrumento da lei, visto que em algumas situações aceita a justiça em desfavor da segurança jurídica disposta pela lei (Zagrebelsky, 2011). Nasce a consciência de que, em uma sociedade extraordinariamente plural e em constante processo de evolução, o direito não deve mais estar cabalmente contido na lei, assim como a consciência de que já não tem mais lugar no mundo leis despóticas embasadas no desrespeito ao homem e a sua individualidade (Bobbio, 2007).

Não há dúvidas que a filosofia do direito de Ronald Dworkin foi fundamental para o surgimento da juristocracia, por isso, na última parte deste trabalho, vamos esmiuçar sua teoria da justiça e do direito, demonstrando como e porque ela retroalimenta este novo autoritarismo provocando desequilíbrio entre os poderes e caos na ordem jurídica. Além disso, vamos confrontá-la com a doutrina da lei natural e verificar que ela não é capaz de garantir o mais essencial às pessoas, o bem comum.

²² Bicalho *et al.*, 2011

É nesta perspectiva que Ran Hirschl, previu no início do novo milênio que o novo constitucionalismo iria nos conduzir rumo à juristocracia. É sobre isso que vamos tratar a partir de agora.

2.4. JURISTOCRACIA

A prova da sobremesa está em comê-la, - afirmava Ronald Dworkin, como bem lembra Ran Hirschl em sua obra Rumo à Juristocracia. Segundo Hirschl, Dworkin é o maior preponente do pós-positivismo (constitucionalização e revisão judicial), contudo, nenhum de seus livros cita qualquer trabalho empírico sobre as terríveis conseqüências desse movimento jusfilosófico que ele encabeça²³.

A filosofia pós-positivista encabeçada por Dworkin é mais perigoso que o positivismo jurídico, por ser silencioso, cínico e global. Nele estão contidos elementos visíveis de contradição filosófica, além de práticas autoritárias e totalitárias, não mais por “Hitleres” ou “Stalins”, mas por aqueles que têm o dever de dizer e garantir o direito: os juízes de supremas cortes.

No cenário jurídico-político das Constituições liberais, as opiniões contrárias ao positivismo jurídico praticada desde a filosofia analítica²⁴; o afastamento epistemológico assegurada pela robustez da aprovação do direito como linguagem, doravante do que foi possível, através do desvelar do que Warat²⁵ caracterizou como senso comum teórico dos juristas, desestruturar mitos do direito como indiferença ou a confiança na justiça dos tipos penais; e os novos fundamentos das teorias constitucionais que declaram a insegurança do conteúdo normativo das teorias constitucionais fundamentais, ostentaram claramente as limitações do positivismo jurídico e terminaram por subsidiar o crescimento do poder do intérprete para determinar o alcance da norma e demarcar o escopo dos direitos fundamentais normativamente garantidos²⁶.

²³ Hirschl, R. **Rumo à Juristocracia – As origens e conseqüências do novo constitucionalismo/** Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p 32.

²⁴ Nino, C. S. **Introdução à análise do direito.** São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010.

²⁵ Warat, L. A. **Introdução geral ao direito.** 1ed., vol. I, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 13 e ss.

²⁶ Streck, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 5 ed., rev., mod. e ampl. São Paulo, 2014, p. 68-83.

Não obstante a interpretação se estenda aos diversos intérpretes sociais que atuam sobre a norma, corroborando-se, com Häberle²⁷, tornando este um grupo bastante diverso, diferencia-se ao magistrado através da arbitrariedade judicial, uma posição privilegiada no ato de interpretá-la e, destarte, atuar como constituinte dos seus sentidos e alcance, uma prerrogativa que desequilibra o arranjo clássico da tripartição dos poderes.

De acordo com Verbicaro²⁸ é possível relacionar quatro diferentes usos da arbitrariedade judicial, entre os quais dois são imprescindíveis à compreensão do papel decisivo dos atores no processo de tomada de decisão realizada no cenário da juristocracia. Observa-se uma chamada arbitrariedade fraca, “quando a decisão última sobre o justo no caso concreto é deferida à concepção individual da personalidade chamada a decidir”²⁹. E uma arbitrariedade forte, empregada para designar “a possibilidade de eleição entre diferentes cursos de ação igualmente válidos e admissíveis, a que acena para a ausência de uma resposta jurídica unívoca”³⁰.

Ambas as arbitrariedades, ao passo em que se reconhece que o sentido da norma é atribuído pelo ator, esvazia-se o significativo papel do legislador uma vez que a norma que ele favoreceu e aprovou pode, pelo meio interpretativo, ter o seu conteúdo modificado, tornando cada vez mais difícil a distinção entre criar, interpretar e aplicar a norma, um discernimento indispensável na concepção tripartite do poder. Razão pela qual, ainda que dogmaticamente mantenha-se o mesmo desenho institucional tripartite de poderes, o crescimento do espectro de atuação do judiciário esmaece a atuação do legislador, tornada legítima quase que somente em mecanismos periódicos de representação da vontade popular – o voto, que delimita a participação do cidadão ao momento da votação e dificulta o engajamento civil por meio do qual é possível atuar na formulação do conteúdo e do sentido das normas³¹.

²⁷ Häberle, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. 2 reimp. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

²⁸ Verbicaro, L. P. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. **Revista do Curso de Direito da UFSM**, 2018, v. 11, n. 2, p. 133-158.

²⁹ *Ibid.*, p. 138.

³⁰ *Ibid.*, p. 139.

³¹ Barbosa, C. M. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: Barreto, V. P., Duarte, F. C. e Schwartz, G. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba, Appris: 2013, p. 171-195.

De modo que faz-se necessário além da consolidação do papel do intérprete, a expansão da atividade do judiciário fosse revelada também no escopo das normas constitucionais que manifestam os direitos fundamentais. Argumentos relacionados aos direitos fundamentais, quando judicializados, são normalmente decididas através de técnicas que procuram garantir a racionalidade e sobretudo a legalidade do processo de tomada de decisão. O entendimento preponderante, no entanto, difere do que propugnava o positivismo jurídico, uma vez que não é mais o subjetivo, que aos poucos cede espaço à ponderação de princípios, no qual o espaço da arbitrariedade é muito maior, principalmente em um contexto de escassez de recursos em que é habitual ter-se que escolher um entre dois direitos fundamentais.

Ana Paula de Barcelos³² salienta que na constitucionalização de direitos sociais existe uma terceira razão para a forte expansão da atuação dos magistrados. De acordo com ela, a constitucionalização dos direitos sociais e a imposição por sua efetividade, associada à costumeira incapacidade do Estado de garantir a efetividade os direitos assegurados, na amplitude com que foram garantidos, implicaram em um maior controle judicial sobre a atuação dos governos em torno da formulação, implantação e avaliação de políticas públicas. De modo que o Judiciário eleva sua atuação tanto no aspecto material quanto no aspecto formal. No âmbito material ele passa a “corrigir políticas” ou “definir o conteúdo de tradicionais direitos de liberdade”, ampliando o espaço do ativismo judicial.

Já no âmbito formal, procura legitimar sua atuação como intérprete privilegiado (quando não o último) da norma, elevando seu papel enquanto ator político, sem os limites que a responsabilidade política impõe aos atores políticos em regimes democráticos. Os limites da arbitrariedade judicial determinam a compreensão do papel do intérprete, e essa era uma preocupação do positivismo jurídico que excepcionalmente agiganta-se no contexto pós-positivista³³, tornando-se uma questão central do debate entre substancialistas e procedimentalistas para a fundamentação da jurisdição constitucional³⁴.

³² Barcelos, A. Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 21 maio. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

³³ Rossi, *op. cit.*, p. 20

³⁴ Barboza, E. M. Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

De acordo com o que expressa Barbosa³⁵, entrementes Habermas, um representante da corrente procedimentalista, certifica as bases de uma democracia constitucional no processo de formação de vontades coletivas, adulterada por pessoas que reconhecem a si mesmas como integrantes de uma comunidade de pessoas livres e iguais que, em razão disto, suprimiriam decisões que estivessem além dos limites da moldura desenhada neste conjunto de valores, Dworkin, como expoente da corrente substancialista, rejeita o caráter discricionário da atividade decisória, ao passo em que reconhece a atividade interpretativa como a produção de um “romance em cadeia”, legitimada pelo princípio da integridade.

Observa-se que, a assunção do direito como linguagem, o escopo das normas definidoras de direitos e a amplitude do conteúdo das normas constitucionais, ampliam o papel do intérprete e aumentam sua discricionariedade. O intérprete privilegiado da Constituição é o magistrado, e de maneira especial os juízes de Cortes constitucionais, de modo que esses elementos que participam da disputa acerca do conteúdo da Constituição e marcam o processo de tomada de decisão, resultam no fortalecimento da atuação do Judiciário, ampliando em consequência os debates sobre como conter a arbitrariedade judicial.

A união desses precedentes condiz com o que Tate e Vallinder³⁶ relataram em *The Global Expansion of Judicial Power*, em um trabalho publicado em 1994, no qual atribuem o crescimento do Poder Judiciário ao fenômeno que intitulam judicialização da política. Embora a origem do termo parece recente, a preocupação com o chamado governo dos juízes, segundo salienta Barbosa³⁷, é algo que vem sendo muito bem pontuada na clássica obra *The least dangerous branch*, do norte-americano Alexander Bickel³⁸, publicada em 1962. Na obra em questão, o jurista identifica no exercício judicial *review* uma “dificuldade contramajoritária” do Judiciário para rever leis apoiadas pela maioria eleita.

O autor supracitado, no entanto, nega que isso constitua um perigo visto que entende, assim como expresso em *The Federalist* n. 7832, que “onde a vontade do legislador, declarada nas leis, colocar-se em oposição à vontade do povo, declarada

³⁵ Barbosa, C. M. *op. cit.*, 2013, p. 09.

³⁶ Tate, C. N. e Vallinder, T. **The global expansion of judicial power**. New York e London: New York University Press, 1994.

³⁷ Barbosa, C. M. 2013, *op. cit.*, p. 13

³⁸ Bickel, A. M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven, USA e Londres, England: Yale University Press, 1986.

na Constituição, os juízes devem ser governados por estas e não por aquelas”³⁹, corroborando assim que o limite do judicial *review* está na vontade da Constituição, que não se obscurece com a vontade dos juízes.

Sem contrapor a judicialização da política, Ran Hirschl remaneja o crescimento global do poder judiciário em sua obra *Rumo a Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo*⁴⁰, em que o autor disserta acerca do que considera “um novo método de concretização de objetivos políticos e gestão de assuntos públicos”⁴¹, através do ativismo judicial.

A perspectiva do crescimento do Judiciário favorece o ativismo judicial que, em contrapartida, aproxima a função dos magistrados ao de “novos oráculos da lei”, expressão na qual Barbosa⁴² encontra ressonância para dissertar acerca do papel dos juízes na definição do significado da norma constitucional. Esta perspectiva torna evidente a interdependência entre o constitucionalismo, a constitucionalização de direitos, o ativismo judicial, a judicialização da política e o protagonismo político do Judiciário.

2.4.1 As circunstâncias de confirmação da Juristocracia

Portanto, a Juristocracia consolida o protagonismo dos magistrados na interpretação e constitucionalização do entendimento da norma, e reconhece um certo desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, entretanto, repele o potencial conflito que haveria entre legislatura e Judiciário. Não aceitando, portanto, a ocorrência de uma eventual usurpação de poder operada pelo judiciário em desfavor do legislativo no processo de tomada de decisão.

Em sua pesquisa, Ran Hirschl explora as origens do fenômeno da juristocracia, atribuindo-o à constitucionalização e à revisão judicial propostas por Ronald Dworkin, que, segundo Hirschl, ocorrem sem considerar as consequências

³⁹ Hamilton, A. **The Federalist** n. 78. Disponível em: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>. Acesso em: 20mai.2023.

⁴⁰ Hirschl, R. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**/ Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p 1.

⁴¹ “(...) a new method of pursuing political goals and managing public affairs.”

⁴² Barbosa, C. M. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abr. 2002.

(Hirschl, 2020, p. 32-33). Ao examinar seis cenários políticos em diferentes países com tradições jurídicas distintas, Hirschl⁴³ conclui que a transferência de poder do legislativo para o judiciário ocorre principalmente quando as elites tradicionais se sentem ameaçadas de perder seu poder devido a derrotas eleitorais para candidaturas mais alinhadas com a vontade e os interesses da maioria. Em outras palavras, quando candidaturas populares, que se beneficiaram historicamente das regras da democracia representativa, perdem sua eficácia em favor desses mesmos grupos. Ao analisar os cenários apresentados, o autor explica que o fortalecimento do poder judicial surge de duas hipóteses centrais: ação estratégica e preservação hegemônica.⁴⁴

Conforme o autor, a juristocracia consolida-se como resultado de uma forma auto interesse de preservação predominante, na qual as elites tradicionais cedem estrategicamente ao judiciário parte do poder político que antes possuíam, em troca de benefícios que podem conseguir com essa transferência. Por conseguinte, a hipótese da juristocracia contrapõe tanto no caráter permanente do processo de judicialização da política, quanto na concepção de que no cenário da judicialização o Judiciário estaria usurpando poder do legislativo. Existiria, primeiramente, um acordo entre as elites que, observando o enfraquecimento de seu poder nas urnas, optam por transferi-lo às cortes, principalmente as cortes constitucionais. Hirschl examina quatro motivos principais para essa transferência. A primeira é a diminuição dos custos políticos na transferência ao judiciário da tomada de decisões impopulares que causam desagrado as partes sensíveis dos eleitores.

A segunda refere-se ao apoio popular dado ao político por ele concordar em transferir decisões sensíveis a um corpo profissional e supostamente apolítico que possa tomá-las de maneira técnica e, em vista disso, mais segura. Já a terceira refere-se a situações nas quais grupos políticos ao defenderem posições divergentes não têm certeza do resultado e não querem pôr em risco suas preferências políticas em um embate no qual podem sair derrotados, sendo assim, transferir o poder decisório à Suprema Corte também contribui para criar obstáculos àqueles que defendem interesses divergentes. E, por fim, a transferência de poder

⁴³ Hirschl, R. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo/** Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p 5-16.

⁴⁴ *Ibid.*, p 5-16; p. 38 e ss.

de decisão aos juízes ocorre porque os detentores do poder político esperam que suas preferências poderão ser aprimoradas sob o regime político da juristocracia.

De acordo com o exposto acima, o pesquisador identifica duas diferentes estratégias de ação adotada pelos detentores do poder político em relação ao judiciário: a fina – e a espessa⁴⁵. A primeira leva em consideração, principalmente, a lógica do mercado eleitoral, e concebe que quanto mais os depositários do poder político tiverem a oferecer, melhores serão as condições de negociação, visto que quanto mais puderem oferecer aos grupos de interesse a expectativa de políticas serão permanentes e de longo prazo, mais chances terão de fortalecer parcerias duradouras. Em contrapartida, a segunda, espessa, tem seu alicerce na ideia egoísta da preservação hegemônica, de modo que as elites política, econômica e jurídica atuam com interesses diferentes, no entanto, buscando alcançar o mesmo objetivo: preservar sua hegemonia e seus interesses.

O objetivo principal é manter o poder, se não nas próprias mãos delegado a terceiros que possam atender a vontades daqueles que antes o detinham, nesse meio fica o povo, que pouco entende do desenrolar das esferas políticas e o impacto que esses acontecimentos têm em seu cotidiano. A aristocracia do judiciário ganha cada vez mais espaço e poder para modificar e criar leis que atendam aos interesses de todos, menos daqueles que de fato detém o poder e não tem se quer consciência de que o possui, isto é, a comunidade.

Nesse sentido, pode-se até pensar que a juristocracia vem assumindo o lugar da democracia no Brasil, uma vez que, no instante em que atores políticos outorgaram seus poderes para a Suprema Corte como um meio para reprimir as consequências resultantes da diminuição do apoio popular em relação à hegemonia ideológica e potenciais diminuições de controle sobre o campo majoritário de representação política (Hirschl, 2020).

Conforme, Barbosa e Carvalho (2016), não existe um processo de judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, mas, diferentemente de representação política pelo exercício judicial. É benéfico salientar que não é competência do STF o apanágio de representar o cidadão na esfera política, menos ainda se aliar a organismos políticos de descomplicado e contínuo trânsito na Corte.

⁴⁵Hirschl, R. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo/** Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p 5-16, p. 42-49.

Assim, os ministros da Suprema Corte demonstram não estarem satisfeitos com a investidura jurídica e as prerrogativas que a Constituição de 1988 lhes outorgou, uma vez que buscam politizar suas decisões. O empenho dos magistrados em tornar política suas decisões, trouxe muita atenção para a corte, de modo que, a toga não corresponde mais a juízes, aproximando-se cada vez mais de um traje que identifica a cúpula da elite política nacional. De acordo com Bittar *et al.*, (2018, p. 674), pelo apoio de atores da elite política observa-se que “o discurso jurídico pode servir como elemento ideológico e significar a contenção de ideais de liberdade, quando o direito se torna instrumento do poder descaracterizando-se de sua função”.

3. LEI NATURAL

3.1 TOMÁS DE AQUINO

Tomás de Aquino (1226-1274) é até os dias atuais considerado como um representante clássico da teoria da lei natural. Por meio de seu trabalho, ele foi capaz, além de sintetizar as ideias de seus predecessores romanos, gregos e patrísticas, prescrevendo o vocabulário filosófico e exercendo influência sobre as doutrinas escolásticas posteriores, como também aperfeiçoou uma doutrina que influencia filósofos, políticos e teóricos até os dias de hoje.

Tomás de Aquino, conforme bem ressalta o historiador Jacques Le Goff (2013), se tornou há séculos o principal doutor da igreja. Sua estatura de teólogo e [filósofo] repousa sobre uma base forte e rigorosa. Ele soube adaptar o patrimônio aristotélico à doutrina cristã e defendeu a força da razão humana.⁴⁶ No entanto, a cultura de Tomás está longe de ser apenas religiosa, - pois ele se inspirou em inúmeros autores pagãos que formaram o mundo cultural da Idade Média, a saber, Cícero, Ovídio, Sófocles, e, sobretudo Aristóteles.

Segundo Albert (1955) “a cultura profana que Tomás de Aquino se beneficia, e não se limita apenas à filosofia, ele também é contemporâneo do florescimento do direito erudito provocado pela redescoberta do Direito Romano”⁴⁷ que irá, de certo modo, inspirá-lo na construção de seu Tratado das Leis e do Tratado da Justiça.

Tomás de Aquino mostra uma preocupação de profundo realismo, levando em consideração o fato de que a vontade divina, como fonte de toda a lei, comunica-se com o ser humano que caminha no tempo e na história, fazendo uso de mediadores essenciais para a salvação.

Daí o caráter muito analógico do conceito de lei, revestindo -se de um conteúdo bem diferenciado a partir de uma ideia básica, pois se entende desde o pensamento divino como regulação suprema (a lei eterna) até as determinações mais contingentes das leis humanas. A lei é, portanto, uma forma de pedagogia divina dirigindo-se ao conhecimento humano. Mesmo em sua realização mais existencial (a nova lei de Cristo), ela resume toda a pedagogia divina, conduzindo-nos à salvação em virtude do fato de que ela é a própria graça, presença dinâmica do Espírito de Deus difundida a partir do Cristo Salvador, que a possui em plenitude (ST.I-II,q.91,a.2,p. 1151).⁴⁸

⁴⁶ Goff, J. L. **Homens e Mulheres da Idade Média**. São Paulo: Estação da Liberdade, 2013, p. 250.

⁴⁷ Aubert, J. M. **Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas**, Paris, 1950, p. 26-33.

⁴⁸ Aquino, T. **Suma Teológica**, I-II, q. 91, a.2. São Paulo: Loyola, 2010.

É neste momento de redescoberta e de inspiração que Tomás assim como Aristóteles, vai compreender que a cidade tem uma consistência natural, que não é totalmente dependente em sua existência da vontade dos homens. Ela é um meio necessário para que eles alcancem seus objetivos⁴⁹. Michel Bastit (2010) ensina que “nesse meio existe toda uma rede de relações que constitui propriamente o direito, o qual é uma realidade independente das leis. Estas leis fixam regras de condutas que devem ser observadas na cidade para que elas possam cumprir sua função, que é permitir aos indivíduos realizar sua natureza” e alcançar a felicidade comum.

Tomás de Aquino possui importância enorme no âmbito jurídico, uma vez que suas contribuições para a continuidade da justiça se encontram até hoje atuais e necessárias. Segundo Giordani (1984), Tomás deve ser reconhecido:

Pelo vigor de sua inteligência, pela solidez e amplitude de seu saber, pela profundidade de sua doutrina, pela sinceridade com que procurou a verdade, pela luminosa clareza com que expôs sua argumentação e pela admirável coerência com que formulou suas conclusões, uma fonte perene de inspiração para um vasto elenco de estudiosos que inclui principalmente teólogos, filósofos e juristas (Giordani, 1984, p.458).⁵⁰

Mas para isso, é necessário ligar a justiça da lei à realidade da vida da comunidade, a um só tempo em que sofrem tensão de outro elemento importantíssimo, isto é, a finalidade. Para Tomás “o último fim [finalidade] da vida humana é a felicidade”⁵¹, desse modo, a justiça da “lei, pertence àquilo que é princípio dos atos humanos, dado que é regra e medida, sendo necessário que vise à ordem e à felicidade comum”⁵², ordenando-se ao bem comum da comunidade.

De modo que vários pensadores, filósofos e juristas ao longo dos séculos têm reconhecido em Tomás grandes feitos na luta pelo esclarecimento dos conceitos de lei e de justiça, entre estes se destaca o pensador alemão Rudolf Von Jhering, ao expressar sua admiração por Tomás na segunda edição do segundo volume de sua obra *A Evolução do Direito*, dizendo claramente, a respeito de sua doutrina jurídica o seguinte:

Nesta presente segunda edição acrescento uma nota ao texto, graças à crítica que o Sr. Hohoff, Capelão em Häffe, consagrou à minha obra (no *Literarischer Handweiser*, sobretudo para a Alemanha católica, Münster, An. 23, n. 2), ao mesmo tempo que elucida com muitas e valiosas informações sobre a literatura concernente à moral católica. Prova-me ele, com citações

⁴⁹ Aristóteles. **A Política**, 1252b.

⁵⁰ Giordani, M. C. **Tomás de Aquino e o direito romano**. In: Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 458.

⁵¹ Aquino, T. **Suma Teológica**, I-II, q. 90, a.2. São Paulo: Loyola, 2010.

⁵² *Ibid.* q. 90, a.1

de Tomás de Aquino, que este grande espírito já havia reconhecido, com perfeita exatidão, tanto o elemento realista, prático e social, como o histórico da moralidade. Censura-me, e com justiça, pela minha ignorância. Mas tal censura cabe, com muito mais razão, aos filósofos e teólogos protestantes, pouco cuidadosos de tirar partido dos pensamentos grandiosos de Tomás de Aquino. Com espanto a mim mesmo me pergunto como foi possível tivessem jamais podido cair em tão completo esquecimento, entre os nossos sábios protestantes, verdades como as professadas por ele! Quantos erros ter-se-iam evitado se tivessem elas sido fielmente guardadas! Quanto ao que me toca, talvez não tivesse escrito de todo o meu livro se as houvesse conhecido; pois, as ideias fundamentais que nele ia expor já se encontram, com perfeita clareza e notável fecundidade de concepção, expostas nas obras desse vigoroso pensador (Jhering *apud* Corrêa, 1984, p.167).⁵³

Dessa forma, antes de avançarmos, precisamos compreender a essência da lei. Depois, entender acerca da lei positiva e da lei natural.

3.2 A ESSÊNCIA DA LEI

Tomás de Aquino compreenderá que a respeito da lei deve ser antes de tudo considerada sua essência⁵⁴, depois a divide em quatro partes: a) a lei eterna; b) a lei natural; c) a lei humana ou positiva; d) a lei divina. Não se trata de essência abstrata da lei, mas destinada de modo concreto a realizar-se, ainda que diversamente, conforme cada lei é considerada em seu próprio âmbito.

Ensina Michel Bastit (2010) que:

Tomás empenha-se primeiro em apreender uma noção da lei realizada através de diversas experiências, jurídicas, religiosas, morais que o homem pode ter dessa *realidade*. Não se trata, em absoluto, de buscar uma ideia de lei existente fora das leis particulares e das realidades diversas que são atualmente regidas por leis, mas de *buscar o que é a essência dessa diversidade*, mesmo que não exista fora das leis particulares em que essa noção é realizada (p. 35).

A lei natural⁵⁵ pode ser compreendida de duas maneiras, que são ao mesmo tempo diferentes e não excludentes. A primeira maneira refere-se ao direito natural e sua compatibilidade com o direito positivo⁵⁶. Já a segunda forma concebe a lei natural como fundamento para ações e justificativas morais. Tomada, de acordo com

⁵³ Jhering, R. **Der ZweckimRecht**. 2. ed .Leipzig: BreitkopfundHärtel, 1886. v. 2. p. 161. *Apud* Corrêa, Alexandre. Concepção tomista do direito natural (1941). In: Id. Ensaios políticos e filosóficos.

⁵⁴ *Ibid.* q. 90.

⁵⁵ As expressões lei natural e direito natural nem sempre são sinônimas em Tomás, mas, neste caso, são usadas como equivalentes.

⁵⁶ Sigmund, 1993.

a segunda maneira, a lei natural passa a ser vista como um conjunto de preceitos morais que conduzem à ação, fornecendo motivos justificáveis para ela (Honnefelder, 2010).

Tem-se de acordo com Bastit (2010), a ilusão que Tomás de Aquino considera que a lei natural envolve o universo por inteiro, tornando-se parte da lei eterna. Contudo, um olhar mais atento podemos observar que ele se refere à lei natural no sentido de englobar a participação humana na presença da lei eterna, tornando – a em nós. Sendo exposto claramente, somente na questão 94, em que se revela que a lei natural, em seu sentido mais exigente, não afasta o homem do universo. De modo que, entende-se que a lei natural é, no próprio sentido, o envolvimento do homem na lei eterna. Portanto, a razão torna-se a presença da lei eterna no homem sob os aspectos mais comuns da ação⁵⁷.

Portanto, tendo por base, o citado acima, são estabelecidos vínculos entre a lei natural com o próprio homem, com o cosmos e com a diversidade de costumes. Tomás de Aquino (ST, I-II, q. 91, a. 2, p.1511) mostra no próprio conceito de lei natural, “participação da lei eterna na criatura racional” que a lei da natureza provém da lei promulgada por Deus. Em suma, na compreensão de Tomás as leis estão ordenadamente colocadas de modo que, a lei eterna é considerada como a lei superior, haja vista que corresponde ao ordenamento existente na mente divina responsável pela criação de todas as coisas. Com o criador conservando em sua mente uma ordem determinada para a finalidade dos objetos criados, tornando-se, também, a lei eterna presente na mente divina capaz de regular e ordenar todas as criaturas.

Contudo, o ordenamento não ocorre de maneira igualitária, uma vez que alguns seres estão sumariamente subjugados por seus instintos naturais; já o homem, por sua vez, não é impulsionado a obedecer obrigatoriamente aos seus impulsos naturais.

Finnis (1980, p. 276-277): expressa que:

[...] do ponto de vista de Tomás de Aquino, a lei consiste em partes em regras que são “derivadas da lei natural como conclusões deduzidas de princípios gerais”, e de resto em regras que são “derivadas da lei natural como implementações [*determinationes*] de diretivas gerais (Finnis, 1980, p.276-277).

⁵⁷ Aquino, T. **Suma Teológica**, q. 91, art. 2, p. 1151.

Sendo assim, podemos entender que sendo a lei algo da razão, deve-se atentar para que esta obedeça a princípios corretos que tragam benefícios ao bem comum, uma vez que, a própria lei é elaborada com base nos hábitos da razão que tratam-se de virtudes intelectuais, portanto, não podem servir ao propósito de um único homem.

Portanto, segundo Tomás de Aquino, a essência da lei pode ser descrita como:

A lei é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação. [...] A regra e a medida dos atos humanos é, com efeito a razão, a qual é o primeiro princípio dos atos humanos, como se evidencia do que já foi dito; cabe, com efeito, à razão ordenar ao fim que é o primeiro princípio do agir (ST, I-II, q. 90, art. 1, p. 1506)⁵⁸

Com isso, Tomás de Aquino deixa claro que, a lei é fundamentalmente uma exteriorização da razão e não da vontade (ST, I-II, q. 90). É fundamentada na razão, uma vez que, a razão é “a regra e a medida dos atos humanos” e, desta forma, “a lei é certa regra e medida dos atos, segundo o qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação (ST, I-II, q. 90, a.1). A razão da lei está direcionada à ordem para o bem comum, que não suprime interesses particulares (ST, I-II, q. 90).

Segundo Tomás de Aquino, o ser humano participa da razão eterna, de onde retira a sua inclinação natural para realizar a ação e seus devidos fins. De maneira que, essa participação da lei eterna pelo homem – criatura racional – dá-se o nome de lei natural. Em suma, o lampejo da razão natural, pelo qual distinguimos o bem e o mal, pertencente à lei natural, não é senão a presença em nós da luz divina. Consequentemente, fica claro que a lei natural não é mais do que a participação da lei eterna na existência do ser racional⁵⁹.

Destarte, convém avultar que a existência da lei natural, factual do direito natural, obteve reconhecimento desde a Antiguidade, como resultado, assim afirma Aristóteles na Retórica:

É bastante cabível agora efetuar uma completa classificação das ações justas e injustas. Principiemos por observar que ações justas e injustas foram definidas relativamente a dois tipos de direito, além de o ser relativamente a duas classes de pessoas. Quando falo de dois tipos de direito ou leis, refiro-me à lei particular e à lei comum. A primeira varia segundo cada povo e é aplicável aos membros de cada povo, sendo parcialmente escrita, parcialmente não escrita; a lei comum é a lei natural, visto que há, de fato, uma justiça e uma injustiça das quais todos têm, de

⁵⁸ Aquino, T. Suma Teológica. questão. 90, art. 1, p. 1506.

⁵⁹ Id. 1ª parte da 2ª parte, q. 91 art. II. op. cit., p. 1738.

alguma maneira, a intuição, e que são naturalmente comuns a todos, independentemente de todo Estado (Polis) e de toda convenção recíproca. É isso que a Antígona de Sófocles expressa com clareza ao declarar que o sepultamento de Polinices fora um ato justo, a despeito da proibição; ela quer dizer que fora um ato justo por ser o direito natural...⁶⁰

Para que se possa compreender a essência do significado da Lei natural para Tomás faz-se necessário o entendimento do primeiro princípio da razão prática. Primordialmente, levar em consideração que Tomás contempla a razão teórica e a razão prática como faculdades em si mesmas, dotadas de seus próprios primeiros princípios, imbuídos por hábitos naturais auto-evidentes. Os princípios da razão prática não são os mesmos da razão teórica. Tomás de Aquino evidencia claramente que a moral não é – embora interpretada neo-escolasticamente erroneamente por falta de compreensão da doutrina de Tomás – inerente à metafísica. Contudo, existe uma relação estrutural equiparável entre as duas forças racionais.

Tomás considera que concentrar nas mãos de alguns o poder de tomar as decisões relativas à aplicação da lei, de modo que, se fosse tão absoluto o poder dos desembargos e dos éditos ao ponto de adulterar, com suas deliberações, a propensão das coisas, que garantias se teriam que estes não poderiam estatuir que o que é mau e deletério fosse considerado como bom e salutar? Portanto, ao considerar as questões elencadas anteriormente, entende-se que para distinguir a lei boa da má, deve-se observar a lei natural como principal respaldo. Haja visto que não é somente o justo e o injusto que pode ser diferenciado pela natureza, bem como tudo o que é honesto e o que é ignóbil. Através da lei natural, o ser humano desenvolveu um senso comum entranhado em seu espírito, capaz de identificar a honestidade como virtude e o ignóbil como vício.

Destituída de sua valência, a norma suprema da razão prática exhibe a sua incumbência constitutiva como o princípio de não discordância prática. Proporcional à lei teórica da não contradição, a mesma ampara a eventualidade do agir em absoluto. Em suma, estatuir e proibir uma ação simultaneamente é não regalar qualquer direção de ação peremptória. Atuando como um primeiro e supremo princípio, não apenas determina o papel individual, como também a compacidade de todas as regras, e, dessa forma, a compacidade de todas as condutas. Como um

⁶⁰ ARISTÓTELES. **Retórica**. I, 13. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p 21, p. 105.

ditame, ele fortifica como moralmente inescusável a todas as ações ou regras de ação que foram validadas como boas.

De acordo com Tomás de Aquino o objetivo geral da lei é perfazer a bondade moral nos homens, no entanto, tal bondade vem condicionada a categoria da lei: destarte que a lei eterna, a lei natural e a lei divina, possuem como finalidade redarguir o homem para que este seja plenamente bom. No entanto, ao adentrarmos a esfera da lei humana, está só tem alcance sobre as ações externas, de modo a produzir uma bondade relativa. Para melhor entendimento, faz-se necessário o reconhecimento da existência de duas ordens de efeitos da lei: o efeito próximo, que compreende a obrigação de fazer com que os indivíduos venham a agir de forma determinada. Já o efeito remoto tem a capacidade de tornar os homens irrepreensíveis com o intuito de alcançarem a felicidade final.

Portanto, a finalidade da lei é prover à ordem que resulte na felicidade pelo bem comum, independente da visão política ou religiosa das pessoas assistidas pela lei. Devendo, por conseguinte, atuar de maneira justa para todos que vivem na comunidade. Isto é, a lei nomeia-se maximamente segundo a ordenação comum, qualquer desvio deste preceito implica dizer que a lei está sendo utilizada por uma minoria em detrimento da maioria e o bem comum está sendo negligenciado.⁶¹

É a lei estatuindo a necessidade de determinados comportamentos, conduzindo as ações humanas, dando a estes sua bondade moral. A Suma Teológica⁶² (ST, I-II q.99 a.1) traz a obrigação moral, isto é, o efeito moral da lei, relacionando o homem ao seu fim último. A razão do homem encontra-se na necessidade de alcançar o fim.

3.3 A LEI HUMANA OU POSITIVA

A lei humana é tratada especificamente no artigo quatro da questão 91, da I-II, da Suma Teológica, “ora a lei tem razão de medida, como foi dito, a razão humana não é a medida das coisas” (ST, I-II q.91 a.3). A razão como base para a lei cria dois caminhos próprios: a razão especulativa que se concentra na forma de proceder de acordo com o que é necessário, por outro lado, a razão prática procede

⁶¹ Aquino, T. **Suma Teológica**. Q. 90, a. 2.

⁶² Aquino, T. **Suma Teológica**. 1982.

sobre coletivo e é exatamente aí onde encontram as especificidades de muitas exceções. De modo que, na razão especulativa a verdade é aplicada a todos da mesma maneira, enquanto, na razão prática permite que cada um interprete a verdade de acordo com seus conhecimentos, sujeitando a mesma verdade a várias interpretações.

A lei humana pode ser entendida como um instrumento alinhado a um fim, uma vez que, é a regra e medida de uma lei superior, isto é, da lei natural e da lei divina. Ora, “a perfeição da virtude consiste principalmente em retrá-lo dos prazeres proibidos, a que sobretudo é inclinado [...]” (ST, I-II, q. 95 a. 1), e por isso se diz que a lei é a disciplina que coíbe pelo temor das penas. É a partir da necessidade do ser humano de estabelecer normas particulares, baseado nesses primeiros princípios, que é possível se chegar à lei humana.

Segundo Tomás de Aquino, está presente no ser humano certa disposição para a virtude, contudo, para que essa virtude seja praticada faz-se necessário a implementação de certa disciplina. Portanto, é a capacidade racional o que diferencia o homem dos demais e é com esta faculdade que o homem deve procurar os meios de subsistir (ST, I-II, q. 95 a. 1). Assim, para que o homem adquira esta disciplina, precisa de maneira indispensável rejeitar o mal. Sendo esta também a função das leis, direcionar o homem, para que este, seja educado a escolher o bem, sem que seja somente pelo medo da imposição dos castigos previstos nas leis. Consequentemente faz-se necessário que para a existência de paz e virtude entre homens, exista também as leis.

Por conseguinte, Platão expressa que “se o homem é perfeito na virtude é o melhor dos seres vivos, mas se separa da lei e da justiça é o pior de todos, pois o homem tem a arma da razão para levar a cabo suas concupiscências e paixões, coisa que falta aos outros animais”.⁶³

A relação entre a lei humana e as coisas deve ser discriminada, haja vista, a mesma não ser evidente. Pode-se encontrar no texto de Tomás várias recomendações acerca da necessidade de nos determos na tarefa de determinarmos essas relações. Em suma, determinar as precisões é imprescindível, uma vez que a definição da lei está condicionada com o direito. A questão 90, art. I,

⁶³ PLATÃO, “*O Político*”, Livro 1, cap.2, p 43, p. 52.

determina que a lei seja uma certa regra e medida de ações, isto é, a lei será aplicada sobre os atos e não sobre as coisas (Bastit, 2010, p. 132).

Uma vez que a lei humana é prescrita para uma parcela considerável de homens, que são majoritariamente desprovidos da perfeição virtuosa, dessa forma, a lei humana não tem a intenção de proibir todos os vícios aos quais espera-se que um homem virtuoso mantenha distância, entretanto, foca-se apenas em proibir os vícios mais graves, aqueles aos quais a grande maioria dos seres humanos acham por bem abster-se, especialmente as ações que resultam em prejuízos aos demais e, sem a existência da proibição a sociedade entraria em colapso, resultando em caos generalizado. Para Tomás a única saída é voltar-se para a lei:

A lei humana visa dirigir os homens para a virtude, não súbita, mas gradativamente. Por isso, não impõe imediatamente à multidão dos imperfeitos o que só é próprio dos virtuosos, de modo que se abstenham de todos os vícios. Do contrário, os imperfeitos, não podendo observar tais preceitos cairiam em piores males [...] (ST, I-II, q. 96, a.2, ad.2 p. 1593).

Assim, na concepção de Tomás, pode ser considerada lei àquilo que é regra e medida da ação, pela qual, se é instigado a agir ou se tem a ação cerceada; profere-se que a lei é aquilo que liga, porquanto, obriga à ação (ST I-II, q. 90,a.1 ad.2). Entende-se, portanto, que a lei é impreterivelmente uma atitude racional, direcionada a sociedade e espargido por quem detenha autoridade legítima: [A lei] pode ser compreendida como um dispositivo da razão voltada para o bem comum por aqueles que detém o poder governante sobre a comunidade (ST I-II, q. 90, a. 4 ad. 2).

Contudo, a lei não pode ser vista apenas como fruto da razão do homem, privando-se de qualquer influência externa. Nesse aspecto, Tomás salienta que a lei do homem é infalivelmente apenas uma compleição da justiça, pendendo necessariamente por proveniência da lei eterna e da lei natural para que ocorra uma justa regulamentação da vida em sociedade. Ou seja, é só isso, de maneira igualitária para todos.

Entende-se, portanto, que a lei é um instrumento que sempre dependerá da justiça, buscando, ou ao menos tentando conduzir à justiça. Para tanto, faz-se necessário, uma busca pela compreensão das leis que conduzem à justiça. Primeiramente, a lei humana.

A lei humana está inserida obrigatoriamente, de acordo com Tomás, em um incansável ciclo de coerência moral que inicia da consciência individual à *ratio* da

consciência divina. Subentende-se que a razão divina do criador é a governante suprema, sendo a mais perfeita forma de lei existente. Em suma, é ela que confere coerência a toda criação humana. E, por ser a razão de Deus, torna-se além do alcance da razão do homem. De modo que, para que haja harmonia entre os povos a lei precisa existir e cumprir seu papel:

O que, porém, deriva da lei da natureza, por determinação particular, pertence ao direito civil, pelo qual cada Estado determina o que lhe é acomodado. Em segundo lugar, da essência da lei é ordenar-se ao bem comum da cidade [...] (ST, I-II, q. 95, a. 4 ad. 2, p. 1539).

A lei humana também pode ser entendida como um estatuto imposto, isto é, a lei natural como uma ordem talhada nos impulsos humanos, tantos nos impulsos comuns com as criaturas irracionais quanto nos impulsos racionais ou vontades – a vontade pode ser vista como uma força que se inclina ora para o bem e ora para o mal, buscando sempre saciar seus desejos e apetites.

Sendo assim, considera-se todos os impulsos como um *factum*, visto que, o ser humano não pode escolher os impulsos que possui, contudo possui a capacidade de moderá-los. Seja dando vazão aos seus estímulos ou impedindo-os de sobressaírem, de maneira que ambos atuem em harmonia para alcançar o objetivo para o qual este homem fora criado e onde todas as inclinações estão dispostas em sua forma primitiva.

Com isso, a lei humana pode ser considerada como um princípio da razão. Visto que, a razão teórica possui concepções indemonstráveis que podem resultar em conclusões diversas. Haja vista que o conhecimento não é uma característica inata do homem, e que para obtê-lo faz-se necessário o uso da razão, as disposições que orientam a lei natural obedecem ao mesmo padrão. Portanto, são esses propósitos particulares, encontrados segundo a razão humana que contribuem para a formação da lei humana.

A principal diferença ressaltada por Tomás no que concerne a lei natural e a lei humana é que enquanto a lei natural incide sobre os atos interiores, a lei humana concerne primeiramente aos atos exteriores. Remetendo, diretamente, à divisão dos atos humanos elaborada por Aristóteles, na qual, alguns atos são inerentes ao homem e outros não, sem que haja, no entanto, uma separação completa entre estes, de maneira que é por meio da realização dos atos exteriores que a lei humana pode para fazer bons homens (Bastit, 2010, p. 132).

O fundamento da lei natural tem como base a lei eterna, visto que esta orienta e fornece a base para a própria existência humana, naturalmente manifestada na natureza do homem. Portanto, assim como a lei eterna é responsável por atribuir coerência aos atos da criação, a lei natural atua para os homens como o apanhado de regras indispensáveis à regulamentação adequada das ações de acordo com a natureza humana para que se viva a vida pessoal ou em sociedade.

Considera-se que a natureza humana permanece imutável, embora seja possível mudar os costumes das sociedades, as ações que são ou não aceitas ao longo das gerações, no entanto, algo permanece igual, apesar da passagem do tempo. Se a natureza humana é imutável, conclui-se que a lei natural, assim, é também imutável, devendo ser sumariamente respeitada e reproduzida por todas as leis humanas.

A lei é necessária visto que, “[...] as leis, que impõem tais ônus proporcionais, são justas, obrigam no foro da consciência e são legais” (ST, I-II, q. 96 a. 4 ad. 2, p. 1545). Em suma, a lei humana se torna um instrumento de moralização da vida em sociedade, com o objetivo de alcançar o coletivo e o individual ao mesmo tempo, com o intuito de buscar uma ordenação harmônica da sociedade humana e de cada homem à lei humana e conseqüentemente, à lei eterna. Essa união é algo indispensável para que ocorra justiça, não se trata de fazer a vontade da maioria; não se trata de proteger alguns privilegiados; trata-se, de assegurar de alguma maneira, ou ao menos criar a possibilidade de viver em uma sociedade com ordem e justiça.

Cada ser humano é dotado da própria consciência, e esta precisa ser bem formada. A formação da consciência humana se inicia, primeiramente, pelas lições paternas; quando estas se tornam ineficazes, o dever de correção recai sobre a sociedade como um todo, que age por meio dos instrumentos do direito. Contudo, não se pode, em momento algum, negligenciar o fato moral e o livre-arbítrio do homem; em suma, o homem tem sempre a capacidade de decisão, e deve, de maneira suave, ser direcionado à compreensão e internalização das regras que lhe permitem não apenas a convivência social como também seu próprio crescimento moral na esfera da sociedade.

3.4 A LEI NATURAL

Para Tomás, a lei natural é, em primeiro lugar, uma categoria de lei e, destarte, uma categoria de ordenamento da razão direcionada ao bem comum e satisfatoriamente promulgada. Primeiramente, a lei natural pode ser entendida como um código da razão de duas maneiras: é um preceito prescrito pela razão que faz a lei, e destinada à outra razão, que o recebe. Em segundo lugar, a razão deve estar inclinada para o bem comum de maneira que as suas deliberações transcendam a simples realização individual, visto que, orientam ou dispõem apropriadamente o homem a conviver em sociedade. E por fim, o homem pode ter fácil acesso a lei porque está presente naturalmente em sua razão influenciando todo dinamismo. Portanto, Tomás considera a lei como uma ajuda interna e externa para que seja alcançada a realização pessoal e social.

Compreende-se, então, que a lei natural integra as primeiras concepções da razão prática, concepções estas apreendidas precisamente em razão de nossas inclinações naturais. “A lei escrita no coração dos homens é a Lei Natural” (ST. I-II, q. 94, a. 6 ad. 2, p.1533). A lei natural está, por consequência, arraigada na natureza humana, pois, em si mesma, ela é universal, contudo, nos princípios que dela são entendidos pode haver algumas exceções visto não ter o mesmo grau de perfeição. Portanto, nas ações a integridade pode não ser igual para todos e a verdade pode não se apresentar da mesma forma, mas nos princípios dela sim.

Pois é primeiro inerente ao homem a inclinação para o bem segundo a natureza que tem em comum com todas as substâncias, qual seja, toda a substância apetece a conservação de seu ser segundo a sua natureza. E, segundo essa inclinação pertence à lei natural tudo aquilo porque é conservada a vida do homem e que impede o que lhe é contrário. (ST, I-II, q. 94, a. 2 ad. 2, p. 1529).

A lei natural pode ser entendida como aquilo para o qual todo homem se curva espontaneamente a agir de acordo com a razão. Desse modo, todo homem que se permite conduzir pela sua faculdade racional entende tanto a existência quanto a obediência à lei natural. É com base nesses princípios que Isidoro expressa que o direito natural é comum a todas as nações (Isidoro, 2014, p. 390-391, L. V, c. IV), pois agir segundo a natureza é igual a todo homem que se curva à sua natureza racional, a despeito de razões acidentais. Em nenhum outro princípio cristão, a lei natural se manifesta tão plenamente quanto no que expressa que “por força do qual, cada um recebe a ordem de fazer a outrem o que quer que lhe

façam”. (ST, I-II, q. 94, a. 4 ad. 2, p. 1531). Pode-se entender esse princípio como uma explicitação do primeiro princípio da lei natural, que consiste em buscar o bem e evitar o mal (ST, I-II, q. 94, a. 2 ad. 2, p.1528-29), plenamente aplicável a todo ser racional, esculpido por Deus no coração de cada homem.

A quem diga que os princípios da lei não podem ser todos expressos nas escrituras, contudo, observá-los nos ajuda a sermos melhores pessoas. Para Tomás de Aquino (ST, I-II, q. 93, a. 4 ad. 2, p. 1522-23), natural é tudo aquilo para o qual o homem espontaneamente se curva. É muito comum ocorrerem situações em que o homem cede às suas paixões, fazendo com que este venha a cometer ações genuinamente inadequadas. Curvar-se às paixões é uma coisa natural, como por exemplo ao prazer sexual, presente em todos os animais, no entanto, a razão predomina sobre todas as demais faculdades, uma vez que ela é o que há de mais natural no ser-homem. A razão ordena todas as faculdades do homem para as suas inclinações naturais e da mesma maneira a razão deve governar todas as paixões. Quando um indivíduo escolhe fazer uso de sua razão para dominar suas paixões procede de acordo com a natureza e não comete erros em suas atitudes.

De acordo com Tomás, a lei natural não pode ser modificada intimamente, haja visto ter sido estabelecida por Deus na natureza inerente de cada homem: “A lei natural começou com o nascimento da criatura racional. Nem varia no tempo, mas é imutável” (ST, I-II, q. 94, a. 5 ad. 2 p.1532-33). Existem duas maneiras de modificar uma lei: (1) por acréscimo: que são úteis à vida humana e não alteram a lei natural nos seus princípios gerais; (2) ou por subtração: que é cessar de pertencer à lei o que antes pertencera. No entanto, os preceitos formadores da lei natural impedem que seja realizada subtrações, de modo que, isso não pode ocorrer nos princípios gerais da lei natural, no entanto, as conclusões desses que, embora serem quase sempre retas, são propensas a mudança sem, entretanto, modificar a lei natural. Os apêndices à lei natural, na verdade são inferências do primeiro princípio da lei, o qual permanece constante no tempo ou espaço. Sendo assim, nos apêndices aplicados à lei natural podem gerar divergências entre um e outro princípio.

De acordo com Agostinho, a lei natural foi gravada no coração dos homens e dali não pode ser apagada, ou seja, subtraída, nem mesmo pela iniquidade. Em relação aos princípios gerais da lei natural não podem ser esvaecidos do coração dos homens, contudo, no que diz respeito aos princípios particulares, deles depreendidos, estes podem ser esvaecidos por não se tratarem da lei natural

propriamente dita, mesmo que as dissoluções deduzidas se encontrem o mais próximo possível desses princípios universais; no que diz respeito, sob uma situação específica em que, por motivo de a razão ficar impedida pela languidez ou por qualquer outra paixão. Seus preceitos secundários podem ser esvaecidos do coração: por más convicções ou erros na ordem especulativa às dissoluções necessárias; por maus hábitos ou costumes corruptos.

Consoante, na perspectiva da lei natural de Tomás de Aquino, a firmeza da lei interna revela sua incontestabilidade, estendendo-se, por conseguinte, à lei externa como imperativo inquestionável e imprescindível. Tudo aquilo que pode ser dispensado, seja por contingências temporais ou contextos específicos, se mostra desprovido de necessidade. A lei natural, entendida como uma centelha da lei eterna intrínseca a cada ser racional é conferida por Deus a certas criaturas, estabelecendo uma ordem inerente ao seu próprio design divino. De modo que, a manutenção da lei natural demanda o contínuo sustento divino, pois qualquer desvio desse propósito contradiria o próprio decreto de Deus, que instituiu a lei natural no cerne da natureza humana. Assim, a coerência divina é preservada, reforçando a ideia de que a lei natural é não apenas uma expressão da ordem moral, mas também uma extensão da própria vontade divina inscrita nos corações dos seres humanos.

Entende-se, assim, que a razão humana dispõe de duas aptidões distintas: a prática e a teórica, de maneira que a diferença entre ambas é meramente operacional. É através da razão teórica que o ser humano torna-se capaz de julgar um argumento, distinguindo se esta é verdadeira ou falsa, se ela se aplica ou não a situação. Enquanto, que é através da razão prática que o ser humano julga um possível estado das coisas, distinguindo se o estado é benéfico ou não, para que dessa forma, decidir se vale a pena agir em razão desta virtude, comprometendo-se com a situação das coisas, isto é, a razão prática orienta a decisão humana, buscando sempre o que é bom.

Equivalentemente, o princípio primário da razão prática – ou primeiro preceito da lei natural – apresenta-se na seguinte conjectura: o bem tem de ser buscado e o mal tem de ser evitado, conforme se verifica em Tomás (ST, I-II, q. 94, a.2 ad. 2, p. 1528-29). Assim, diante de uma situação em que se faça necessário realizar uma escolha espera-se que o homem opte por fazer o bem. Contudo, de acordo com Monge (2000), ninguém pode produzir um relato sem se incluir nele, de modo a

abstrair-se de toda a consideração do que se possa entender como o bom para o homem e desprezar as premissas das ponderações práticas.

Portanto, mesmo que Tomás de Aquino, de maneira evidente, ressalte que o direito positivo obtenha sua legitimidade do direito natural, afirma que “ele não é mera emanção, ou uma cópia, do direito natural, e como o legislador goza de toda a liberdade criativa de um arquiteto.”⁶⁴. Com isso, Tomás de Aquino, não afirmaria com esgotamento a única procedência do direito positivo do direito natural. Dessa forma, Finnis ressalta que, embora Tomás de Aquino, de fato tenha feito uma colocação desse porte e teor, dela não se segue, no entanto, que o direito positivo não tenha vida própria e conjuntura separada de criação de normas jurídicas de outra diretriz, em outras palavras, que o direito positivo seja um âmbito próprio.

⁶⁴ *Ibid* p. 39-40

4. DIREITO

4.1. A CONCEPÇÃO DE DIREITO SEGUNDO TOMÁS DE AQUINO

A concepção de direito de Tomás de Aquino, como exposta em sua obra *Suma Teológica* e em outras obras filosóficas, é baseada em uma abordagem teológica e filosófica, que busca harmonizar a razão humana com a revelação divina. Para Tomás, o direito é uma extensão da lei natural, que por sua vez é fundamentada na ordem divina. Portanto, Tomás de Aquino divide a compreensão da justiça em quatro partes, pois “Após a prudência, vem normalmente a consideração da justiça: I. A própria justiça. II Suas partes. III. O dom que a aperfeiçoa. IV. Os preceitos que lhe concernem” (ST, IV, q. 57).

Assim, conforme Tomás de Aquino, a virtude da prudência prevalece sobre as demais uma vez que esta se estabelece na vontade e na razão. No que tange à justiça constatou-se que ela é o aprimoramento da vontade no que diz respeito ao bem comum. A visão de Tomás sobre o direito está profundamente enraizada na noção de lei natural, que ele considera ser uma participação da lei eterna de Deus no mundo criado. A lei natural é uma ordem racional que guia a conduta humana e é conhecida pela razão humana. Ela se origina na natureza humana e na própria ordem da criação divina.

Sobre isso disserta Portela, (2006, p. 89):

“[...] el derecho natural no es una idea pura de la justicia situada en un plano transcendente a la realidad, ni cualquier punto de vista normativo extra positivo, en el sentido de no extraído del contenido de las normas legales y que puede servir de criterio para la “crítica” de lo rdenamiento vigente. Esto aun puede ser considerado iusnaturalismo, pero solo em un amplio sentido de que la ciencia jurídica positiva reconoce ciertas insuficiências del positivismo, asumiendo algo de la problemática iusnaturalista, pero no es “el” derecho natural” (Portela, 2006, p. 89).

De modo que Tomás considera a lei natural como uma lei "verdadeira", visto que se baseia em princípios universais e imutáveis, aplicáveis a todos os seres humanos, em todas as épocas e culturas. Essa lei é inerente à natureza humana e, portanto, é acessível à razão de cada indivíduo. O direito, para Tomás, surge da lei natural. Ele argumenta que o direito é uma aplicação prática da lei natural nas relações humanas e na organização da sociedade. O direito humano deve estar em conformidade com a lei natural para ser considerado válido e justo.

Entre as demais virtudes, é próprio a justiça ordenar o homem no que diz respeito a outrem. Implica, com efeito, uma certa igualdade, como seu próprio nome indica, pois se diz comumente: o que se iguala se ajusta. Ora, a igualdade supõe relação a outrem. As demais virtudes, ao contrário, aperfeiçoam o homem somente no que toca a si próprio... A retidão, porém, na ação da justiça, mesmo sem considerar a referência ao agente, se constitui pela relação com o outro. Com efeito, temos por justo em nosso agir aquilo que corresponde ao outro, segundo uma certa igualdade, por exemplo, a remuneração devida a um serviço prestado (ST I-II, q. 57 a. 1 ad. 2, p. 1269-70).

Embora, o direito humano seja criado pelos homens através de leis e normas estabelecidas para governar a sociedade civil, Tomás enfatiza que o direito humano deve estar em acordo com a lei natural, que é instituída por Deus e aparece impressa em nossa natureza. Conforme, argumenta o autor supracitado, a lei natural é a fonte última e suprema de autoridade e, portanto, qualquer lei humana que vá contra a lei natural é considerada inválida. Ele acredita que a autoridade humana deriva de Deus e que os governantes têm a responsabilidade de governar de acordo com a justiça e a lei natural.

Isso não significa elaborar uma ficção de acordo com a qual os direitos humanos na sua forma atual são excepcionalmente vistos em Tomás de Aquino ou que seu pensamento conduz exatamente para esses direitos. A questão fundamental é como a concepção tomista da Ética, do Direito e da Política oferece as bases para fundamentar os direitos humanos na forma atual, atentando-se para eventuais necessidades de reformulação desse conceito. Visto que a relação entre a ética tomista e os direitos humanos – principalmente na formação dos conceitos de pessoa humana, igualdade, naturalidade e universalidade – influencia diretamente nas consequências, na interpretação e na aplicação desses direitos. Outrossim, Tomás de Aquino pode ser analisado como um autor que compreendeu e articulou conceitos como dignidade humana, razões para ação, comunidade, justiça e Estado de Direito muito além de seus mestres e os autores subsequentes⁶⁵.

Por conseguinte, a concepção de direito de Tomás também inclui a ideia de que o direito tem como objetivo promover o bem comum da sociedade. O bem comum é entendido como o objetivo último e mais nobre da lei e da política, buscando o bem-estar e a prosperidade de todos os membros da comunidade. De modo que, a inexistência do bem comum, inviabiliza os bens individuais. Haja vista que o bem comum é muito mais que as condições de arbítrio ou determinações

⁶⁵ Finnis, J. **Aquinas: Moral, Political and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 7.

absolutas de bens individuais, neste sentido, não existe o primado do justo sobre o bem, mas sim, sendo este o fundamento do justo.

Entre as demais virtudes, é próprio à justiça ordenar o homem no que diz respeito a outrem. Implica, com efeito, uma certa igualdade, como seu próprio nome indica, pois se diz comumente: o que se iguala se ajusta. Ora, a igualdade supõe relação a outrem. As demais virtudes, ao contrário, aperfeiçoam o homem somente no que toca a si próprio (ST I-II, q.57 ad. 2, p. 1269-70).

Nesse sentido, a concepção de direito de Tomás de Aquino está profundamente enraizada em uma visão teológica e filosófica que enfatiza a lei natural como a base para o direito humano. Seu pensamento influenciou significativamente a filosofia moral, a teoria política e o desenvolvimento do pensamento jurídico ao longo dos séculos, tornando-se uma das perspectivas mais influentes e respeitadas da história da filosofia ocidental.

Ao fazer a comparação da justiça com as demais virtudes, considerando como objeto principal o ato virtuoso, Tomás de Aquino debate que nas questões destas virtudes a retidão tem em mente a maneira como o ato é praticado pelo indivíduo. Não obstante, na justiça, a retidão está relacionada ao ato em si, a despeito da maneira como o sujeito o pratica. De modo que, é este ato denominado justo, que se torna o objeto da justiça determinado em si mesmo. Nisto fundamenta-se o direito, de maneira que é manifesto que o direito é o objeto da justiça (Rampazzo, 2015).

Em resposta às objeções acerca de seu pensamento, Tomás de Aquino estabelece algumas distinções para tornar mais clara a compreensão. Em um primeiro momento, salienta que é usual que o significado primitivo dos nomes sejam desviados assumindo novos significados. A palavra direito é utilizada com o objetivo de significar a própria coisa justa, entretanto, denomina-se direito o que foi determinado por quem exerce a justiça, mesmo que seja faccioso o que foi estabelecido. Consecutivamente, ao estabelecer um elo entre a virtude da prudência e da justiça, determina que a ideia da obra justa estabelecida pela razão é uma certa regra da prudência. Além disso, ao considerar que a justiça implica igualdade, não é possível falar de justiça no relacionamento com Deus visto que não se pode retribuir-lhe proporcionalmente ao que se recebe. Portanto, no sentido pleno da palavra, não se pode dar a Deus o que é justo. Entretanto, a justiça impulsiona o homem a retribuir a Deus na medida que se pode (Aquino, 2012).

Tomás de Aquino apresenta a justiça como sendo uma virtude. Ora, toda virtude é um *habitus* que é princípio de bons atos⁶⁶. E, os *habitus*, no que lhe concerne, aperfeiçoam as potências e são adquiridos no decorrer da vida humana (Fialho, 2015). Consoante, ao dissertar a definição de Aristóteles acerca do ato de virtude, Tomás de Aquino versa que esta precisa ser realizada com conhecimento, escolha e firmeza inalterável. Assim, no conceito da justiça aludem-se primeiro à vontade, para expressar que o ato de justiça deve ser voluntário, associando-se ainda a constância e a continuidade para demonstrar a firmeza do ato. Logo, a justiça é determinada como *habitus*, pelo qual, com vontade constante e perpétua se dá a cada um o seu direito (Aquino, 2012).

Conforme Tomás de Aquino, não se deve minguar e compreender a justiça como vontade. O autor deixa claro que não está falando de uma vontade qualquer, e sim de uma vontade inexorável, visto que a justiça é uma prática pela qual se procede e se quer com retidão. *A posteriori*, ao abordar a continuidade, exprime que não é peremptório praticar a justiça apenas por um tempo, haja visto que até mesmo os indivíduos iníquos são capazes de praticar atos bons e justos eventualmente. Portanto, não basta observar a justiça por algum tempo, faz-se imprescindível antes que se adquira o desejo permanente de observar, constantemente, a justiça (Rampazzo, 2015).

Dessa forma, segundo o autor supracitado, o bem de toda virtude, conjecturado na relação com outro indivíduo, está inerentemente presente na justiça, de modo que os atos das demais virtudes tornam-se pertencentes à virtude da justiça. Entretanto, a justiça prescreve que o homem aja com os outros de duas maneiras diferentes. Em primeiro lugar, o considera em sua individualidade e posteriormente, em comunidade. No entanto, se a justiça determina o homem ao bem comum, considera-se como uma virtude geral, de modo que todas as ações das outras virtudes encontram-se sob sua ordem. Dessa forma, a justiça é uma virtude geral que afeta e rege as outras virtudes (Cabral, 2014).

Outrossim, a preponderância da justiça sobre as demais virtudes ocorre primeiramente posto que a justiça se estabelece na vontade, e posteriormente, pelo motivo de que as outras virtudes morais só são enaltecidas pelo bem que promovem no homem virtuoso, enquanto a justiça é enaltecida pois efetiva o bem que o

⁶⁶ Aquino, T. ST I-II q. 58 a. 1 ad. 2.

virtuoso realiza em sua relação com as outras pessoas. Desse modo, a justiça é o aprimoramento da vontade no que concerne ao bem comum e pode ser reputada como a mais sublime das virtudes morais por esmerar a parte mais nobre da alma, a capacidade racional, em outras palavras, o domínio da vontade, razão pela qual, o bem comum, enquanto objetivo almejado pela justiça é superior ao bem particular (Fialho, 2015).

Ao considerar-se a justiça como virtude geral, faz-se necessário esclarecer que além da justiça que intima o homem ao bem comum, existe uma justiça que intima ao bem particular, ainda que a faça incontinenti em relação ao bem comum e no mesmo instante no que concerne ao bem particular. As ações ordenadas ao bem comum nomeiam-se de justiça legal. No entanto, para Tomás de Aquino além da justiça legal que intima o homem de imediato ao bem comum é imprescindível que exista outras virtudes que o ordenem no mesmo instante aos bens particulares.

4.2 A PRESENTE DIVISÃO DO DIREITO EM NATURAL E POSITIVO

De acordo com o que está expresso na Suma Teológica, (ST I-II, q. 91, a.2 ad. 2 p. 1511-12), Tomás de Aquino, delineia a lei natural como “a participação da lei eterna na criatura racional”. De modo que essa lei natural, composta por princípios de ordem moral, jamais será extinta do homem, visto que está entalhada na mesma natureza humana. Por sua vez, o direito positivo pode ser caracterizado como sendo conclusões ou deduções derivadas da lei natural em sentido estrito e que se compreende em instituições comuns a todos os homens. Portanto, o direito natural é o justo, o justo natural, é aquilo que é meu porquê existe uma lei anterior que o determina. Compreendendo, assim, um “direito” ou “justo positivo”.

O direito positivo deve sustentar-se na lei natural. Em suma, reforça-se que nessa acepção, o direito é discorrido como objeto da justiça. A atuação da justiça finda em uma retidão que é o direito; em relação à questão, Tomás expressa claramente:

Como já foi dito, o direito ou o justo vem a ser uma obra ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade. Ora, isso pode realizar-se de duas maneiras: 1. em virtude da natureza mesma da coisa. Por exemplo, se alguém do tanto para receber tanto; isso se chama o direito natural. – 2. por convenção ou comum acordo. Por exemplo, quando alguém se dá por satisfeito de receber tanto. O que se pode dar de dois modos: primeiro, por uma convenção particular, quando pessoas privadas firmam entre si um pacto; segundo, por uma convenção pública, quando todo o povo consente

que algo seja tido como adequado ou proporcionado a outrem, ou assim o ordena o príncipe, que governa o povo e o representa. Isso se chama direito positivo (ST I-II q. 57 a.2 ad. 2, p.1271-72).

Em meio aos grandes temas do direito, a questão do direito natural ocupa uma posição excepcional. Visto que, ao longo dos séculos, esse preceito constituiu e ainda constitui uma das posições mais importantes de toda a filosofia do direito. O mesmo se dá na filosofia moral ou política, uma vez que ambas são, em alguns pontos, direcionadas a questionar-se sobre a essência da juridicidade. Explica Finnis:

Uma sólida teoria do direito natural é uma teoria que explicitamente [...] realiza uma crítica dos pontos de vista práticos, a fim de distinguir o que não é razoável na prática do que é razoável na prática e, assim, diferenciar o que realmente é importante daquilo que não é importante ou é importante apenas por sua posição ao que é realmente importante, ou por sua manipulação desarrazoada do que é realmente importante (Finnis, 2006A, p. 30-31).

Em suma, o filósofo francês Michel Villey, disserta em defesa do 'direito natural' passado, *in verbis* de Aristóteles, é a maneira mais eficiente de mostrar as dificuldades edificantes do direito moderno que se concebeu por meio do crescimento paralelo do direito público estatal e do direito privado liberal.

De acordo com essa diretriz, a filosofia de Aristóteles, resiste à oscilação entre o positivismo jurídico e o moralismo abstrato que tipifica a modernidade, permitindo fundamentar, de modo satisfatório, a diferença entre direito e moral, em virtude de uma concepção ampla da natureza que observe à diversidade das conjecturas jurídicas e dos parâmetros de justiça, no entanto sem incidir no relativismo. Todavia, essa posição, ocasionalmente, é mal compreendida. Conforme explica Villey:

Aristóteles é o pai da doutrina do direito natural; ele deu destaque ao termo (*dikaionphysikón*); construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador dessa doutrina à qual inúmeros juristas, ao longo dos séculos, viriam a aderir. Mas o direito natural de Aristóteles é algo bem diferente do que a maioria dos nossos contemporâneos imagina. As soluções do direito natural seriam, pensam eles, deduzidas de princípios: de princípios a priori da razão prática (escola kantiana) ou de definições abstratas da natureza do homem (escola do direito natural moderno). [...] realista e nem um pouco idealista (Aristóteles), pratica um método de observação. [...] O direito natural é um método experimental (Villey, 2009, p. 53-54).

Em contrapartida, alguns juristas modernos encaram a referência aos antigos pensadores como uma artimanha ou ainda, como um impedimento contra as inclinações antijurídicas que evidenciaram, por vezes de forma trágica, a história

política contemporânea. Haja vista que, enquanto o direito natural foi de grande importância histórica e filosófica, sua aplicabilidade prática e universalidade têm sido questionadas em face das complexidades e desafios do mundo moderno. Dessa forma, argumentam que o direito natural dos antigos está irrevogavelmente determinado por uma ordem hierárquica, incapaz de atender às determinações universalistas que surgiram com as doutrinas dos direitos dos homens e que estabelecem, na atualidade, relevante questão da reflexão jurídica (Strauss, 2009, p. 137-141).

No entanto, faz-se necessário, também considerar como verdade que a controvérsia entre antigos e modernos não seria suficiente para ser reduzida a uma mera oposição entre duas concepções do direito natural, isto é, entre a natureza e a liberdade. Na própria esfera do pensamento contemporâneo, compreende-se que as referências à filosofia, à política ou ao direito dos antigos em alguns aspectos são, uma maneira priorizada de censurar a 'positividade' em prol de um ideal cívico ainda vivo, e, por outro lado, torna-se um valioso dispositivo para descortinar os limites dos princípios modernos, fundamentando assim uma autocrítica da modernidade, não obstante sem renegá-la (Strauss, 2009, p. 151).

Em suma, o direito, assim sendo, é indiferente aos méritos ou à posição social dos cidadãos submetidos à justiça quando se trata de reger as transações privadas ou de reparar danos, porque o seu objetivo próprio não é guiar os homens para a realização da sua natureza, favorecendo a aprendizagem das condutas justas. Há uma diferença de natureza entre a lei e o direito, em virtude da qual, por um lado, o juiz tem certa autonomia em relação à lei, e, de outro, o sentido propriamente jurídico da lei (que consiste em proteger a igualdade) se distingue de sua função ético-política (trabalhar para a felicidade dos homens, ensinando-lhes a virtude).

De modo que, os preceitos de direito natural, primeiramente oriundos da filosofia e da teologia, foram, assim, admitidos pelo direito. Faz-se necessário destacar também que a ideia de direito natural pode ser encontrada de maneira explícita primeiramente, com a distinção dos dois tipos de justiça política, adjetivadas como justiça natural e justiça legal nas obras de Aristóteles, instruindo que, em algumas situações, os indivíduos devem contentar-se com a norma de justiça natural a qual "tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo" (Aristóteles, 1973, p.113, pa.21).

Nesse contexto, os preceitos que distinguem o direito natural e o direito positivo, bem como suas observâncias, são baseados nos pensamentos aristotélicos, visto que, este filósofo identifica no direito político que governa a *polis*— a sociedade - presumivelmente composta por sujeitos livres e iguais um direito natural e um direito positivo, tendo em vista que as imposições e os tipos de contribuições que ambos determinam são resultantes da natureza dos objetos, dos atos e das relações humanas ocorra por uma estruturação meramente convencional.

Os mesmos preceitos foram adotados por Tomás de Aquino, embora, este tenha ampliado as concepções de Aristóteles em duas jurisdições distintas e importantes. Primeiramente, amplia a separação entre direito natural e direito positivo para a lei natural; ademais, incorpora o direito natural ao homem, percorrendo em si mesmo e de modo absoluto, e não apenas ao indivíduo, dependente do direito político, como defendia Aristóteles.

Portanto, é o direito natural (justo por natureza) que detém uma existência independente de sua positivação, ainda que se necessite pleitear sempre uma solução que envolva as duas fontes, natural e legal, não discordantes, mas complementares, visto que as leis do Estado devem manifestar e complementar o justo natural (Finnis, 2006A, p. 286).

4.3 O DIREITO DAS GENTES

Refletindo especificamente sobre o direito das gentes, é crucial dedicar atenção para discernir seu papel dentro da estrutura dos princípios jurídicos tomistas: será que se relaciona com o direito natural, com o direito positivo, ou constitui uma categoria distinta? A ambiguidade, que surge devido a passagens divergentes encontradas na Suma Teológica, começa a ser abordada na leitura do Tratado da Lei, que compreende a primeira metade da segunda parte. É neste contexto que se pode interpretar o direito das gentes como pertencente ao âmbito do direito positivo.

Assim, primeiramente, é da sua essência ser derivada da lei natural, como do sobredito resulta (a. 2). E, a esta luz, o direito positivo se divide em direito das gentes e direito civil, conforme aos dois modos porque se dá a derivação da lei natural, como já antes se disse (a. 2). Pois, ao direito das gentes pertence o que deriva da lei natural como as conclusões derivam dos princípios; tais as justas compras, vendas e outras transações sem as quais os homens não podem ter convivência, que é de direito natural, porque o homem é um animal naturalmente social, como o prova

Aristóteles. O que, porém, deriva da lei da natureza, por determinação particular, pertence ao direito civil, pelo qual cada Estado determina O que lhe é acomodado⁶⁷.

Percebe-se que, conquanto inicie asseverando que o direito das gentes integra o direito positivo, Tomás de Aquino corrobora que a única razão para tal classificação deve-se ao fato desta derivar da lei natural: faz-se necessário considerar, por contraste, que todo o direito proveniente desta é, portanto, direito positivo. Quando se discorre estritamente do direito das gentes, todavia, o autor volta a associá-lo a lei natural, ao dissertar que advém desta de maneira quase imediata, como as soluções se resolvem nos princípios da lei natural — contrariamente do direito positivo, que demanda da intervenção decisória da vontade humana. Entretanto, logo em seguida, seu posicionamento é elucidado:

Deve-se dizer que o direito das gentes é de algum modo natural ao homem, segundo [o homem] é racional, enquanto [aquele] deriva da lei natural a modo de conclusão, que não é muito afastada dos princípios. Donde, facilmente, em tal os homens consentiram. Distingue-se, porém, da lei natural, maximamente enquanto é comum a todos os animais⁶⁸.

De acordo com Tomás de Aquino, o *ius gentium*, originalmente conhecido como direito dos povos, pode ser entendido como um conjunto normativo que emerge da natureza humana. Isso não ocorre necessariamente porque a natureza humana exige de forma absoluta, mas devido às circunstâncias e à situação concreta da espécie humana, contextualizada no espaço e no tempo. Esse conceito demonstra uma base sólida racional e enfatiza a confiança na habilidade inata do ser humano para compreender a realidade e o mundo que o cerca, considerando suas condições objetivas. De acordo com a perspectiva de Tomás de Aquino, o *ius gentium* se distingue do direito natural, mas possui uma ligação intrínseca a ele. Ele se desenvolve a partir das soluções que a razão humana deduz do direito natural, de maneira quase evidente, resultando em conclusões que estão em estreita proximidade com este último.

Na primeira leitura do *Tratado da Lei*, o *ius gentium* seja positivo, o *iter* do argumento tomista parece pender-se para relacioná-lo sob a chancela do direito natural. Em contrapartida, o *Tratado da Justiça*, que versa acerca dessa virtude na

⁶⁷ ST I-II q. 95 a. 4 ad. 2, p. 1539.

⁶⁸ ST I-II q. 95 a. 4 ad. 2, p. 1539.

segunda metade da segunda parte da Suma, q. 57 a. 3, o direito das gentes, vejamos que:

Como se disse, o direito ou o justo natural é o que, por natureza, é ajustado ou proporcional a outrem. Ora, isso se pode dar de duas maneiras: primeiro, segundo a consideração absoluta da coisa em si mesma. [...] Segundo, algo é naturalmente adaptado a outrem, não segundo a razão absoluta da coisa em si, mas tendo em conta as suas consequências: por exemplo, a propriedade privada. Com efeito, a considerar tal campo de maneira absoluta, nada tem que o faça pertencer a um indivíduo mais do que a outro. Porém, considerado sob o ângulo da oportunidade de cultivá-lo ou de seu uso pacífico, tem certa conveniência que seja de um e não de outro, como o Filósofo o põe em evidência. [...] ‘Do direito natural assim entendido, afasta-se o direito das gentes’, no dizer do Jurisconsulto, ‘pois, aquele é comum a todos os animais, este, porém, somente aos homens entre si. Ora, considerar alguma coisa, confrontando-a com suas consequências, é próprio da razão. Portanto, isso é natural ao homem, segundo a razão natural, que dita esse proceder.’⁶⁹

A finalidade desse último trecho é discernir o direito das gentes do direito natural. Provoca apreensão, logo, que aquele seja dissertado como um ramo do *ius naturale*. Efetivamente, o parágrafo inicia determinando o *ius gentium* como uma das maneiras de percepção do que é conveniente por natureza. Aparenta representar um subtipo do que é justo por determinação natural. Posteriormente, todavia, no mesmo trecho, a ponderação racional das consequências de comportamentos e instituições surge como a marca representativa do direito dos povos. Conforme Tomás, essa igualdade pode proceder da compreensível consideração da coisa, o que compreenderia imposição do direito natural; ou da perquirição conjunta do objeto e das consequências resultantes da relação. Essa última maneira de assimilar a igualdade seria característico do direito das gentes.

Doravante, ponderar as coisas no que concernem as suas consequências é inerente do ser humano (excluindo, assim, os demais animais), visto que se trata de um mecanismo racional. Todavia, salienta-se que, outrossim, a consideração da coisa em de finito somente pode ser consumada, no sentido circunscrito da expressão, pelo ser atribuído de razão. Sendo assim, os animais não “concebem” propriamente as coisas, uma vez que não conseguem nomeá-las, compreender sua essência, tampouco desprezar de sua aparência⁷⁰. Portanto, o que difere os dois direitos (natural e das gentes) não é a faculdade dos irracionais em entender um

⁶⁹ ST II-III q. 57 a. 3 ad.3 p. 2096-97.

⁷⁰ ST II-III q. 57 a. 3 ad.3, p. 2098.

deles, e sim a ocorrência de que o direito natural existe a despeito da vontade e até mesmo da sapiência dos partícipes em uma relação abrangendo coisas.

Existe, assim, duas formas de analisar o justo nas coisas: a primeira é a observação descomplicada salientada. A segunda é a do *ius gentium*: os princípios de direito das gentes demandarão contar com a aquiescência de muitos sujeitos, uma vez que a consideração das consequências das relações pode resultar em muitas conclusões diferentes, fazendo-se necessário escolher. Interpela-se, desse modo, o direito das gentes do beneplácito humano. Em contrapartida, o direito natural se manifesta em outra perspectiva: resultando de uma inquirição simples das coisas que estão na relação, sem adentrar na competência da possível conformidade da solução. Desse modo, no *Tratado da Justiça*, o direito das gentes aparenta ser natural a princípio, todavia, no fim possui mais compatibilidade com o direito positivo (Ortiz, 2009).

De modo que, Tomás de Aquino estabeleceu uma conexão intrínseca entre a lei natural e o direito das gentes em sua filosofia. Segundo ele, esses dois conceitos estão ligados através dos princípios éticos e morais que guiam as pessoas humanas em diferentes contextos, incluindo as relações entre nações e comunidades.

Sendo assim, a lei natural, conforme Tomás é a expressão da ordem moral intrínseca que Deus inscreveu na natureza humana. Ela é universal e imutável, e sua fonte é a razão divina. A lei natural fornece um conjunto de princípios éticos que governam o comportamento humano, independente de cultura, tradição ou crença religiosa. Esses princípios estão enraizados na busca da virtude e da retidão moral, refletindo a natureza essencial do ser humano.

Em contrapartida, o direito das gentes engloba a convivência entre diferentes comunidades e nações. Tomás observou uma conexão natural entre a lei natural e o direito das gentes, uma vez que ambos se baseiam em princípios comuns de justiça, igualdade e respeito. Ele salientou que, assim como os indivíduos possuem direitos naturais inalienáveis, as nações também têm direitos e deveres mútuos que derivam da ordem moral estabelecida por Deus. A justiça, fundamental na lei natural, também desempenha um papel crucial no direito das gentes. Tomás compreendia as nações como entidades que possuem obrigações morais umas para com as outras. De maneira que as ações das nações deveriam ser orientadas pela justiça, promovendo a paz e a harmonia nas relações internacionais. Essa abordagem na

justiça mútua e na busca do bem comum tem paralelos claros com os princípios da lei natural.

Outra semelhança notável é a ênfase na razão como guia para discernir o que é correto e justo. Assim como a razão é um meio pelo qual os indivíduos podem compreender a lei natural, ela também é essencial para que as nações reconheçam os princípios do direito das gentes. Portanto, para o autor supracitado a razão, quando bem cultivada, permitiria que as nações discernissem a justiça e aplicassem esses princípios em suas relações internacionais.

Embora seja uma ideia comum, o entendimento da lei natural não surge instantaneamente. Se fosse assim, viveríamos em conformidade com nossa natureza, agindo de maneira intrinsecamente moral, sem depender, por exemplo, de outras diretrizes para nossas ações. Contudo, essa não é a realidade. Segundo Tomás de Aquino, o primeiro princípio da lei natural é a noção de que "o bem deve ser feito e buscado, e o mal deve ser evitado."⁷¹ Esse princípio é, por si só, evidente, inerente à natureza de todos os seres humanos.

Ademais, para que esse princípio seja conhecido, é necessário um processo cognitivo da capacidade intelectual humana, que funciona como intelecto e razão prática. Esse processo é seguido pelo que Aquino chama de "sindérese," um hábito interior que guia nosso entendimento moral. A isso, acrescenta-se a ação da vontade, que se manifesta por meio de nossas inclinações naturais.⁷²

Contudo, o próprio filósofo reconhece o desafio intrínseco em enumerar uma variedade de bens como propósitos humanos e preceitos como diretrizes para uma lei, dados a amplitude e as particularidades da experiência humana. Como tal, o que Tomás nos oferece é uma noção abrangente de bem. Dentro dessa noção, ele identifica alguns preceitos fundamentais que servem como alicerces. Esses preceitos podem, por sua vez, ser elaborados por meio de outras regras, como influenciados pelas leis humanas.

O ponto crucial se encontra na preservação desses preceitos e, em especial, do primeiro princípio da lei natural, à medida que se desenvolvem outras leis em conformidade com a estrutura e o sistema político de cada comunidade. Tomás parece considerar a lei natural como uma pedra angular, não apenas no contexto

⁷¹ ST I-II, q. 94, a.2 ad. 2, p. 1527.

⁷² Ezídio, 2021.

das demais leis, mas também em relação a outras normas, como virtude e direito. Nessa perspectiva, Tomás percebe a lei natural como um ponto focal que permeia todo o tecido moral, político e jurídico da vida humana. Sua herança não se limita apenas às outras leis, mas também se estende a outras normas que instruíram para a construção de uma ordem coesa.⁷³

⁷³ Ezído, 2021.

5. A CRÍTICA À POSIÇÃO DE RONALD DWORKIN E A PROPOSTA DE SOLUÇÃO MEDIANTE A REINTRODUÇÃO DA LEI NATURAL

5.1. JUSTIÇA DE QUEM?

O ressurgimento da filosofia moral e jurídica de Tomás de Aquino teve seu início no final do século XIX, na Europa. No entanto, a redescoberta da teoria do direito natural de Aquino ganhou força quando filósofos morais e jurídicos, em especial aqueles que se expressavam em inglês, vieram a reinterpretar as teorias de Aristóteles e Aquino, buscando soluções para questões contemporâneas. Consequentemente, a partir de meados do século XX, houve um interesse renovado no desenvolvimento da filosofia clássica, com a publicação de numerosos estudos dedicados aos pensamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino.

De modo que, Alasdair MacIntyre (1929 -), tomando como ponto de partida a ideia de outros pensadores delineia em *Depois da Virtude* a tese de que a linguagem da moralidade encontra-se fragmentada. Essa fragmentação é resultado de uma verdadeira catástrofe que levou à perda de contextos que outrora justificavam os conceitos usados no discurso moral moderno. Assim, MacIntyre destaca a necessidade de “identificar e definir a moralidade perdida no passado” (2003, p. 48), referindo-se à ética aristotélica. Quanto à filosofia moral moderna, MacIntyre faz a seguinte afirmação:

Temos, na verdade, simulacros da moralidade, continuamos a usar muitas de suas expressões principais. Mas perdemos – em grande parte, se não totalmente – nossa compreensão, tanto teórica, quanto prática da moralidade (MacIntyre, 2003, p. 15).

A fragmentação do discurso moral se evidencia, de acordo com MacIntyre, nas contínuas discordâncias dos debates morais contemporâneos. Temas como o aborto, a guerra justa e o conceito de justiça são pontos focais desses debates que, para MacIntyre, ilustram uma condição de desacordo moral intransponível na qual a filosofia moral se encontra. Ele argumenta que as diferentes posições apresentadas nesses debates, embora sejam logicamente válidas, fundamentam-se em situações distintas: “parece não haver um meio racional de garantir um consenso moral em nossa cultura” (MacIntyre, 2003, p. 21).

Por conseguinte, uma das características distintivas do discurso moral contemporâneo reside na "incomensurabilidade conceitual dos oponentes" (MacIntyre, 2003, p. 24). Os argumentos apresentados para cada posição rival são logicamente sólidos. No entanto, suas propostas têm bases tão diversas que não existem um ponto de convergência, pois partem de conceitos totalmente heterogêneos. Isso torna impossível a comparação dos argumentos para alcançar uma legitimação racional do debate. Por exemplo, no contexto do debate sobre a guerra justa, o argumento pacifista sustenta que nenhuma guerra pode ser justa, pois não há maneira de distinguir entre combatentes e não combatentes; outra linha de raciocínio argumenta que a paz só pode ser preservada restringindo possíveis agressores e, portanto, deve-se estar preparado para a guerra para evitar a derrota; por fim, uma terceira abordagem argumenta que uma guerra é justa quando visa libertar os oprimidos (MacIntyre, 2003, p. 21-22).

Analisando os argumentos apresentados no debate, MacIntyre afirma que, embora os argumentos sejam logicamente válidos quando previstos individualmente, suas posições estão em conflito contínuo: "as posições que enfatizam o confronto a justiça e a inocência se com as posições que ressaltam o sucesso e a sobrevivência" (MacIntyre, 2003, p. 24). Assim, MacIntyre argumenta que a única maneira de tornar coerente o discurso moral é resgatar os conceitos fundamentais da ética aristotélica, tais como virtude, vida boa, educação moral e racionalidade prática. Em seus escritos mais recentes, MacIntyre recorreu à teoria de Tomás de Aquino para identificar as deficiências do debate moral contemporâneo.

Em seu ensaio *Intractable Moral Disagreements* (2009), MacIntyre argumenta que a investigação dos princípios morais universalmente válidos, no contexto de uma comunidade ampliada de pesquisadores, só será possível se todas as partes envolvidas em um desacordo teórico radical estiverem inicialmente comprometidas com um conjunto de regras de racionalidade prática. Para MacIntyre, essas regras morais, que são essenciais para a existência do debate, incluem os preceitos da lei natural conforme descritos por Tomás de Aquino. Em sua obra *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* MacIntyre reitera a importância de recuperar a ética aristotélico-tomista.

Destaca a oposição entre a teoria tradicional da justiça, de raízes aristotélicas e tomistas, e a concepção liberal defendida por filósofos como Kant, Mill, Rawls e principalmente Ronald Dworkin.

Ao confrontar a justiça liberal com a tradição, MacIntyre nos motiva a questionar: Justiça de quem? Na estrutura aristotélica/tomista, a justiça era vista como a aplicação da racionalidade prática para dar a cada um o que era devido, fundamentada na ideia de bem comum como um fim último. No contexto liberal, por outro lado, percebemos que não há mais um compromisso do indivíduo com a existência de um bem supremo, resultando numa transformação da concepção da ideia de justiça.

Ora, se a concepção da justiça parte não mais da razão como ensinou Tomás, mas, ao contrário, parte da vontade, o que podemos esperar? Se no front de batalha da realidade o bem comum entra em choque com as vontades individuais e particulares de cada indivíduo, não nos resta outra alternativa, a não ser apelarmos para a racionalidade. Desse modo, vamos esmiuçar a filosofia do direito de Ronald Dworkin e verificar se ela de fato proporciona e garante igual consideração e respeito aos indivíduos, ao mesmo tempo em que promove a justiça pela satisfação do bem comum.

5.2. OS FUNDAMENTOS DA TEORIA LIBERAL DO DIREITO DE RONALD DWORKIN

A obra de Dworkin, surge numa época repleta de novas teorias do direito. Elas visavam superar o positivismo jurídico. Pensavam os juristas, que o desastre humano, consequência das grandes guerras, estava diametralmente ligado ao positivismo jurídico, que, por um lado, como essência, é desprovido de qualquer valor, seja social, histórico, moral. E por outro, torna válida qualquer norma criada pelo Estado, desde que, obedecendo um rigoroso processo legislativo.

Uma nova teoria do direito, precisava nascer e direcionar os rumos das nações, ao passo que nunca mais, grupos minoritários, fossem novamente perseguidos e massacrados. O pós-guerra era o momento ideal que agitava os corações e as mentes autodeclaradas humanistas, impulsionando-os à ação na proteção contra os arbítrios autoritários do Estado.

Sob essa bandeira humanista, a filosofia do direito de Ronald Dworkin se desponta! O seu êxito é firmado em três eixos principais, a saber: a) teoria dos princípios normativos; b) interpretação da prática social e do direito; c) direito fundamental à igualdade. Como também sua teoria da justiça.

Desse modo, passemos a abordar cada um desses eixos e depois, sua teoria da justiça.

5.2.1 Teoria dos Princípios Normativos

Para Dworkin, é necessário estabelecer uma distinção entre os princípios jurídicos das regras jurídicas. Ele (2017)⁷⁴, denomina princípio como um padrão que deve ser observado, não porque vá a promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Para poder estabelecer essa distinção, Dworkin, afirma que a diferença é de natureza lógica. Afirma (2017)⁷⁵ que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca de obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Os princípios funcionam de uma maneira totalmente diferente: mesmo aqueles que mais se parecem com regras não enunciam as consequências jurídicas que decorreriam automaticamente da realização das condições previstas. Por exemplo, o princípio segundo o qual “ninguém pode tirar proveito do mal que cometeu” não significa que o direito nunca permita que alguém se aproveite do mal que cometeu. Mas um princípio enuncia razões que age a favor de uma orientação geral, serve de guia para aplicar tal ou qual regra. É fácil, portanto, dimensionar a importância que eles têm nos casos difíceis (*hard cases*). Por exemplo, quando se trata de dirimir a questão de saber se um assassino pode herdar em virtude do testamento de sua vítima, a saber, o princípio segundo o qual ninguém pode tirar proveito do mal que ele mesmo cometeu. De maneira geral, na produção das decisões judiciais, os princípios desempenham considerável papel: são realmente a exigência que, para além do direito ou por trás da regra, é levada em consideração e

⁷⁴ Dworkin, R. **Levando os direitos a sério**. Ed. Martins Fontes, 2017, p. 36.

⁷⁵ *Ibid*, p. 39.

aplicada pelo juiz, se ele assim quiser. Os princípios são, portanto, parte integrante da vida do direito.⁷⁶

Essa distinção entre princípios normativos, das regras jurídicas possibilita ao estudioso do direito, duas orientações diferentes que podem ser facilmente identificadas⁷⁷:

- a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas.
- b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos então, que como o famoso caso jurídico de *Riggs e Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.

Estas duas orientações funcionam como duas linhas de ataque, na instrumentalização dos princípios jurídicos utilizados pelo juiz na sociedade. Para julgar, o juiz se refere, para além da letra da regra legal positivista, a princípios mais “fundamentais” a que está submetido e que são os únicos que conferem ao trato jurídico sua profundidade, seriedade e valor.⁷⁸

No entanto, é preciso saber quais são os princípios chamados por Dworkin de fundamentais, os quais exigem tamanha seriedade e valor. Seriam eles os princípios da lei natural? Ou são aqueles deduzidos pela razão humana? Obviamente que não. Os princípios invocados por Dworkin que delineiam toda sua obra, são aqueles exigidos e formados pela prática social e política do lugar e do momento.⁷⁹ Estes princípios, pelo menos em tese, introduzem uma dimensão moral do direito. Isto fica claro, quando Dworkin impõe o dever de sua personagem, o juiz Hércules, ao afirmar que o modo como ela agirá será na identificação duma concepção particular da moralidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos; essa concepção sustenta que a moralidade comunitária é a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem.

⁷⁶ G-Fabre, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Ed. Martins Fontes, 2002, p. 213-214.

⁷⁷ Dworkin, R. **Levando os direitos a sério**. Ed. Martins Fontes, 2017, p. 46.

⁷⁸ G-Fabre, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Ed. Martins Fontes, 2002, p. 217.

⁷⁹ G-Fabre, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Ed. Martins Fontes, 2002, p. 216.

Hércules deve, por certo, basear-se em seu próprio juízo para determinar que princípios de moralidade são estes.⁸⁰ Hércules deve extrair dessa prática social, política e momentânea, os princípios morais que norteiam o direito, e utilizá-los nos julgamentos dos casos. O objetivo de Hércules é a realização do direito, mesmo que vá além do direito.

O sucesso da teoria dos princípios normativos, depende da modificação do modo como os juristas interpretam a prática social. Dito de outro modo. A eficácia da decisão que foi além do direito, que se fundou na identificação dos princípios morais aplicáveis ao caso concreto pelo juiz, depende da utilização de novos instrumentos interpretativos. Instrumentos convencionais de interpretação, como ocorre na interpretação de uma obra de arte, não se transmitirão a realidade da prática social. É necessário a identificação de novos instrumentos interpretativos. Eles funcionam de modo a interpretar o que as pessoas fazem coletivamente, isto é, aquilo que a prática social quer dizer. É disso que trataremos no próximo tópico a respeito dos instrumentos interpretativos da prática social e do direito e sua identificação conforme a realidade sob as lentes da interpretação de Dworkin.

5.2.2 Interpretação da Prática Social e do Direito

A interpretação convencional que busca traduzir o pensamento ou as intenções do artista numa obra de arte, como Hamlet de Shakespeare, opera-se sobre critérios diametralmente válidos e necessários. Esses critérios, embora reconhecidos como verdadeiros, e que inserem na realidade a expressão exata dos sentimentos do autor da obra, não operam com a mesma eficácia quanto ao direito e quanto à prática social.

Interpretar uma prática social é apenas uma forma ou ocasião de interpretação, ela é um relato de um propósito, mesmo quando não exista um autor real cuja mente possa ser investigada. Por isso, interpretar uma prática social significa descobrir os propósitos ou intenções dos outros participantes da prática, os cidadãos da comunidade. Ou que significa descobrir os propósitos da comunidade

⁸⁰ Dworkin, R. **Levando os direitos a sério**. Ed. Martins Fontes, 2017, p. 197.

que abriga essa prática, concebida como tendo, ela mesma, alguma forma de vida mental ou de consciência de grupo.⁸¹

Partindo desta constatação, utilizando como parâmetro a peça teatral Hamlet, denominando-a de arte complexa, induz, que é um erro, supor que tal arte é sobre alguma coisa e mais nada, de tal modo que uma produção dessa peça, seria a única correta, e qualquer outra produção que enfatizasse outro aspecto ou dimensão seria errada. É um erro filosófico supor que as interpretações podem ser certas ou erradas, verdadeiras ou falsas.⁸²

A interpretação da prática do aborto, não deve dar razão a quem é favor ou contra. Para a tese cética apresentada, os dois lados têm a razão que justifique suas divergências⁸³. No entanto, Dworkin não percebe a armadilha filosófica que arma para si próprio. Não percebe o erro gigantesco que comete quando a sua própria interpretação é interpretada. Desse modo, pergunta-se, como deverá ser interpretada a interpretação que ele nos apresenta? Deveria ser verdadeira a interpretação de que não existe interpretações verdadeiras ou falsas?

No caminho que conduz à afirmação de que inexistem interpretações verdadeiras ou falsas, afunda o direito como um conceito interpretativo, o qual a melhor interpretação a lhe ser dada é aquela que torna melhor a prática social. Dworkin vai além, invoca a ideia de um romancista em cadeia. Isto, para exemplificar que os juízes devem encontrar uma maneira coerente de ver a personagem e um tema, tal que um autor hipotético com um mesmo ponto de vista pudesse ter escrito pelo menos a parte principal do romance até o momento em que este lhe foi entregue.⁸⁴

Nessa senda, uma interpretação de direito é verdadeira, se parecer ser a melhor interpretação do processo jurídico como um todo, compreendendo ao mesmo tempo as decisões de mérito já tomadas e a estrutura institucional. Nessa interpretação, a realidade do direito não se confunde com o texto da lei ou com a regra escrita, que pertence a uma fase pré-interpretativa; ela pertence ao processo interpretativo e pós interpretativo. Em outras palavras, a normatividade jurídica implica recurso, por um lado, a um critério de coerência com os precedentes que,

⁸¹ Dworkin, R. Império do Direito. 2010, p. 60,71,76.

⁸² *Ibid*, p. 94,95,96.

⁸³ *Ibid*, p. 219.

⁸⁴ *Ibid*, p. 288.

sobre o ponto levantado pela espécie litigiosa, a história do direito pode oferecer e, por outro, a um critério de conveniência com a moral política do lugar e do momento: ou seja, a normatividade jurídica implica na sociedade em que se dá o julgamento, um consenso intelectual, que R. Dworkin denomina a “integridade do direito”.⁸⁵

É nesta perspectiva de integridade do direito que Dworkin prega que os direitos devem ser levados a sério. Estabelece como pilar da sua teoria, o direito fundamental à igualdade, contrariando a tradição, na pregação do direito fundamental à liberdade. O direito à igualdade é a máxima expressão de suas ideias. É a teoria liberal do direito aplicada na prática. Ela representa que o direito à igualdade deve ser observado pelo governo a todas as pessoas, com igual consideração e com igual respeito.

5.2.3 Direito Fundamental à Igualdade (Consideração e Respeito)

Os direitos só podem ser levados a sério nesta perspectiva de integridade como descrita acima. Dworkin estabelece como pilar da sua teoria, o direito fundamental à igualdade. Prega que num Estado Democrático de Direito a dignidade humana só pode ser realizada se o direito à igualdade de tratamento, de oportunidades etc., for instrumentalizado; neste sentido, pelo governo a todas as pessoas, com igual consideração e respeito:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo não deve somente tratar as pessoas com consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração (Dworkin, 2010, p. 419-420).

Assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, o direito à igualdade de recursos/tratamento surge como aspecto fundamental apto a viabilizar o implemento do direito à igualdade e realizar seu maior intento, a dignidade da pessoa humana.

⁸⁵ G-Fabre, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Ed. Martins Fontes, 2002, p. 215 e 216.

Em *O Império do Direito* (1999), Dworkin menciona que: “A igualdade de recursos, exige que o governo atribua a cada cidadão a mesma quantidade de recursos para que cada um consuma, ou invista como achar melhor.” Continua: “A igualdade de recursos reconhece, porém, que a diferença de talentos são diferenças de recursos, e por esta razão procura algum modo de atribuir aos menos dotados compensações que vão além daquilo que o mercado lhes concede”. Neste sentido, apenas como exemplo, Dworkin estabelece no capítulo nove de sua principal obra⁸⁶ *A Discriminação Compensatória*; que trata de ações afirmativas do Estado quanto a quotas raciais em vagas de universidade, que devem a todo custo ser implementadas por meio de políticas públicas.

É neste sentido (distribuição de oportunidades e recursos) a todos de modo igual que os direitos devem ser levados a sério. Note que os elementos “governo”, “política” são essenciais para a concretude deste projeto filosófico, no entanto, não se tem por objetivo neste projeto discutir teorias políticas, mas, é que a filosofia do direito de R. Dworkin está profundamente associada à teoria política que esboça ao mesmo tempo.

Considerando os pontos de destaques citados da ontologia objetivista de Dworkin, pergunta-se: Seria esta teoria do direito apta a instrumentalizar de fato a dignidade humana? Não estaria tal teoria compreendida num profundo erro epistemológico, invertendo a trajetória habitual da filosofia, acostumada a ir da teoria à prática? Não estaria Ronald Dworkin, levando os direitos a sério demais, ao ponto de reduzir a regulação inserida numa ordem de direito às estruturas factuais da sociedade, ao submeter a igual consideração e respeito à princípios políticos?

Embora não tenhamos tempo para explicar detalhadamente a respeito de muitos outros autores que compõe e contribuíram para pós-positivismo jurídico, pode-se admitir que esta corrente é moldada mais ou menos igual pela forma de pensar, segundo Dworkin.

No entanto, sem muito esforço, percebe-se que o pós-positivismo jurídico está comprometido. Não estaria o juiz Hércules de R. Dworkin, pleno de superpoderes (interpretação da prática social, formulação e aplicação de princípios normativos acima da Carta Magna), podendo causar um desequilíbrio na estrutura do poder e em toda a ordem jurídica?

⁸⁶ Dworkin, R. **Levando os Direitos a Sério**. 2010.

Sobre esta filosofia, a qual firma o governo dos juízes, bem observou Luiz Fernando Barzotto ao esclarecer que ela “produz uma multiplicidade de decisões contraditórias em que o direito será aplicado de forma completamente irregular.” Continua: “se o juiz no interior do paradigma positivista aproxima-se do tirano, o juiz do paradigma pós-positivista assume, na prática, uma postura anarquista”.⁸⁷

Neste paradigma pós-positivista jurídico, o direito é corroído pelo próprio direito. É dentro desta dimensão niilista da realidade, que se volta contra os valores e contra os fins do direito, que o direito perde seu sentido e sua razão de ser, tornando-se facilmente instrumento de manipulação humana.

Voltando à *Medida por Medida*. Lembremos que Ângelo determina a prisão de Cláudio e ordena sua decapitação em data próxima, sob a acusação de ter ele se prostituído.

Esta ordem na verdade foi um pretexto para Ângelo impor sua vontade. Isto fica mais claro na cena IV, ato II quando Ângelo barganha a virgindade de Isabela em troca da vida e liberdade de seu irmão Cláudio. Notadamente, esta vontade é subversiva e tirânica, pois o próprio Ângelo a reconhece e diz: "Por esta paixão que me domina, eu me transformo para ele [Cláudio] num tirano."⁸⁸

Tal personagem é a expressão exata do agente autoritário e totalitário. É aquele que em posse do poder, imediatamente impõe sua vontade ao mesmo tempo em que subverte, persegue e destrói. É sob estes fundamentos que a doutrina pós-positivista jurídica se estabelece. É num direito fundado não mais na lei natural nem na lei do Estado, mas no querer de poucos magistrados que ao mesmo tempo, por meio de princípios normativos criam, interpretam e aplicam o direito.

Simone G-Fabre (2002) foi precisa ao analisar que: “o universo jurídico se revela hoje composto de cortes, descontinuidades, falhas, hiatos, mudanças de direção, redistribuições evidenciadas pelas incessantes reformas das reformas. Há neles mais vazios que cheios, mais incoerências que causalidades... o direito já não tem um futuro para preparar”, pois o direito deixa de ser, para na realidade não ser.

Diante disso, passemos a análise da teoria da justiça de R. Dworkin.

⁸⁷ Barzotto, L. F. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 30.

⁸⁸ Shakespeare, W. **Medida por Medida**. 2000, p. 68.

5.3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN

Na abertura do livro *Virtude Suprema – a teoria e a prática da equidade* (2005), Dworkin declara que princípios de equidade estão sob ameaça entre as convicções políticas. A ideia de que a riqueza de uma nação deve ser distribuída de forma equitativa é vista como ultrapassada, assim como qualquer conceito de equidade diferente é considerado utópico. Deve-se, pois, negligenciar a equidade como um valor normativo? Segundo o autor, a consideração equitativa representa a principal virtude da comunidade política e qualquer governo, para ser considerado legítimo, deve, em primeiro lugar, demonstrar consideração equitativa pelo destino de todos os cidadãos (Dworkin, 2005, p. IX).

Essa concepção - de igualdade e consideração equitativa - representa um princípio abstrato fundamental, transcendendo o igualitarismo liberal e outras correntes da teoria da justiça. Dado que a consideração equitativa é crucial para a legitimidade política, é essencial destacar o que o ideal igualitário repudia e o que realmente demanda. Qual é a definição normativa de igualdade defendida por Dworkin? O autor rejeitará a noção de igualdade material total, na qual a distribuição é feita de forma indiscriminada. Para Dworkin, não é justo que, durante o processo de redistribuição, aqueles que contribuíram pouco ou nada recebam tanto quanto aqueles que demonstraram disposição para o trabalho:

[...] a igualdade absoluta e indiscriminada não é apenas um valor político fraco, ou um valor que seja facilmente sobrepujado por outros valores. Não é de modo algum um valor: não há nada que se possa dizer em defesa de um mundo no qual aqueles que optam pelo ócio, embora pudessem trabalhar, são recompensados com o produto dos trabalhadores (Dworkin, 2005, p. X).

De modo que, este questiona a ideia de que é imperativo ter uma distribuição ou transferência equitativa de recursos entre as pessoas, buscando equiparar-las em termos de bem-estar (Dworkin, 2005, p. 4). Existe uma ampla análise sobre essa convicção - a igualdade de bem-estar - no início de *A Virtude Suprema*. Em resumo, conforme explicado por Ferraz (2007), o significado de "bem-estar" é vago - podendo englobar tanto o sucesso quanto a felicidade, literalmente e é subjetivo, o que, por conseguinte, torna difícil a definição de uma métrica precisa (Ferraz, 2007, p. 247). No entanto, a teoria da igualdade de bem-estar apresenta uma falha interna que

está ligada à presença de aspirações e preferências dispendiosas por parte dos membros da sociedade. Nesse contexto:

[...] a questão que quero salientar é esta: o princípio de igualdade pode encontrar um compromisso (sob qualquer interpretação da definição de igualdade de bem-estar) de tal modo que bloqueie os resultados inicialmente contraintuitivos daquele princípio, como a afirmação de que as pessoas que gostam de champanhe deviam ter mais recursos? Ou seria qualquer qualificação capaz de excluir esses resultados, pelo contrário, uma contradição que conceda a irrelevância final do princípio? (Dworkin, 2005, p. 55-56).

Essa contrariedade, além de ser desafiadora para a teoria, indica que uma defesa da equidade de bem-estar que busque resistir às ramificações dos gostos e aspirações dispendiosos, em última análise, terá que assumir uma outra concepção de igualdade, levando a tornar a concepção inicial "ineficaz ou contraproducente" (Dworkin, 2005, p. 69). Além disso, surge a questão das pessoas com necessidades especiais (PcDs), pois existem certas condições, menciona Dworkin, que levam ao nível de bem-estar das pessoas portadoras de necessidades especiais - ser consideravelmente inferior ao das pessoas saudáveis. A teoria do bem-estar não estabelece qual deve ser o limite máximo de compensação para as pessoas com essas condições, o que dificulta a realização efetiva dessa concepção de igualdade.

Em suma, ao não definir um ponto de corte para a compensação, mesmo diante da presença de determinadas limitações que impedem a igualdade nos níveis de bem-estar, essa teoria parece implicar que se devem alocar tantos recursos quanto possível - inclusive em um nível que parece contraditório à intuição - sem nunca alcançar o tipo de igualdade almejada (Dworkin, 2005, p. 72-73). Após elucidar os fundamentos pelos quais o autor rejeita as teorias apresentadas anteriormente, podemos introduzir dois princípios fundamentais que orientam o igualitarismo liberal segundo Dworkin. O primeiro é denominado princípio da igual relevância, sustentando que, de uma perspectiva objetiva, é crucial que cada vida humana - sem exceção - seja próspera e não fracassada.

Dessa forma, o governo não deve impor uma concepção particular de como as pessoas devem viver, mas assegurar que os cidadãos possam determinar sua própria visão de uma vida satisfatória, já que todas as vidas têm um valor igual (Dworkin, 2005, p. XVI). O segundo é denominado princípio da responsabilidade especial, que apesar de cada vida possuir o mesmo valor intrínseco, existe uma responsabilidade singular para cada indivíduo na busca pelo sucesso pessoal.

Portanto, as escolhas feitas de maneira consciente por cada pessoa refletem também a noção de que há prestação de contas por suas ações, cabendo ao governo possibilitar que o destino de cada cidadão seja moldado por suas próprias decisões (Dworkin, 2005, p. XVII).

Com base nesses princípios, Ronald Dworkin introduz sua teoria de equidade - a igualdade de recursos. Essa ideia, ao contrário da concepção de igualdade material total, não propõe uma distribuição equitativa, e não vê a igualdade como alcançada através do nivelamento do bem-estar, mas sim pela justa distribuição dos recursos que podem, ou não, contribuir para isso (Dworkin, 2005, p. IX).

Em contrapartida, não é sempre viável e, em algumas situações, não é desejável estabelecer uma medida para nivelar as disparidades relacionadas às circunstâncias. No entanto, é possível igualar a maneira como as pessoas enfrentaram as oportunidades que dispuseram para se protegerem contra o acaso puro. Essa proteção seria implementada através de um seguro fictício que as pessoas supostamente comprariam caso fossem precavidas, com o objetivo de garantir uma forma de segurança (Ferraz, 2007, p. 250). Para que isso se concretizasse, seria avaliada a disposição de cada membro da comunidade em investir em um seguro que os resguardasse da possibilidade de, por alguma razão, serem prejudicados.

O seguro imaginário precisa operar em face das circunstâncias originadas pela pura má sorte, servindo como uma maneira de compensar os afetados por ela e de corrigir possíveis injustiças e incertezas. Isso definiria a igualdade de recursos como uma visão prévia da igualdade - sua eficácia ocorre antes dos riscos e antecipa as consequências desses. Todas as propostas apresentadas e derivadas por Dworkin, seriam utilizadas para identificar e justificar certos princípios que orientariam a formulação de políticas públicas ou a estruturação de um sistema tributário mais equitativo.

Nota-se que, no que diz respeito à responsabilização, a visão igualitária de Dworkin, representada pela igualdade de recursos, é atenta às escolhas, mas não leva em consideração as condições. Dessa forma, é possível compreender como ações afirmativas podem ser conciliáveis com a perspectiva dworkiniana de igualdade.

Compreende-se, portanto que, por mais que os filósofos tenham dedicado muito tempo a tentar compreender o que a razão pode nos revelar sobre os valores

morais, Dworkin aborda essa questão de maneira inversa, indagando o que nossas crenças morais demandam de nossa razão. Sua resposta a essa indagação é clara: a moralidade nos demanda acreditar na autenticidade de nossas convicções morais e agir em consonância com nossas crenças visceralmente genuínas. Mesmo conscientes de que nossos valores morais são moldados pela interação entre nossas inclinações genéticas, nossa cultura e nossa história pessoal, a moralidade na qual estamos imersos requer que tratemos esses valores como objetivamente válidos. A crença autêntica em valores que devem ser seguidos constitui a base da virtude moral, chamada por Dworkin de responsabilidade, e é o cerne de sua teoria da justiça, pois é com base nesse critério que ele refuta os céticos. Para Dworkin, questionar a existência de critérios morais objetivos é um sinal de irresponsabilidade, pois o ceticismo nos afasta do comportamento que a visão comum considera moralmente exigível (Dworkin, 2011, p. 149).

Definindo a responsabilidade no domínio ético, o escritor a amplia no contexto que ele denomina moral através de um raciocínio kantiano: nosso apreço por nós mesmos gera um respeito correspondente por todos os outros indivíduos. Feita essa transição, ele prontamente estende a consideração moral igualitária ao cenário político, estabelecendo que a legitimidade política deve se basear em um princípio ético de igualdade de consideração e em um princípio moral de respeito à responsabilidade individual. Segundo Dworkin, "a compreensão fundamental de que a dignidade exige um tratamento equitativo para o destino de todos e um pleno respeito à responsabilidade pessoal não é relativa. É verdadeiramente universal" (Dworkin, 2011, p. 338). Visto que a política implica um direito, as normas legais devem ser interpretadas de maneira a refletir o senso de justiça, "não porque precisamos, em certas ocasiões, vincular o direito à moralidade, mas porque é exatamente isso que o próprio direito, compreendido de maneira correta, exige" (Dworkin, 2011, p. 100).

No contexto delineado por Dworkin, onde a igual consideração moral e o respeito à responsabilidade individual são fundamentais, emerge a noção crucial de "bem comum". O bem comum, nesse contexto, é uma resultante direta da aplicação coerente desses princípios éticos e morais. Ele se configura quando a política, guiada por tais princípios, busca promover um destino equitativo para todos os indivíduos, reconhecendo sua dignidade intrínseca e respeitando suas responsabilidades pessoais. Dessa forma, o bem comum se traduz na construção de

uma sociedade onde todos são considerados de forma justa, onde direitos são garantidos e deveres são assumidos, criando um ambiente no qual a coletividade prospera, baseada na equidade e no respeito mútuo. Assim, o bem comum se torna não apenas um ideal abstrato, mas um alicerce prático e essencial para uma sociedade justa e funcional, onde todos são valorizados e suas contribuições são reconhecidas. Abordaremos mais sobre o bem comum adiante.

5.4 CRÍTICAS A TEORIA DA JUSTIÇA DE RONALD DWORKIN

A Teoria da Justiça de Ronald Dworkin, embora tenha recebido elogios consideráveis e inspirado profundamente no campo da filosofia política e do direito, também tem sido objeto de diversas críticas ao longo dos anos. Algumas dessas críticas dizem respeito aos aspectos fundamentais de sua teoria e à aplicabilidade prática de suas ideias. Uma das principais críticas à teoria da justiça de Dworkin é a sua suposta falta de concretude. Dworkin defende a ideia de que o direito e a justiça são questões de princípio, e que os princípios morais devem ser aplicados de forma individualizada em casos concretos. No entanto, os críticos argumentam que essa abordagem é abstrata e que não oferece orientação clara o suficiente para juízes e legisladores lidarem com questões complexas do mundo real (Neves, 2013).

Além disso, alguns críticos argumentam que a ênfase de Dworkin na integridade e coerência das decisões judiciais pode ser otimista. Eles questionam se é realista esperar que os juízes sempre permaneçam de forma consistente ao longo do tempo, dada a complexidade e a evolução da sociedade e das questões jurídicas. Outra crítica importante à teoria da justiça de Dworkin diz respeito à sua ênfase na interpretação dos textos legais e constitucionais. Alguns argumentos que tal abordagem tendem a favorecer uma elite jurídica que possui o conhecimento e as habilidades para interpretar de maneira abrangente e sofisticada esses textos, em detrimento das partes menos favorecidas da sociedade.

Ainda, pode-se dizer que literatura jurídica tem caracterizado a teoria dos princípios normativos de Dworkin como o ponto de partida para a transformação da teoria do direito, representando a expressão mais marcante e influente no desafio ao utilitarismo e à tese positivista que separa o direito da moral. Entretanto, essa teoria sofreu severas críticas por filósofos de grande estatura como Roger Scruton e John Finnis, como veremos a seguir.

5.4.1 O Conservadorismo de Roger Scruton *versus* Teoria Liberal de Ronald Dworkin

O filósofo inglês Roger Scruton (2015, p. 54) salienta que o conservadorismo não se restringe apenas ao desejo de preservação, mas emerge diretamente do senso de pertencimento a uma ordem social contínua e preexistente, destacando a extrema importância desse fato na orientação das ações. Contrariando a ideia difundida na visão moderna de uma sociedade fragmentada em interesses individuais desligados da história e centrada principalmente em relações econômicas e direitos individuais, o conservadorismo se estabelece a partir da premissa de uma sociedade orgânica, análoga à estrutura de um ser humano, na qual o significado de uma vida coletiva e os valores compartilhados ao longo da história são fundamentais tanto para a compreensão coletiva quanto para a formulação de políticas.

Essa estrutura social orgânica pode ser percebida de maneira mais simplista, superficial ou baseada em opiniões, dentro do espectro das consciências individuais e da política cotidiana, sem, no entanto, alcançar a compreensão mais profunda inserida na ordem social, nos costumes e valores compartilhados através da experiência coletiva ao longo do tempo (Scruton, 2015). Por precaução, não se deve basear completamente o destino humano em uma visão atual da realidade social, seja qual for, pois no âmbito inicial - o da política e sua agenda "hiperativa" (Minogue, 1978 citado por Scruton, 2015) - estão as tendências compulsivas do reformismo e seus valores atraentes, como justiça social, igualdade e liberdade.

Em nome desses valores, busca-se subjugar o poder e a política, elementos que por si só não são submissos a qualquer propósito específico. Ao contrário da abordagem inicial, de acordo com essa doutrina, a estabilidade social é vista como algo encontrado nos valores e nos hábitos provenientes de um longo processo de socialização, refletidos em uma moralidade imune às contingências que impulsionam mudanças radicais. O poder, em última análise, se justifica exclusivamente pela preservação da autoridade, um bem em si mesmo, simplesmente pelo motivo de que "nenhum cidadão possui um direito natural que transcenda sua obrigação de ser governado" (Scruton, 2015, p. 47), já que "a maioria das atividades humanas e das relações significativas não tem um propósito externo, isto é, não são direcionadas a

um 'fim', e tentar estabelecer um significa distorcer sua natureza intrínseca" (Scruton, 2015, p. 57).

Como observado, essa perspectiva contrasta consideravelmente com os princípios que a modernidade adotou em suas instituições, como os conceitos de progresso, desenvolvimento, democracia, igualdade, pluralismo, entre outros, que guiam os propósitos, avaliações e metas dos nossos ideais políticos. Sob esse aspecto, Scruton demonstra interesse na obra filosófica de R. Dworkin, apesar de considerá-la obscura e complexa. No entanto, ele reconhece que suas conclusões centrais são de grande interesse, tanto como uma articulação de uma poderosa teoria do processo judicial, quanto como uma tentativa de reviver, em tese, a doutrina do direito natural (Scruton, 2014, p. 43).

Essa abordagem filosófica contrasta significativamente com os princípios que a modernidade adotou em suas instituições. Os conceitos de progresso, desenvolvimento, democracia, igualdade e pluralismo, que orientam os propósitos, avaliações e metas dos nossos ideais políticos, são distantes das ideias de Scruton sobre a obra de Dworkin. Enquanto a modernidade abraça esses princípios como fundamentais para a evolução da sociedade, Scruton parece buscar respostas em teorias que remetem a uma concepção mais tradicional e, em certos aspectos, conservadora do direito e da justiça.

Por outro lado, Scruton (2014, p.44) destaca que os princípios normativos são menos suscetíveis a mudanças do que as regras e desempenham um papel mais fundamental no caráter do sistema legal. Sem eles, a adjudicação seria impossível ou comprometida. São os casos difíceis que evidenciam a existência desses princípios. O juiz não deve se ver como o criador desses direitos e deveres, nem deve acreditar que está exercendo alguma forma de discricionariedade que não seja necessária em sua prática profissional habitual. Ele pode recorrer a princípios que têm uma validade diferente das regras.

Nesse contexto, Scruton salienta que tais considerações evidenciam, conforme Dworkin argumenta, que as teorias da "regra mestra" e da "discricionariedade" são ilusórias. Ademais, a inevitabilidade dos casos difíceis serve para contradizer o terceiro princípio do positivismo legal, que postula que toda obrigação legal é estabelecida por uma regra legal preexistente e predeterminada. Nos casos difíceis, a lei é mais descoberta do que aplicada. Esse processo de descoberta é fundamental para a estrutura da *common law* e da equidade,

constituindo assim a base sobre a qual os sistemas legais inglês e americano foram edificados. É por meio dessa perspectiva que as disputas humanas perenes são resolvidas de acordo com princípios que emergem natural e inevitavelmente da experiência da sociedade.

É a partir desses argumentos que sua teoria da justiça se delineia, ao menos em teoria. Trata-se de uma abordagem da justiça de viés liberal, que busca assegurar igual consideração e respeito, ao menos em princípio. Diante disso, surge a indagação: como não perceber que a teoria filosófica de Dworkin, ao colocar ênfase nos princípios políticos e nos direitos individuais em detrimento das demandas sociais, pode entrar em conflito consigo mesma? Como mencionado anteriormente, o propósito de Dworkin é estabelecer um sistema de justiça de natureza liberal. Assim, a justiça seria acessível apenas para os adeptos da teoria liberal?

Para Dworkin (2000), a posição liberal é tão evidentemente correta que cabe ao conservador refutá-la, e não ao liberal provar seus fundamentos. É o conservador que deve argumentar que há um consenso de convicção moral contra a pornografia, que a segregação está alinhada com o espírito da Constituição, ou que a recusa em saudar a bandeira ou servir ao exército não está (p. 47).

Essa conduta exemplifica o que Scruton descreve como "discriminação reversa", onde membros de um grupo desfrutam de vantagens das quais outros, com qualificações superiores, são excluídos. Isso claramente desafia a ideologia dos direitos humanos. O problema central que persiste na teoria da justiça e do direito de Dworkin é sua incapacidade de promover o bem comum para toda a sociedade, restringindo-se apenas aos adeptos da teoria liberal. Scruton (2014) reconhece esse problema e argumenta que o liberalismo americano pode negar certos direitos aos seus oponentes. "O liberal afirma não reconhecer nenhum direito além dos direitos individuais, mas quando o conservador busca defender seus direitos, ele é desautorizado, pois são negados como 'não sendo direitos'". [...] Por que isso acontece? Porque o sistema filosófico imposto por Dworkin suscita dúvidas sobre a legitimidade dos direitos defendidos pelos conservadores. Mas quais direitos são genuínos de fato e por meio de quais princípios podemos determiná-los? (p. 52- 53).

5.4.2 A Crítica de John Finnis

É possível dizer que, dentro do quadro teórico reproduzido por Finnis, o teórico não deve estar preso às suas próprias mensurações ou aquelas impostas pela sociedade, previamente, deve estremar a instituição e as apreciações concedidas a estas instituições com o claro objetivo de suplantá-las em uma tentativa de construção e reconstrução sistemática à luz das características relacionadas às causas naturais e às finalidades das ações e práticas humanas (Finnis, 2007).

Destarte, não obstante, Finnis preconiza que o preceito de análise da instituição jurídica seja definido previamente pela capacidade de possibilitar uma descrição, a análise livre de mensurações dessa instituição assim como existe de fato. Para que aconteça dessa forma, o teórico deve cooperar com a responsabilidade de avaliação, de compreensão do que é verdadeiramente bom para os indivíduos e o que realmente requer a razoabilidade prática (George, 2004).

Portanto, segundo o exposto, entende-se que para Finnis, a lei natural consiste em um conjunto de princípios práticos que sugere as formas básicas de desenvolvimento humano como bens a serem perseguidos e realizados e que existe, da mesma forma, um conjunto de premissas metodológicas básicas de razoabilidade prática que oferecem as fundamentações para distinguir entre os atos que são admissíveis e atos que são inadmissíveis, através da qual é possível elaborar um conjunto de princípios morais gerais (Orrego, 2006). De modo que os princípios do direito natural, assim como são entendidos, podem ser encontrados não apenas na filosofia moral ou ética, assim como em toda a filosofia política e jurídica, na ação política, nas concessões e na vida do indivíduo, visto que esses princípios amparam o exercício da autoridade na comunidade, e esta deve ser guiada pelas determinações do que se chama Estado de Direito, respeitando apropriadamente os direitos humanos que representam os requisitos da justiça (Finnis, 2007).

Ao levar em consideração o entendimento sucinto e jurídico do direito natural, assim como, as doutrinas do direito natural, Finnis analisa a imagem resguardada e contida dessa doutrina por juristas na esfera do positivismo jurídico, de modo que a tese jusnaturalista compreende em sustentar que o direito positivo provém sua validade, tão somente, do direito natural, ou seja, o direito positivo é

meramente uma cópia do direito natural. Contudo, de acordo com Finnis, determinar que o direito positivo é apenas cópia do direito natural é uma simulação, e, portanto, equivocada⁸⁹.

Desse modo, na concepção defendida por Finnis acerca do direito natural, é vinculado a certas formas de preceitos básicos da existência humana. O autor supracitado elabora uma análise desses valores escolhendo um primeiro princípio que já é auto-evidente, isto é, o conhecimento⁹⁰. Com isso, Finnis torna claro que os valores básicos não são suscetíveis de prova, e nem necessitam, pois se trata de valores e de princípios primeiros, não deriváveis de outros.

Discordando inteiramente de Dworkin, a teoria da justiça de John Finnis é mais abrangente e recebe influência tomista. Nesse contexto, sua defesa visa principalmente a promoção do bem comum para a comunidade. Nas palavras do filósofo, a justiça consiste em "um conjunto de requisitos de razoabilidade prática que são válidos porque a pessoa humana deve buscar realizar e respeitar os bens humanos não apenas por si mesma e para seu próprio benefício, mas também em conjunto com a comunidade" (Finnis, 2007, p. 161).

O significado dessa concepção de justiça pode ser definido como a exigência de promover os bens humanos em benefício da comunidade. No entanto, o conceito de bem comum de Finnis não se baseia na ideia de alcançar o maior bem para o maior número, mas sim na cooperação de todos os membros da comunidade, como um requisito para promover os bens humanos fundamentais. Essa é uma condição essencial para o desenvolvimento pleno da humanidade. Nessa linha de raciocínio, Finnis argumenta que sua teoria:

Não está restrita (como a de Rawls) às condições ideais de uma sociedade na qual todos agem de acordo com os princípios e instituições de justiça [...] minha teoria, incorpora teses sobre guerra, punição, obrigação civil em face de uma legislação injusta e outras situações de ruptura social e recalitrância individual (Finnis, 2007, p.163).

A teoria de Finnis abrange três elementos essenciais: a relação com o outro; o dever (débito); e, por fim, a igualdade (proporcionalidade). O primeiro elemento refere-se à intersubjetividade, reconhecendo a justiça como um fenômeno que não pode ser concebido isoladamente, mas sim deve estar orientado para o outro, na relação intersubjetiva das pessoas, sendo, portanto, o princípio da alteridade. O

⁸⁹ Finnis, J. **Direito natural em Tomás de Aquino**, 2007, p. 36

⁹⁰ *Ibid* p. 68-69

segundo elemento relaciona-se com a ideia de dever, que, antes de ser jurídico, é moral, visto que é o dever em relação ao outro, o motivo pelo qual o outro pode esperar que o justo seja cumprido. Por fim, o terceiro elemento é a igualdade, que não se trata da igualdade nos termos liberais como pensava Dworkin, mas sim de uma igualdade que se refere ao equilíbrio ou proporcionalidade. Esta deve ser proporcional tanto em sentido aritmético quanto geométrico, pois "alimentar um homem grande com a mesma quantidade de comida que é dada a uma criança pequena é e não é tratar os dois igualmente" (Finnis, 2007, p. 163). Portanto, para evitar essas simplificações, Finnis opta pelo uso da igualdade enquanto proporcionalidade. Esses três elementos são necessários para a análise da razoabilidade prática exigida pela teoria de Finnis. Dessa forma, o filósofo apresentará os pressupostos de como as pessoas devem tratar as outras, bem como serem tratadas.

Esses elementos emergem como um ângulo da razoabilidade prática. De acordo com Finnis, "são as implicações concretas do requisito básico de razoabilidade prática de que a pessoa deve favorecer e promover o bem comum de sua comunidade" (Finnis, 2007, p. 162). Nesse contexto, o indivíduo que busca promover o bem comum da comunidade em que vive pode ser considerado uma pessoa justa, pois sua ação foi justa. Em outras palavras, ser justo é agir com justiça. Por sua vez, essa ação envolve três aspectos da justiça: a) justiça geral (que tem dimensões morais e éticas), b) justiça comutativa e, c) justiça distributiva.

A justiça geral (a) representa o requisito fundamental de justiça, que relaciona o bem comum às necessidades básicas de razoabilidade prática, buscando promover o bem comum da comunidade. A partir desse princípio, a justiça é concebida como o modo primordial de viver bem, manifestando-se como uma disposição, uma boa vontade. A demanda pelo bem na justiça geral requer que promovamos o bem comum das comunidades em que estamos inseridos. Por outro lado, a justiça comutativa (b) diz respeito às relações entre partes, visando regular "as trocas que ocorrem entre duas pessoas", buscando equilibrar diversas transações e prevenir possíveis desigualdades. Por exemplo, ela visa evitar danos ou impasses em processos de compra e venda. Além disso, na justiça comutativa, as decisões não são exclusivamente tomadas pelo juiz, mas também pelas partes envolvidas no contrato.

A justiça distributiva (c), por sua vez, aborda as relações entre o todo e as partes, sendo responsável pela distribuição dos recursos da sociedade (bens externos), levando em consideração critérios para estabelecer uma igualdade proporcional. Esses critérios podem incluir a posição do indivíduo na comunidade, mérito, trabalho, necessidade, renda, entre outros. Na obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, Finnis argumenta que a justiça distributiva deve ser entendida como uma forma particular de justiça voltada para o bem comum, ou seja, como o modo pelo qual se deve proceder para promover o bem comum da sociedade. Esse problema da justiça distributiva aborda questões relacionadas à distribuição de recursos, oportunidades, impostos e responsabilidades, ou seja, à política de bem-estar. Em relação ao bem-estar social, Finnis é enfático ao afirmar que:

O requisito de razoabilidade prática não é satisfeito por uma disposição geral, em uma pessoa ou em todas, a favorecer o bem-estar dos outros membros da comunidade ou comunidades em questão. Poucos irão florescer, e ninguém irá florescer em segurança, a menos que haja uma efetiva colaboração das pessoas e coordenação dos recursos e das iniciativas (incluindo sempre na noção de colaboração e coordenação, padrões de restrição e não-interferência mútuas). Tal conjunto de condições de colaboração que intensificam o bem-estar (ou pelo menos a oportunidade de florescimento) de todos os membros de uma comunidade é, de fato, frequentemente chamado de bem comum (Finnis, 2007, p. 165).

Nessa ótica, para promover o florescimento humano, é crucial que o bem comum esteja ligado ao outro, assim como à preocupação com a comunidade, enquanto os direitos individuais, por si só, contribuem pouco ou nada para esse florescimento. Finnis argumenta que, embora a justiça distributiva seja uma demanda específica, ela deve compartilhar o que é essencialmente comum entre os membros de uma comunidade. Portanto, o princípio e critério para essa distribuição são o bem comum, o qual é objeto de toda justiça e deve ser respeitado e promovido por toda vida racional, sem se confundir com iniciativas que visam apenas o benefício dos membros individuais da comunidade.

5.4.2.1 *Finnis versus Dworkin*

Após discutiras diversas concepções de justiça, temos duas posições referente ao assunto em questão, de um lado, a visão de justiça principialista liberal igualitária de Ronald Dworkin, que atribui ao Estado o papel de instituição social responsável por regular as relações entre os indivíduos. Em contrapartida, tem-se a

visão de justiça de Finnis, que se baseia na ação racional visando promover os bens humanos básicos e o bem comum da comunidade. Essa abordagem se concentra na relação direta entre os indivíduos, sem a necessidade de intervenção da instituição social do Estado.

A teoria da justiça de Dworkin, embora ainda respeitada, tem sido alvo de críticas devido à sua suposta insuficiência na promoção do bem comum e por provocar, como mencionado anteriormente, um desequilíbrio marcante na ordem jurídica ao conferir maior poder ao judiciário em comparação aos outros dois poderes, legislativo e executivo. Uma das críticas proeminentes é seu foco excessivo na justiça distributiva, concentrando-se principalmente na distribuição equitativa de recursos entre os membros da sociedade. Apesar da importância da distribuição justa de recursos, argumenta-se que o bem comum transcende esse aspecto, abrangendo questões mais amplas como o fortalecimento dos laços sociais, a coesão comunitária e o desenvolvimento de instituições benéficas para todos.

Uma das principais críticas de Finnis à teoria da justiça de Dworkin está centrada na concepção do papel do legislador. Enquanto Dworkin destaca a interpretação do direito como uma busca pela coerência e integridade com base nos princípios morais subjacentes, Finnis argumenta que isso negligencia a autoridade do legislador e a importância de suas escolhas deliberadas. Finnis defende que a autoridade legislativa é fundamental para o sistema jurídico, e os juízes devem respeitar as decisões políticas e éticas do legislador ao interpretar a lei. Adicionalmente, Finnis critica a abordagem de Dworkin em relação aos princípios jurídicos. Enquanto Dworkin defende a existência de princípios jurídicos que orientam a interpretação e aplicação da lei, Finnis argumenta que essa abordagem é excessivamente subjetiva, concedendo aos juízes uma ampla margem de discricionariedade, o que pode resultar em decisões arbitrárias e injustas, como discutido anteriormente.

"Nenhuma linha firme separa a jurisprudência da adjudicação ou de qualquer outro aspecto da prática jurídica... A jurisprudência é... um prólogo silencioso para qualquer decisão legal"⁹¹. Finnis salienta que Dworkin, enfatiza a importância das

⁹¹ "no firm line divides jurisprudence from adjudication or anyother aspect of legal practice Jurisprudenceis ... silent prologue to any decision at law" (Finnis, 1987, p. 358).

escolhas reais feitas pelos participantes do sistema jurídico e as consequências dessas escolhas, subestimando, assim, essa dimensão da prática jurídica, enfocando mais a reflexão sobre escolhas do que a própria escolha efetiva. Demonstrando uma certa falta de realismo prático na abordagem de Dworkin. Visto que este se concentra em questões de integridade, coerência e interpretação moralmente justificada das normas jurídicas, Finnis destaca a necessidade de reconhecer as escolhas reais feitas pelos legisladores, juízes e outros participantes do sistema legal. Ele argumenta que a autoridade legal e moral das normas jurídicas não pode ser totalmente compreendida sem levar em conta as circunstâncias concretas em que essas normas são promulgadas, interpretadas e aplicadas.

Por conseguinte, Finnis ressalta que "agora, a 'interpretação' é geralmente entendida como, em certo sentido, passivo ou pelo menos derivada, enquanto o raciocínio prático, raciocínio voltado para a escolha e à ação, é entendido como ativo e criativo."⁹² Fazendo-se necessário uma distinção importante entre interpretação e raciocínio prático. O autor sugere que Dworkin tende a retratar a interpretação como passiva ou derivada, em contraste com o raciocínio prático, que é considerado ativo e criativo. Essa distinção sugere uma crítica à falta de engajamento ativo na interpretação jurídica, conforme concebida por Dworkin.

Enquanto Dworkin enfatiza a interpretação das normas jurídicas em busca do significado pretendido pelos legisladores ou dos princípios morais subjacentes, Finnis destaca a importância do raciocínio prático na aplicação do direito. Isso inclui a consideração ativa das circunstâncias concretas de cada caso, bem como a formulação criativa de soluções para resolver conflitos normativos. Finnis sugere que a abordagem de Dworkin pode ser limitada ao focar exclusivamente na interpretação das normas existentes, em vez de reconhecer a necessidade de um engajamento mais amplo e ativo com a prática jurídica. Ao enfatizar o papel do raciocínio prático, Finnis destaca a importância de uma abordagem mais dinâmica e envolvente para a interpretação e aplicação do direito.

De acordo com Finnis (1987) uma das questões centrais reside na abordagem de Dworkin em relação à legislação e ao papel dos legisladores na criação da lei. O autor argumenta que Dworkin não reconhece adequadamente o

⁹² Now "interpretation" is usually understood as, in a sense, passive or at least derivative, where as practical reasoning, reasoning to ward choice and action, is understood as active and creative (Finnis, 1987, p. 358).

papel ativo dos legisladores na formulação e estabelecimento das leis. Essa visão fundamenta-se na percepção de que a interpretação de Dworkin pode, de certa forma, obscurecer a distinção entre o papel dos legisladores como criadores de leis e o papel dos tribunais na interpretação dessas leis. De maneira que, Dworkin pode subestimar a importância das escolhas reais feitas pelos legisladores durante o processo legislativo. Ele destaca a necessidade de reconhecer o trabalho ativo dos legisladores na elaboração das leis, sugerindo que a interpretação de Dworkin pode confundir as funções distintas desses dois órgãos. Refletindo a preocupação de Finnis com o realismo prático na jurisprudência. Ele argumenta que é vital reconhecer e valorizar as escolhas e decisões ativas dos legisladores como agentes fundamentais na criação da lei. Ao fazê-lo, Finnis destaca a importância de manter uma clara distinção entre os papéis dos legisladores e dos tribunais, a fim de promover uma compreensão mais precisa e realista do processo legislativo e da interpretação jurídica.

Outro ponto que merece atenção relaciona-se com a falta de clareza encontrada na teoria de Dworkin, pois, de acordo com Finnis (1987, p.366) "Mas ele faria bem em acrescentar', imediatamente, que o juiz não emprega as suas convicções morais como suas, mas como critérios, princípios, regras ou outros fatores relevantes como premissas em um argumento."⁹³ Demonstrando que a teoria de Dworkin quanto aos propósitos fundamentais da reflexão jurisprudencial apresenta falhas, uma vez que, embora Dworkin reconheça a conexão justificada entre decisões políticas passadas e coerção presente como o ponto mais geral da lei, essa afirmação não esclarece completamente quais são os propósitos centrais ou fundamentais da reflexão jurisprudencial. Sugerindo uma preocupação de Finnis com a falta de clareza e precisão conceitual na teoria de Dworkin. Ele questiona se Dworkin delineia de maneira suficientemente explícita e compreensível os objetivos essenciais que a reflexão jurisprudencial busca alcançar. A ausência de uma definição mais nítida dos propósitos fundamentais pode tornar a teoria de Dworkin menos acessível ou suscetível a interpretações divergentes.

Assim, Finnis destaca a importância de uma compreensão clara dos objetivos da reflexão jurisprudencial para o desenvolvimento de uma teoria jurídica robusta e

⁹³ But he would have to add, immediately, that the judge does not employ his moral convictions as his but as so und criteria, principles, rules or other factors relevant as premisses in an argument (Finnis, 1987, p. 366).

abrangente. Ressaltando a necessidade de Dworkin aprimorar a precisão conceitual em sua teoria, proporcionando uma explicação mais detalhada e distintiva sobre os propósitos fundamentais da reflexão jurisprudencial.

Finnis levanta uma questão imprescindível em relação a suposta falha de Dworkin em distinguir adequadamente entre "a lei" de uma comunidade específica, que é o foco dos advogados e juízes dessa comunidade, e o conceito mais amplo de "direito". O autor destaca a importância dessa distinção, argumentando que "a lei" e "o direito" não devem ser considerados como sinônimos, conforme sugerido por Dworkin. Essa distinção é fundamental porque cada um desses termos está ligado a diferentes empreendimentos intelectuais: enquanto "a lei" é o tema de reflexão específico para os profissionais jurídicos de uma comunidade, "o direito" abrange preocupações mais amplas, como aspectos sociológicos, antropológicos e morais, sendo tema de estudo para diversos campos acadêmicos (Finnis, 1987).

Finnis destaca que as teorias positivistas e do direito natural na jurisprudência não se preocupam com a maneira como os advogados usam a palavra "lei", como Dworkin sugere. Em vez disso, essas teorias concentram-se na natureza do direito como um sistema jurídico, explorando o que é intrinsecamente correto ou moralmente fundamentado. A crítica de Finnis sugere que Dworkin, ao negligenciar essa distinção crucial, pode estar simplificando demais a complexidade da jurisprudência e reduzindo o escopo mais amplo de considerações que envolvem o estudo do direito. Portanto, a ênfase de Finnis na necessidade de diferenciar claramente entre "a lei" e "o direito" aponta para a importância de uma abordagem mais abrangente e multidisciplinar na análise jurídica.

Em *“On Reason and Authority in Law's Empire”* podemos encontrar o posicionamento de Finnis em relação a Dworkin principalmente relacionado a questão da autoridade legal e moral das regras jurídicas e na fonte dessa autoridade. Finnis argumenta que Dworkin subestima o papel da convenção na atribuição de autoridade legal e moral às regras jurídicas. Enquanto Dworkin enfatiza o papel do consenso de convicção independente na justificação da autoridade legal, Finnis sugere que uma teoria sólida do direito natural não hesitaria em atribuir essa autoridade à convenção.

Para Finnis, a convenção desempenha um papel crucial na determinação da autoridade legal e moral das regras, pois é a partir da convenção que as regras são promulgadas e aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso contrasta com a

abordagem de Dworkin, que tende a atribuir maior importância ao consenso de convicção independente como base para a autoridade legal. Finnis argumenta que, embora considerações morais possam influenciar o conteúdo das regras jurídicas, a fonte primária da autoridade legal continua sendo a convenção.

Ao contrário da igualdade liberal proposta por Dworkin, onde a ênfase recai sobre a igualdade na distribuição de papéis, oportunidades e recursos, para Finnis, o objetivo da justiça é o bem comum e o florescimento de todos os membros da comunidade. Nesse contexto, a reivindicação de certos direitos e igualdades individuais não seria benéfica para a comunidade, pois seria vista como uma demanda egoísta e individualista, em detrimento do bem comum.

Finnis destaca a importância do bem comum como o principal objetivo da justiça. Ele argumenta que a busca pelo bem comum da comunidade é crucial para estabelecer uma sociedade justa e sustentável. Além disso, Finnis enfatiza o conceito de florescimento humano como um elemento central de sua teoria. Para ele, a justiça não deve se limitar à igualdade formal, mas sim buscar capacitar as pessoas a alcançarem seu potencial máximo e viverem vidas plenas e significativas.

Outro ponto fundamental na teoria de Finnis é a valorização da integração social. Ele defende que a integração total das pessoas na comunidade é essencial para promover os bens humanos básicos uns aos outros. Finnis argumenta que a realização plena ocorre dentro do contexto social, e que a comunidade política deve trabalhar para criar um ambiente propício onde todos possam prosperar. Além disso, Finnis propõe critérios específicos para a distribuição de recursos sociais, levando em consideração fatores como posição na comunidade, mérito, trabalho, necessidade e renda. Ele argumenta que essa abordagem garante uma distribuição justa e proporcional dos recursos, ao contrário de uma abordagem meramente igualitária.

De modo que, Finnis sustenta que sua teoria da justiça baseada na Lei natural é mais capaz de promover o bem comum porque enfatiza o florescimento humano, valoriza a integração social e propõe critérios justos para a distribuição de recursos. Ele argumenta que essa abordagem leva a uma sociedade mais justa e harmoniosa, onde todos têm a oportunidade de alcançar seu potencial máximo e contribuir para o bem-estar da comunidade.

Essa crítica de Finnis demonstra uma preferência pela abordagem tomista da jurisprudência, que enfatiza a importância da lei natural e da convenção na

determinação da autoridade legal e moral das regras. O tomismo reconhece a importância das considerações morais na elaboração das leis, mas também enfatiza que a autoridade das leis deriva da autoridade da comunidade que as promulga. Portanto, ao contestar a abordagem de Dworkin, Finnis destaca a importância de uma fundamentação mais sólida e holística da autoridade legal e moral das regras jurídicas, que é melhor representada pela perspectiva tomista. Nesta perspectiva, é esta teoria tomista/finnisiana da lei natural a única apta e capaz de garantir o bem comum como veremos a seguir.

5.5 DEFININDO O BEM COMUM

Uma vez que tenhamos definido de maneira precisa o conceito de bem, de acordo com Tomás de Aquino, podemos avançar na compreensão do que significa o bem comum. Como mencionado anteriormente neste trabalho, parece que, ao considerar a natureza difusiva da bondade na filosofia de Tomás de Aquino, a expressão "bem comum" pode parecer uma verdadeira tautologia, uma vez que todo bem, por sua própria natureza, se propaga. No entanto, os textos de Tomás claramente estabelecem essa distinção, o que nos impede de simplificar a noção de bem comum e reduzi-la meramente à noção de bem.

Da mesma forma que acontece com a definição de bem, Tomás de Aquino explicita que em Deus se encontra a identificação de Sua substância com o bem comum. Ele declara que "em Deus sua substância e bem comum são um e o mesmo" (ST, Ia, q. 60, a. 5, ad. 5). Consequentemente, como o bem comum de todos, cada indivíduo O ama mais do que a si mesmo, "tão grande é o bem comum de todos, que cada um naturalmente ama a Deus mais do que a si mesmo" (ST, Ia, q. 60, a. 5, ad. 5), assim como cada parte valoriza mais o bem do todo do que seu próprio bem particular. Dessa maneira, Tomás atribui três diferentes significados ao bem comum: 1) bem comum como predicado, referindo-se a coisas que são potencialmente benéficas para qualquer indivíduo, como a felicidade ou o conhecimento, mas que não são fins em si mesmas; 2) bem comum como meio, relacionando-se a bens materiais reais distribuídos para uso privado pelos indivíduos; e 3) bem comum como causa e fim último, sendo numericamente um ou tendo apenas uma causa (Froelich, 2008).

Se esta divisão proposta por Froelich (2008) for considerada correta, sua compreensão profunda depende do entendimento de que Deus desempenha simultaneamente dois papéis cruciais. De um lado, Ele é o Sumo Bem, no qual toda criatura encontra sua bondade intrínseca (ST, I, q. 6, a. 2 ad. 1, p. 151). De outro lado, Ele é o próprio bem comum, seja entendido como predicado, meio ou fim (ST, I, q. 5, a. 6, ad. 1, p.148). No entanto, diante dessa polissemia, para uma compreensão completa do bem comum, é essencial examinar brevemente a noção de comunicabilidade e a teoria da analogia.

Sabendo que Tomás usa a expressão "bem comum" em referência a mais de uma realidade e, a teoria da analogia ajuda a esclarecer a relação entre esses diversos significados. Além disso, a noção de comunicabilidade nos ajuda a entender a propriedade que adjetiva o bem, dando origem a uma nova concepção.

Portanto, a justiça é a virtude que direciona o ser humano diretamente para o bem do qual ele faz parte - o bem comum (Widow, 2007, p. 72). Tomás de Aquino ensina de forma clara e concisa que a justiça é um hábito que nos leva, com vontade constante e perpétua, a atribuir a cada pessoa o que lhe pertence –“justiça é a atitude segundo a qual se dá a cada um o seu direito com uma vontade constante e perpétua” (ST, II-III, q. 58, a. 1 ad. 3, p. 2099). Um indivíduo justo é, portanto, alguém disposto a dar ao outro o que lhe é devido, reconhecendo assim, através de suas ações, que o bem do qual ele participa ou possui está, em última análise, relacionado ao bem do outro (Widow, 2007, p. 72).

Com isso o objeto da justiça não recai sobre o intelecto ou a razão, ambos considerados faculdades cognitivas. Em essência, a justiça endireita o desejo que se direciona para o bem delineado pela faculdade intelectual, independentemente de esse bem ser de natureza pessoal ou alheia. A justiça se manifesta quando a vontade demonstra prontidão para conferir a cada indivíduo o que lhe é devido, de acordo com o discernimento da nossa inteligência. No contexto da justiça, é importante distinguir dois momentos distintos: o primeiro refere-se ao processo cognitivo em que a inteligência apreende o que é devido, enquanto o segundo momento envolve o exercício ativo da vontade, em que a vontade se encontra pronta para realizar a ação de maneira integral. Esse segundo momento é denominado uso ativo da vontade e sucede ao ato de comando, ou seja, à instrução imposta pela inteligência para executar a ação de forma abrangente.

Tomás de Aquino via a busca pelo bem comum como o propósito da política e da lei. Ele argumentava que as leis devem ser estabelecidas visando o bem comum e que a autoridade política tem a responsabilidade de promovê-lo. Isso implica garantir que todos os membros da sociedade tenham acesso à justiça, aos recursos necessários para uma vida digna e à proteção de seus direitos. De modo que, na visão de Tomás de Aquino, o bem comum é o alicerce da ordem social e da justiça. Ele acreditava que a busca pelo bem comum deveria ser o objetivo fundamental de todas as atividades políticas e sociais, pois é por meio dela que a sociedade pode alcançar a harmonia, a estabilidade e o bem-estar para todos os seus membros. Essa abordagem tem tido uma influência duradoura na filosofia política e ética e continua a ser debatida e discutida nos dias de hoje.

Nesta ordem de ideias, dentro da estrutura da teoria da lei natural de Finnis (2011, p. 201), o ponto de partida reside na consciência metodológica do processo da razão prática, inserida no contexto da teoria social, seja ela moral, política ou jurídica. Assim, compreender a razão prática normativa e a autoridade do bem comum que dela decorre implica necessariamente relacioná-las aos bens humanos fundamentais. Estes, por sua vez, constituem o próprio bem comum, cujas demandas se erigem como um requisito para a razoabilidade prática. Em outras palavras, a plenitude da razoabilidade e, por conseguinte, da felicidade, não podem ser alcançadas por alguém que negligencie o bem comum. Neste contexto, emerge uma interconexão entre o princípio ético da realização humana e o princípio jurídico-político do bem comum, ambos fundamentados no bem humano básico da razoabilidade prática (Finnis, 2007, p. 127, 154).

Conforme observado, o raciocínio de Finnis é habilmente circular, destinado a manter a consistência interna de seus pressupostos, que se entrelaçam de maneira lógica. A normatividade da razão prática desempenha um papel fundamental ao sustentar a autoridade do direito, que é uma manifestação da capacidade da razão prática em orientar a ação individual e social em direção ao bem comum. Esse bem comum engloba a realização dos bens humanos fundamentais. Ao exemplificar o bem humano fundamental da razoabilidade prática (termo que Finnis utiliza para descrever a virtude clássica aristotélica da prudência), o agente moral atualiza uma inclinação natural que está intrinsecamente ligada à sua própria felicidade. Ao fazer isso, ele contribui para a felicidade da comunidade política à qual pertence.

De outra parte, para fazê-lo, ele depende do horizonte de liberdade, segurança, direitos e justiça propiciado pelo bem comum. Uma sociedade totalmente desarrazoada, que não respeitasse as exigências mínimas de justiça que são os direitos humanos, impediria a razoabilidade prática individual, na consecução de um plano razoável de vida, isto é, um plano que integre o bem comum na sua ação individual. Uma postura radicalmente atomista, egoística e antissocial é afastada por Finnis como atentatória à própria razoabilidade do indivíduo, de que depende o seu florescimento. É o próprio bem da razoabilidade que funda a normatividade da autoridade do Estado, como instituição de direito positivo promotora do bem comum.

Dado que os bens humanos fundamentais se apresentam como auto-evidentes, e a capacidade prática de racionalidade é um desses bens fundamentais, o direito se manifesta como uma instituição que surge da própria racionalidade prática, visando cumprir o requisito do bem comum. Sua função principal consiste em coordenar as interações sociais com base nos princípios da justiça, que se refletem nos direitos naturais e humanos. O início do livro *Lei Natural e Direitos Naturais* encapsula eficazmente esse argumento:

Existem bens humanos que só podem ser garantidas por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições tais instituições têm cabimento e de que maneiras podem ser (e frequentemente são) deficientes (Finnis, 2007, p.17).

No trecho acima, o autor estabelece uma conexão entre [1] a teoria moral dos bens humanos e da razoabilidade prática, [2] a teoria jurídica do direito positivo, empregando [3] a metodologia analógica do caso central e periférico. O direito, desprovido de autoridade, não teria origem na razão normativa. Por outro lado, na ausência do bem comum, a autoridade do direito se tornaria arbitrária e autoritária. É por esse motivo que se torna essencial compreender a metodologia do caso central e a teleologia da ação humana, a fim de abordar a ética dos bens humanos fundamentais e da razoabilidade prática, que inclui o bem comum como um de seus elementos essenciais.

O bem comum se concretiza por meio da autoridade do direito, conferindo a este último uma base de razoabilidade prática. Em outras palavras, a realização, a promoção e o acesso aos bens humanos fundamentais, que formam o bem comum, conferem legitimidade à autoridade do direito.

Se o desenvolvimento lógico da questão ética relacionada aos bens humanos fundamentais e à razoabilidade prática se apresenta como uma necessidade metodológica na teoria normativa da descrição avaliativa, a questão do bem comum e da autoridade emerge diretamente dessa metodologia da razão prática e da ética dos bens humanos.

Por conseguinte, o bem comum, segundo Finnis, não se limita a uma soma de bens individuais, mas é, em vez disso, um ideal que promove a justiça, a ordem e a harmonia na sociedade. Ele argumenta que o bem comum inclui a proteção dos direitos humanos, o acesso à educação, à saúde, à liberdade e a todas as condições que possibilitam que as pessoas alcancem seu potencial humano, seu florescimento. Portanto, para Finnis, a lei e a autoridade só podem ser legítimas quando estão alinhadas com o bem comum. Tornando o bem comum o critério pelo qual as leis e as ações governamentais devem ser avaliadas.

A importância do bem comum para a concretização da justiça na sociedade está profundamente enraizada na compreensão da natureza humana e do papel do direito. Os pensadores nessa tradição ética argumentam que existem verdades morais objetivas que podem ser descobertas por meio da razão. Nesse contexto, o bem comum é central no estabelecimento da justiça. A ideia subjacente é que a natureza humana é essencialmente social e, portanto, as leis e a justiça devem ser moldadas de modo a promover o bem de toda a comunidade, não privilegiando apenas indivíduos ou grupos específicos. Para esses pensadores, a justiça implica em assegurar que cada membro da sociedade receba o que é devido, e o que é devido deve ser determinado em relação ao bem comum. Assim, a justiça é vista como a virtude que protege e promove o bem comum, garantindo que os direitos e interesses de todos os membros da sociedade sejam salvaguardados.

Em termos gerais, a justiça, segundo essa perspectiva, não se restringe ao cumprimento de contratos ou regras legais, mas envolve uma busca ativa pelo bem-estar coletivo da sociedade. Isso implica que a lei e as instituições legais devem ser concebidas e aplicadas de forma a equilibrar os interesses individuais com o bem-estar coletivo, garantindo que todos os membros da sociedade tenham a oportunidade de buscar seus objetivos e valores humanos fundamentais. A realização do bem comum, como já estabelecido por Tomás é a chave para a concretização da justiça e o funcionamento adequado de uma sociedade, segundo essa visão.

5.6 A LEI NATURAL COMO GARANTIDORA DO BEM COMUM

A lei natural é intrínseca e não escrita, e sua natureza é moral, visando guiar a conduta individual. Tomás de Aquino distinguiu minuciosamente entre os preceitos "morais", de valor duradouro, e os preceitos legais mais amplos, que abrangem tanto as leis morais quanto as proposições jurídicas da lei nova (Villey, 2008, p. 306). Por conseguinte, Tomás de Aquino inicia sua discussão sobre a lei natural situando-a dentro da estrutura mais abrangente da lei eterna. Nesse contexto, as leis são organizadas em uma hierarquia, sendo a lei eterna a mais elevada, pois corresponde ao ordenamento racional que reside na mente divina, abrangendo tudo o que foi criado. Deus é concebido como o artífice que mantém em sua mente a ordem para os objetivos de suas criações. Dessa forma, é por meio da lei eterna que a mente divina governa e organiza todas as criaturas. No entanto, essas criaturas não estão sujeitas à mesma disposição; enquanto algumas obedecem cegamente aos instintos naturais, o homem, por sua vez, não é compelido a agir unicamente por esses impulsos.

A lei natural, conforme entendida por Tomás de Aquino, desempenha um papel fundamental na proteção contra o autoritarismo e o totalitarismo. Ela estabelece uma base moral objetiva que transcende as leis criadas pelo Estado, derivada da lei eterna e governando todas as criaturas, incluindo os próprios governantes. Isso implica que os líderes políticos estão sujeitos a princípios morais eternos e universais que não podem ser ignorados ou sobrepujados por sua vontade ou interesses pessoais. A lei natural também limita o poder do Estado, uma vez que impõe a obrigação moral aos governantes de agir de acordo com princípios morais universais, respeitando assim a dignidade e os direitos inalienáveis dos indivíduos. Além disso, Tomás argumenta que os seres humanos podem participar da lei eterna, a expressão máxima da ordem divina, através do exercício do intelecto prático e da razão. Isso confere aos indivíduos uma fonte de autoridade moral independente do Estado, capacitando-os a resistir a leis injustas ou opressivas (Honnfelder, 2010, p.326).

A promoção da justiça substancial é outro aspecto crucial da lei natural. Ela busca garantir que as leis estejam alinhadas com padrões éticos mais elevados e busquem o bem comum da sociedade, em vez de servir aos interesses de uma elite governante ou a uma ideologia totalitária. Portanto, a lei natural serve como um

contrapeso essencial ao autoritarismo e ao totalitarismo, fornecendo uma base moral objetiva para a organização da sociedade e limitando o poder do Estado sobre os cidadãos. Ela promove a participação ativa dos indivíduos na determinação das leis e na promoção da justiça substancial, ajudando a garantir que os direitos humanos e a dignidade sejam respeitados mesmo em regimes governados por autoridades opressivas (Abboud, 2011).

Diante do autoritarismo da juristocracia, onde o governo é exercido pelos juízes das supremas cortes que baseiam o direito em suas próprias vontades com aparência de princípios normativos, a lei natural desempenha um papel crucial como salvaguarda contra o arbítrio e a tirania. A lei natural, ao estabelecer padrões morais objetivos e universais, serve como um limite ao poder dos juízes e do sistema judiciário como um todo. Primeiramente, a lei natural reafirma que os juízes estão sujeitos a princípios éticos e morais mais elevados que transcendem suas próprias vontades e preferências pessoais. Isso implica que suas decisões devem estar em conformidade com os princípios da justiça, da equidade e do bem comum, e não apenas refletir suas opiniões individuais ou agendas políticas (Dimoulis, 2012).

Até porque como prevê a Suma Teológica (I-II q. 90 a.1-4 ad. 2, p.1505-08) que a lei é algo da razão, de modo a ordenar para um fim, a felicidade comum, ao bem comum. Desse modo, o estabelecimento de normas não pode ser produto da construção de princípios regidos pela vontade de favorecer apenas aos liberais, como explicou Roger Scruton, ou, por exemplo, um grupo político dominante como afirmou Ran Hirschl.

Ademais, a lei natural estabelece que o exercício do poder judicial deve ser guiado pela busca da verdadeira justiça e pelo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Os juízes são chamados a aplicar a lei de maneira imparcial e objetiva, protegendo os direitos e liberdades dos cidadãos contra qualquer forma de abuso de poder ou violação dos princípios fundamentais da lei natural. Diante do autoritarismo da juristocracia, a lei natural desempenha o papel de recordar aos juízes e ao sistema judicial como um todo que eles estão subordinados a padrões morais mais elevados e que devem exercer seu poder com responsabilidade, integridade e respeito aos princípios da justiça e da dignidade humana.

Sobre esse aspecto, Aquino salienta que o direito, ou o justo, é uma obra que se adapta a outra de acordo com um certo tipo de igualdade. Essa adaptação pode ocorrer de duas maneiras para o ser humano. Primeiramente, ocorre de acordo com

a natureza das coisas, como, por exemplo, quando é dado tanto quanto é recebido; isso é o direito natural. Em segundo lugar, pode ocorrer por convenção ou acordo mútuo, ou seja, quando alguém fica satisfeito em receber algo; isso pode acontecer por um acordo de vontades entre indivíduos ou por conveniência pública. Neste último caso, quando todo o povo concorda que algo é adequado para outro, ou quando assim ordena o governante responsável pelo bem-estar do povo e que o representa, isso é o direito positivo.

Dirigindo-se ao bem comum, a lei apela para as considerações racionais dos membros da comunidade respectiva, proporcionando a eles justificativas para entender a lei como autoritária e obrigatória tanto moral quanto juridicamente. Mesmo quando partes dessa comunidade preferem buscar os bens comuns de maneira diferente, a determinação do legislador de buscar promover esses bens não apenas é apoiada, mas também apoia sua prerrogativa de legislar. Apenas nos casos em que esses legisladores tenham a intenção supracitada é que eles podem verdadeiramente representar o governo adequado dessa comunidade (Finnis, 2007).

A resposta à questão sobre quais são os bens comuns básicos a serem perseguidos, de acordo com o pensamento tomista, pode ser encontrada em uma análise da obra de Finnis. Segundo este autor, esses bens incluem a vida humana, a qual deve ser servida e preservada; a formação e manutenção da instituição familiar, a educação dos descendentes etc; e as inclinações especificamente humanas, uma vez que os objetos aos quais essas inclinações se dirigem são apreciáveis devido à racionalidade humana.

Tomás de Aquino considera que o caso central relacionado à ideia de governo é aquele em que o governo é direcionado a um povo livre, e a lei aplicada a esse povo possibilita uma parceria entre os sujeitos e as instituições envolvidas, especialmente o povo e o governo. O legislador, que tem a prerrogativa de criar leis, também tem o dever de cuidar da comunidade à qual essas leis serão aplicadas. Esse cuidado inclui a obrigação do legislador de esclarecer o sentido da lei que está entrando em vigor da melhor forma possível.

Observa-se, no entanto, conforme apontado por Finnis, que Tomás de Aquino considera que "a formação da lei pelo costume não é incompatível com esta tese; ela equivale à positivação da lei pelo povo, considerado como tendo uma autoridade e responsabilidade difusa por sua própria comunidade" (Finnis, 2007, p. 73). Finnis prossegue afirmando que "mesmo em um paraíso não contaminado por qualquer

vício humano, haveria, segundo Tomás de Aquino, a necessidade de governo e lei, embora não necessariamente um governo político, muito menos uma lei coercitiva" (2007, p. 73). Embora não seja esclarecido neste ponto, Tomás de Aquino, em outra parte de sua obra, declara que a obrigação derivada da lei deve possuir uma força coercitiva (*vis coactiva*) e também uma força diretiva (*vis diretiva*). Isso constituiria a razão de ser da lei (*ratione legis*) (ST I-II, q. 96, a.5 ad. 2, p. 1544), ou seja, a justificação da lei (Finnis, 2007).

Na concepção de direito natural de Aquino, estão presentes considerações de ordem moral, especialmente ligadas à ideia de justiça. Por conseguinte, a lei natural, em sua essência, consiste em princípios morais universais que são considerados intrínsecos à natureza humana e ao funcionamento do universo, independentemente de convenções sociais ou leis criadas pelo homem. Esses princípios são percebidos como derivados da razão e da natureza, e não são simplesmente convencionais ou arbitrários.

O bem comum, por sua vez, refere-se ao conjunto de condições que permitem que os indivíduos alcancem seu pleno potencial e vivam uma vida digna em sociedade. Isso inclui aspectos como justiça, igualdade, solidariedade, paz e prosperidade. O bem comum é essencialmente a realização coletiva do bem-estar de todos os membros de uma comunidade. A relação entre a lei natural e o bem comum reside no fato de que os princípios fundamentais da lei natural são considerados orientadores para alcançar o bem comum. Seguir esses princípios morais universais não apenas promove a ordem e a harmonia na sociedade, mas também contribui para o florescimento humano e o bem-estar geral.

Por exemplo, a justiça, a solidariedade e o respeito pelos direitos individuais são princípios da lei natural que, quando aplicados, contribuem para a realização do bem comum ao garantir a sociedade, tornando as pessoas melhores e mais justas. Assim, a relação entre a lei natural e o bem comum é de interdependência e complementaridade, com a lei natural fornecendo os fundamentos éticos e morais para orientar a busca pelo bem comum na sociedade.

6. CONCLUSÃO

Por meio deste estudo, se buscou realizar uma análise mais aprofundada sobre a juristocracia, que resulta no poder concentrado nas mãos dos juízes de Supremas Cortes à luz dos princípios da justiça e da lei natural como fundamentos do direito. Embora detenham um papel constitucional fundamental, com a responsabilidade na interpretação e no controle de constitucionalidade, institutos cruciais para garantir a supremacia e proteger os direitos fundamentais, constatou-se que estes juízes podem agir de forma arbitrária, ofendendo a separação de poderes e a ordem jurídica. O controle de constitucionalidade, baseado nos princípios da supremacia da Constituição e da compatibilidade vertical das normas, reflete uma síntese de sistemas adotados internacionalmente, combinando elementos do sistema americano, europeu continental. No Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição Cidadã de 1988, esse controle passou por mudanças significativas, tornando-se predominantemente judicial.

Dessa forma, cabe aos órgãos do poder Judiciário exercer esse controle, utilizando o critério difuso, inspirado no sistema americano, e o critério concentrado, semelhante ao sistema austríaco, formando o sistema misto e peculiar adotado no país. O aumento da jurisdição constitucional, embasado na filosofia do novo constitucionalismo, permitiu o crescimento do protagonismo judicial e o surgimento de fenômenos como a juristocracia, a judicialização da política e o ativismo judicial.

A evolução do direito, sujeito às demandas da sociedade, é um processo natural que deve ser controlado, e questionamentos sobre os novos fenômenos observados contribuirão para prevenir e corrigir eventuais desvios. Nesse sentido, reflexões sobre a lei natural são pertinentes. Seu primeiro preceito, de que "o bem deve ser buscado, o mal deve ser evitado", ressoa com a ideia de que a ação deve estar em conformidade com princípios racionais, implicando agir de forma moral. Essa moralidade, derivada da razão humana, garante a universalidade dos preceitos morais e direitos naturais, os quais devem ser protegidos pelo direito positivo, independentemente de considerações culturais.

A concepção tomista/finnisiana de justiça fundada na lei natural destaca-se como uma abordagem que transcende o positivismo e o pós-positivismo jurídico ao oferecer respostas sólidas para questões como a defesa dos direitos humanos e a

realização da justiça num Estado Democrático de Direito. Sua teoria da lei natural preenche lacunas deixadas pelas correntes pós-modernas do direito, ao fundamentar e definir os direitos humanos, assim como ao explicar menções à moralidade e ao bem comum nos textos legais, como também protege as pessoas e a sociedade de autoritarismo. Portanto, ao transitar entre as teorias do jusnaturalismo, positivismo jurídico e o pós-positivismo jurídico, Finnis apresenta um paradigma teórico capaz de oferecer respostas coerentes e robustas na teoria do direito, garantindo a eficácia do sistema jurídico diante dos desafios contemporâneos e mantendo a ordem jurídica e o equilíbrio entre os poderes o qual o fundamento é a lei natural.

Um exemplo que podemos citar no Brasil é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 (ADPF 442), proposta no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo partido político PSOL, com o objetivo de descriminalizar o aborto até a décima segunda semana de gestação, contrariando o disposto normativo nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que proíbem a prática do aborto.

Diante deste caso, o posicionamento de Ronald Dworkin seria no sentido de concordar com a revisão constitucional pela Suprema Corte, que, para ele, deve atuar não apenas descriminalizando a prática do aborto pelo julgamento procedente de mérito da ADPF 442, mas também tornando-a aceita e, em tese, “moral” pela construção de princípios normativos elaborados pela própria Corte. Uma vez formada tal decisão, ela se tornando obrigatória e é veiculada por súmulas e precedentes em todas as esferas da justiça e da administração pública. Para Dworkin a decisão da Suprema Corte deve ir além da esfera do direito, deve influenciar e nortear toda a sociedade.

O resultado desta concepção é o autoritarismo da juristocracia, pois - uma decisão como essa não busca efeitos apenas na ordem jurídica, mas regular o modo de vida e a conduta de todos os cidadãos, coagindo-os a pensar e agir conforme esse novo entendimento e, por consequência, recriminando os divergentes.

De outro lado, para a tradição da lei natural, John Finnis responderia diante da citada ADPF que o que importa é a vida do bebê gerado e não a pauta política deste ou daquele momento. A lei natural se firma na realização do bem, e para sua realização é necessária a proteção e preservação da vida, pois o direito à vida é eterno e fundamental, firmado na razão natural, do qual dependem todos os outros

direitos. A lei não pode ser algo da vontade e sim da razão, como vimos na Suma Teológica. Pergunta-se então: a vida do bebê não é um bem?

Ora, posicionamento do STF diante da referida ADPF 442, segundo a teoria da lei natural, deveria ser no sentido de rejeitar de pronto a arguição do PSOL, nem mesmo chegando a conhecer o mérito, pois afronta diametralmente o bem humano mais essencial, a vida. A Suprema Corte, como instituição de poder que forma o Estado Democrático de Direito, deve possibilitar o florescimento humano de modo a respeitar a vida e torná-la possível, ao invés de servir a pautas ideológicas.

As decisões judiciais tendo como fundamento a lei natural como explicamos durante todo esse trabalho, irá garantir a vida, a liberdade e o florescimento humano em todos os aspectos, possibilitando a ordem e apontando para o bem comum.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrições a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 907, p. 61-119, maio 2011.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Da justiça**. São Paulo: Vide Editorial, 2012.
- _____. **Suma Teológica**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- ARISTÓTELES. Retórica. I, 13. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p 21, p. 105.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2017.
- _____. **A Política**. 1. ed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- _____. **Metafísica**. Edición trilingue. Madrid: Gredos, 1987.
- _____. **Órganon**. Bauru/SP: Edipro, 2005.
- AUBERT, J. M. **Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas**, Paris, 1950, p. 26-33.
- BARBOSA, C. M. **Os novos oráculos da lei: a experiência do modelo misto canadense e a proposta da súmula de efeito vinculante no Brasil**. 2002. 226 f. Tese. (Doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abr. 2002.
- BARBOZA, E. M. Q. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARCELOS, A. P. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 21 maio. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.
- BARZOTTO, L. F. **Teoria do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BASTIT, M. **Nascimento da lei moderna**. 1. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2010.
- BICKEL, A. M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven, USA e Londres, England: Yale University Press, 1986.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. **Curso de filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018

BLOOM, H. **La Invención de lo humano**. Ed. Anagrama, 1986.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O positivismo jurídico: lições sobre Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BOERI, M. D. “**Natural Law and World Order in Stoicism**”. In: ROSSI, G. (ed.). *Nature and the Best Life. Exploring the Natural Bases of Practical Normativity in Ancient Philosophy*. Hildesheim–Zürich–New York: G. Olms, 2013, p. 183-223.

CABRAL, A. R. N. A justiça em Tomás de Aquino. Coleção **COMPENDI/UNICURITIBA**, Curitiba, 2014, v. 27.

CÍCERO. **Da república**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

CULLETON, A. **Ockham e a lei natural**. 1. ed. Florianópolis: Editora ufsc, 2011.

DIMOULIS, D. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2ª ed. Porto Alegre, Liv. Do Advogado, 2018.

DWORKIN, R. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 217-250.

_____. **Império do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EKSTEINS, M. **A sacração da primavera**. 1. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1991.

ELDERS, L. J. **The Ethics of St. Thomas Aquinas: Happiness, Natural Law and the Virtues**. Washington: The Catholic University of America Press, 2019.

EZÍDIO, C. **A Lei Natural em Tomás de Aquino: da natura à civitas**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, 2021.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIALHO, R. S. **A virtude da justiça e sua relação com o direito em Santo Tomás de Aquino**. 2015. 80 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015.

FINNIS, J. M. **Natural law and natural rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

FINNIS, J. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Sua reinserção no contexto juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Unisinos, 2007.

_____. **Os fundamentos da ética**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2011.

_____. **Aquinas: Moral, political, and legal theory**. 1. ed. Oxford University Press: Oxford.1998.

FULLER, L. **O caso dos exploradores de cavernas**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: UFRGS, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GIORDANI, M. C. Tomás de Aquino e o direito romano. In: **Estudos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 458.

GOFF, J. L. **Homens e Mulheres da Idade Média**. São Paulo: Estação da Liberdade, 2013, p. 250.

GOYARD-FABRE, S. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Filosofia crítica e razão jurídica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GROSSI, P. **A ordem jurídica medieval**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GROCIO, Hugo. **Direito da guerra e da paz**. 2v. Ijuí/RS: Unijui, 2004.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. 2 reimp. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, A. **The Federalist** n. 78. Disponível em: <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>. Acesso em: 20mai.2023.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

HIMMELFARB, G. **Os caminhos para a modernidade: Os iluminismos britânico, francês e americano**. 2. ed. São Paulo: É realizações, 2015.

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

_____. **¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico**. 3. ed. Barañáin: Eunsa | Astrolabio, 2011.

HIRSCHL, R. **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**/ Ran Hirschl; Tradução Amauri Feres Saad – 1ª ed. – Londrina, PR. Editora E.D.A. – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

HOBBS, T. **O Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HONNEFELDER, L. A lei natural de Tomás de Aquino como princípio da razão prática e a segunda escolástica. Tradução de Roberto Hofmeister Pich. **Teocomunicação**, Porto Alegre, set./dez., 2010.

HUIZINGA, J. **O Outono da idade média**. 1. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

HUME, D. **Tratado da Natureza Humana**. São Paulo: Unesp, 2009.

JHERING, Rudolf. **Der ZweckimRecht**. 2. ed. Leipzig: BreitkopfundHärtel, 1886. v. 2. p. 161. *Apud* CORRÊA, Alexandre. Concepção tomista do direito natural (1941). In: Id. Ensaios políticos e filosóficos.

JOUVENEL, B. **O Poder, História Natural de seu Crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 2018, p. 258 e 384.

JUSTINIANO. **Digesto**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. 1. ed. Bauru/SP: Edipro, 2003.

_____. **Crítica da razão prática**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, H. **O problema da justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 9. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACINTYRE, A. **Depois da virtude**. 1. ed. São Paulo: Edusc, 2001.

_____. **Primeros principios, fines últimos y cuestiones filosóficas contemporáneas**. Trad. Alejandro Bayer. Madrid (España): Ediciones Internacionales Universitarias, 2003.

_____, A. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 3. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2008.

MONGE, J. T. **Teoria de la Adjudicación**. Puerto Rico: La Editorial Universidad de Puerto Rico, 2000.

NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, C. S. **Introdução à Análise do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PERELMAN, C. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PLATÃO. **A república**. 1. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

PINHEIRO, V. S. (org.) **A filosofia do direito natural de John Finnis**: vol. 1. conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 225.

PORTELA, M. La Sociedad Tolerante. Igualdad y No Discriminación. In: JIMÉNEZ, Eduardo Pablo. **Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades españolas y argentinas**. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

RAMPAZZO, L. **A visão antropológica em Santo Tomás e o destaque do tema da justiça da Suma Teológica**. UNISAL Lorena, 2015, s/p.

ROSSI, E.; SLEAT, M. Realism in Normative Political Theory. In: **Philosophy Compass**, v. 9/10, 2014. 689–701.

SACHERI, C. A. **A ordem natural**. Belo Horizonte: Cristo Rei, 2014, p. 215.

SCRUTON, R. **O que é conservadorismo**. Tradução de Guilherme Ferreira Araújo. São Paulo: É Realizações, 2015, 327p.

_____. **Os pensadores da nova esquerda**. São Paulo: É realizações, 2014. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel.

SHAKESPEARE, W. **Medida por Medida**. Tradução de Barbara Heliodora. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

SÓFOCLES. **Antígona**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2015.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Introdução a Filosofia Política: dez ensaios**. São Paulo: É realizações, 2016, p. 152.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica do da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York e London: New York University Press, 1994.

VERBICARO, L. P. A discricionariedade judicial e as condições de verdade das proposições jurídicas à luz do debate Hart e Dworkin. **Revista do Curso da Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 133-158.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2009.

_____. **Filosofia do Direito: definições e fins do Direito**. Os meios do Direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. (Coleção Justiça e Direito).

_____. **Questões sobre Tomas de Aquino sobre direito e política**. 1. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2014.

_____. **O Direito e os Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2016.

VIEHWEG, T. **Tópica e jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

VOEGELIN, E. **Reflexões autobiográficas**. 1. ed. São Paulo: É realizações, 2008.

WARAT, L. A. **Ecologia, Psicanálise e Mediação. Em nome do acordo**. Tradução: Julieta Rodrigues. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.

WIDOW, J. A. **El hombre, animal político**. Buenos Aires: Nueva Hispanidad, 2007.

Referências da internet.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso: 15 de Out. 2018.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO.

<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: 15 de Out. 2018.

<<https://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>> . **Aquinas Moral, Political, and Legal Philosophy**. Acesso: 25/09/2019.