

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Thiago dos Santos Luz

O DIREITO E SUA NORMATIVIDADE EM JOHN FINNIS:

Uma Exposição e Defesa da Teoria da Lei Natural contra o Ceticismo e o Eliminativismo

Belo Horizonte

2024

Thiago dos Santos Luz

O DIREITO E SUA NORMATIVIDADE EM JOHN FINNIS:

Uma Exposição e Defesa da Teoria da Lei Natural contra o Ceticismo e o Eliminativismo

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

Luz, Thiago dos Santos
L979d O direito e sua normatividade em John Finnis [manuscrito]: uma
exposição e defesa da Teoria da Lei Natural contra o ceticismo e o
eliminativismo / Thiago dos Santos Luz. - 2024.
195 f.

Orientador: Thiago Lopes Decat.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.
Bibliografia: f. 191-195.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Direito natural - Teses. 3. Norma
(Filosofia) - Teses. 4. Ceticismo - Teses. 5. Finnis, John, 1940- . I. Decat,
Thiago Lopes. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de
Direito. III. Título.

CDU: 340.12



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO THIAGO DOS SANTOS LUZ

Realizou-se, no dia 08 de março de 2024, às 14:00 horas, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *O DIREITO E SUA NORMATIVIDADE EM JOHN FINNIS: Uma Exposição e Defesa da Teoria da Lei Natural contra o Ceticismo e o Eliminativismo*, apresentada por THIAGO DOS SANTOS LUZ, número de registro 2022651558, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Thiago Lopes Decat - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Luis Fernando Barzotto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 100 (cem).

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão.
Belo Horizonte, 08 de março de 2024.

Documento assinado digitalmente
gov.br THIAGO LOPES DECAT
Data: 08/03/2024 23:25:36-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof(a). Thiago Lopes Decat (Doutor) Nota: 100 (cem).

Documento assinado digitalmente
gov.br THOMAS DA ROSA DE BUSTAMANTE
Data: 09/03/2024 00:18:30-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (Doutor) Nota: 100 (cem).

Prof(a). Luis Fernando Barzotto (Doutor) Nota: 100 (cem).

AGRADECIMENTOS

Quem sabe um dia, talvez, a seção de agradecimentos se torne um tópico obrigatório e, para além disso, o mais extenso nos relatórios finais de pesquisas acadêmicas. Terá sido, provavelmente, um sinal de progresso moral, com o abandono daquela ética do mérito tão bem criticada por Michael Sandel (2020, p. 38): “a arrogância meritocrática reflete a tendência de vencedores a respirar fundo o sucesso, a esquecer a sorte e a sina que os ajudaram ao longo do caminho. [...] uma meritocracia perfeita exclui todos os sentidos de dádiva e graça.”

Ninguém faz nada sozinho. Eu nunca fiz. Coursar o mestrado e produzir esta dissertação, decerto, não foram exceções à regra. Tive sorte, muita sorte. Pude contar com tantas pessoas, inclusive desconhecidas, que sequer sou capaz de nominá-las. Cito, por exemplo, cozinheiros que prepararam o arroz e o feijão que em vários dias comi e motoristas que por sucessivas viagens me conduziram de São João del-Rei/MG até Belo Horizonte/MG e vice-versa.

Mas minha gratidão obedece a uma clara ordem hierárquica. E no topo, bem lá em cima, estão pouquíssimas pessoas, insubstituíveis: *Paula* – amor que me acompanha de perto há mais de vinte anos; *Flávia e Sophia* – nossas queridas e abençoadas filhas; *José e Rose* – pai e mãe no sentido focal desses conceitos.

Também dignos de extraordinária referência nominal são os inestimáveis e inspiradores professores doutores *Thiago Decat* – meu honrado orientador nesta jornada – e *Thomas Bustamante*. Esse seleto rol ainda comporta duas instituições especiais: Ministério Público Federal e Universidade Federal de Minas Gerais.

Muito obrigado.

“There are human goods that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy.”

(John Finnis)

RESUMO

Um dos principais desafios da filosofia do direito contemporânea é compreender como funciona o raciocínio prático e como o direito com ele se relaciona. Nesse contexto, a presente dissertação busca explicar o direito e sua capacidade de fornecer razões para a ação segundo a teoria neoclássica da lei natural subscrita por John Finnis, além de refutar uma recente tendência doutrinária cética e eliminativista sobre o direito e sua normatividade. Para tanto, promoveu-se uma análise sistemática não somente do livro *Natural Law and Natural Rights* (NLNR) – obra de referência que concentra o núcleo do pensamento jusnaturalista de Finnis –, mas também de vários outros escritos produzidos pelo autor ao longo de sua extensa carreira acadêmica, incluindo *Aquinas* e dezenas de artigos reunidos em coletâneas (*Collected Essays*). Procedeu-se a um trabalho de identificação e articulação das proposições fundamentais das teorias ética, política e jurídica que compõem a doutrina da lei natural de Finnis, muitas vezes esparsas em textos complexos, longos e produzidos em linguagem nem sempre acessível ou de pronta assimilação pelos menos familiarizados com a tradição. Em meio a isso, a exposição foi sendo gradativamente enriquecida, conforme o assunto tratado, com subsídios teóricos ofertados por outros pensadores, com destaque para a teoria da normatividade de Joseph Raz. Desse modo, o cuidado com o rigor e a fidelidade na apresentação da teoria finnisiana sobre a normatividade do direito e as bases éticas e políticas que lhe dão suporte não impediram uma atividade exegetica para apreendê-la em sua máxima extensão. Em contraste com a visão jusnaturalista exposta na primeira parte do trabalho, algumas iniciativas contemporâneas que propõem o abandono do conceito doutrinário de direito e negam ou subestimam a normatividade jurídica foram objeto de atenção na sequência. Expuseram-se as ideias desenvolvidas em quatro artigos científicos, selecionados como representativos dessa linha de pensamento: *Does Law 'Exist'? Eliminativism in Legal Philosophy*, de Hillary Nye; *The End of Jurisprudence*, de Scott Hershovitz; *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser, e; *Is General Jurisprudence Interesting?*, de David Enoch. Enquanto Nye, Hershovitz e Kornhauser autoproclamam-se ‘eliminativistas’, Enoch se mostra bastante cético acerca da normatividade do direito, equiparando-a à de um simples jogo de tabuleiro. Segue, então, um capítulo próprio albergando análise crítica das asserções céticas e eliminativistas formuladas por tais autores, a partir da adoção, como paradigma, da teoria da lei natural de Finnis. A conclusão, ao final, é pela higidez e consistência dessa última, em grau suficiente para prevalecer sobre as primeiras.

Palavras-chave: teoria da lei natural; direito; normatividade; John Finnis; ceticismo; eliminativismo.

ABSTRACT

One of the main challenges of contemporary legal philosophy is understanding how practical reasoning works and how law relates to it. In this context, this dissertation seeks to explain law and its ability to provide reasons for action in accordance with the neoclassical natural law theory subscribed by John Finnis, in addition to refute a recent skeptical and eliminativist doctrinal trend in relation to law and its normativity. To this end, a deep and systematic analysis was carried out not only of the book *Natural Law and Natural Rights* (NLNR) – a reference work that concentrates the core of Finnis' natural law thinking – but also of several other writings produced by the author throughout his extensive academic career, including *Aquinas* and the *Collected Essays*. Work was carried out to identify and articulate the fundamental propositions of the ethical, political and legal theories that make up Finnis' doctrine of natural law, often scattered in complex and long texts, produced in a language not always accessible or readily assimilated by those least accustomed to tradition. In the midst of this, the exhibition was gradually enriched, depending on the subject covered, with important theoretical subsidies offered by other thinkers, with emphasis on Joseph Raz's theory of normativity. In this way, the care for accurancy and fidelity in the presentation of Finnis' theory on the normativity of law and the ethical and political bases that support it did not prevent an exegetical activity to grasp it to its fullest extent. In contrast to the natural law vision exposed in the first part of the work, some contemporary initiatives that propose the abandonment of the doctrinal concept of law and deny or underestimate legal normativity were the subject-matter of attention in the sequence. The ideas developed in four scientific articles, selected as representative of this line of thought, were exposed: *Does Law 'Exist'?* *Eliminativism in Legal Philosophy*, by Hillary Nye; *The End of Jurisprudence*, by Scott Hershovitz; *Doing Without the Concept of Law*, by Lewis Kornhauser, and; *Is General Jurisprudence Interesting?*, by David Enoch. While Nye, Hershovitz and Kornhauser proclaim themselves 'eliminativists', Enoch is quite skeptical about the normativity of law, equating it to that of a simple board game. Then follows a separate chapter housing a critical analysis of the skeptical and eliminativist claims formulated by these authors, based on the adoption, as a paradigm, of Finnis' natural law theory. The conclusion, in the end, is that the latter is sound and consistent, to a sufficient degree to prevail over the former.

Keywords: natural law theory; law; normativity; John Finnis; skepticism; eliminativism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A TEORIA DA LEI NATURAL DE JOHN FINNIS.....	19
2.1 Tópicos Introdutórios.....	19
2.1.1 Apresentação e Contextualização.....	19
2.1.2 Panorama Geral da Teoria Neoclássica da Lei Natural.....	24
2.1.3 Preâmbulo à Doutrina de John Finnis.....	31
2.1.4 Lei Natural (Direito Natural).....	32
2.1.5 Estruturação de NLNR.....	36
2.2 Ética e Política.....	37
2.2.1 Bens Básicos e Primeiros Princípios de Razão Prática.....	37
2.2.2 Exigências de Razoabilidade Prática.....	44
2.2.3 Bem Comum.....	48
2.2.4 Justiça.....	51
2.2.5 Direitos.....	53
2.2.6 Autoridade.....	55
2.3 O Direito e sua Normatividade.....	59
2.3.1 Intróito	59
2.3.2 Metodologia.....	62
2.3.3 O Direito.....	70
2.3.4 A Normatividade do Direito.....	87
3 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO DIREITO E À SUA NORMATIVIDADE...117	
3.1. Prelúdio.....	117
3.2 Tipologia.....	118
3.2.1 O Eliminativismo de Hillary Nye.....	118
3.2.2 O Eliminativismo de Scott Hershovitz.....	124
3.2.3 O Eliminativismo de Lewis Kornhauser.....	130
3.2.4 O Ceticismo de David Enoch sobre a Normatividade do Direito.....	135
4 RESPONDENDO AOS DESAFIOS À LUZ DO JUSNATURALISMO DE JOHN FINNIS.....	139
4.1 Fixação da Perspectiva.....	139
4.2 Réplicas.....	139

4.2.1 Retorquindo Enoch com a Dupla Normatividade do Direito: Formal e Robusta.....	139
4.2.2 A Inconsistência do Argumento de Nye para o Eliminativismo.....	149
4.2.3 O Direito no Raciocínio Prático: Finnis x Nye.....	155
4.2.4 Refutação do Eliminativismo de Hershovitz.....	161
4.2.5 Colocando em Xequo o Eliminativismo de Kornhauser.....	168
5 CONCLUSÃO.....	174
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	191

1 INTRODUÇÃO

O que é o direito? E qual a sua capacidade de fornecer razões para a ação? A presente dissertação tem como objetivos explicitar as respostas dadas a essas perguntas pela teoria neoclássica da lei natural subscrita por John Finnis e refutar, em contraposição, uma recente tendência doutrinária cética e eliminativista sobre o direito e sua normatividade.

Para tanto, promoveu-se uma análise sistemática não somente do livro *Natural Law and Natural Rights* (NLNR)¹ – obra de referência que concentra o núcleo do pensamento jusnaturalista de Finnis –, mas também de vários outros escritos produzidos pelo autor ao longo de sua extensa carreira acadêmica, incluindo *Aquinas* e dezenas de artigos reunidos em coletâneas (*Collected Essays*). A missão exigiu um trabalho meticuloso de identificação e articulação das principais proposições das teorias ética, política e jurídica que compõem a doutrina da lei natural de Finnis, muitas vezes esparsas em textos complexos, longos, invariavelmente em idioma estrangeiro e produzidos em linguagem nem sempre acessível ou de pronta assimilação pelos menos familiarizados com a tradição. Em meio a isso, a exposição foi sendo gradativamente enriquecida, conforme o assunto tratado, com subsídios teóricos ofertados por outros pensadores. São significativos, por exemplo, os percucientes elementos colhidos em Jonathan Crowe quando se apresentou um panorama geral da teoria neoclássica da lei natural e em Joseph Raz quando o tema foi normatividade, tudo acrescido da invocação pontual de nomes como H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Ronald Dworkin, John Austin, Lon Fuller, Robert George, Gerald Postema, Mark Murphy, Heidi Hurd, Scott Shapiro, Brian Bix, Thomas Bustamante, Thiago Decat, Stephen Finlay, David Plunkett, Mari Tinturé, George Letsas, entre outros. Desse modo, buscou-se apresentar a teoria jusnaturalista de John Finnis acerca do direito e sua normatividade, tanto quanto as bases éticas e políticas que lhe dão suporte, com extremo rigor, fidelidade e detalhamento, mas sem prejuízo de um esforço pessoal de, lançando mão dos recursos disponíveis, interpretá-la e compreendê-la em sua máxima extensão.

Em contraste com a visão jusnaturalista exposta na primeira parte do trabalho, algumas iniciativas contemporâneas que propõem o abandono do conceito doutrinário de direito e negam ou subestimam a normatividade jurídica foram objeto de atenção na sequência. Expuseram-se as ideias desenvolvidas em quatro artigos científicos, selecionados como representativos dessa linha de pensamento. São eles: *Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy*, de Hillary Nye, *The End of Jurisprudence*, de Scott Hershovitz, *Doing*

¹ Daqui em diante nos referiremos à obra *Natural Law and Natural Rights* como NLNR.

Without the Concept of Law, de Lewis Kornhauser, e *Is General Jurisprudence Interesting?*, de David Enoch. Os três primeiros – Nye, Hershovitz e Kornhauser – autoproclamam-se ‘eliminativistas’; quanto a Enoch, embora ele não negue uma ontologia do direito, mostra-se bastante cético acerca da normatividade jurídica, equiparando-a à de um simples jogo de tabuleiro. Por fim, um capítulo próprio alberga análise crítica das asserções céticas e eliminativistas formuladas por aqueles autores, a partir da adoção, como paradigma, da teoria da lei natural de Finnis.

Em suas origens mais remotas, a pesquisa empreendida foi provocada por uma inquietação facilmente explicável. Como expressou Gerald Postema ao ser questionado sobre os desafios da filosofia do direito contemporânea, “[...] nós ainda precisamos compreender como o raciocínio prático funciona e como o direito, como um modo ou disciplina de raciocínio prático, relaciona-se com o raciocínio prático em geral.” (Bustamante; Serbena; Stamile, 2020, p. 317, tradução nossa). No ponto, ele foi secundado sem ressalvas por Thomas Bustamante e Thiago Decat, os quais, resistindo às recém-surgidas ideias eliminativistas sobre o conceito de direito e o distintivo domínio de normatividade jurídica, atribuíram esse fenômeno ao desapontamento com as modestas conquistas da teoria do direito analítica, vale dizer, ao fracasso do método da análise conceitual (Bustamante; Decat, 2020, p. 24). Em oportunidade anterior, Decat também já havia sido preciso em seu diagnóstico e avaliação. Ele assinalou o “[...] exíguo número de estudos brasileiros que tratam da legitimidade e da aceitabilidade racional do direito de uma perspectiva não exclusivamente discursiva” e sustentou que “[...] a pretensão tipicamente positivista de abandonar a dimensão da justificação racional do direito e ater-se apenas à identificação das normas que compõem o sistema jurídico e à descrição factual de seu funcionamento falseia seu objeto de investigação.” (Decat, 2015, p. 24 e 383).

Não é de se surpreender portanto que, diante de tal conjuntura, tenha aflorado uma investigação sobre o direito e sua normatividade à luz da teoria jusnaturalista de John Finnis, uma robusta doutrina de inegável magnitude, mundialmente conhecida, mas pouco estudada no Brasil. Finnis proclama aberta e explicitamente que “[...] teoria do direito não é uma questão de ‘análise conceitual’” (Finnis, 2011. p. 426, tradução nossa) e enfatiza que a tradição clássica da lei natural privilegia o enfoque do direito não enquanto puro fato (de que certas pessoas fizeram algo no passado e pessoas no presente possuem tais dispositivos para decidir e agir), mas sim como padrões diretivos (regras/normas) para deliberações conscientes daqueles que possuem a responsabilidade de decidir (e fazer justiça) de acordo com o direito (Finnis, 2002, p. 11). Em outros termos – e como será oportunamente visto de maneira

detalhada –, a perspectiva escolhida pelo jusnaturalismo para descrever o direito é o ponto de vista prático, interno, daquele que toma as obrigações jurídicas como (presumidas) obrigações morais, ou seja, que concebe o direito como um aspecto da razoabilidade prática, apto a fornecer genuínas (e fortes) razões para a ação (Finnis, 2011, p. 11-19 e 314-320). A preocupação primária da teoria jurídica da lei natural não é investigar o direito como um fato complexo que é tratado pelas pessoas como razões para a ação. Embora considere importante e procure se beneficiar dessas descrições históricas e sociológicas, a tradição jusnaturalista prioriza enxergar o direito enquanto boas (autênticas) razões para a ação. E “[...] quando a deliberação segue seu curso, as únicas razões realmente boas e verdadeiramente suficientes que temos para a ação [...] são razões morais”, de maneira que “[...] para os propósitos deste tipo de consideração, nada contará como direito, salvo se estiver alinhado com as exigências da moralidade” (Finnis, 2002, p. 12, tradução nossa). Como esclarecido em NLNR, o propósito prioritário de uma teoria da lei natural não precisa ser, necessariamente, “[...] fornecer uma estrutura conceitual justificada para a ciência social descritiva”; ele pode ser, tal como é o caso naquele livro, de “[...] auxiliar nas reflexões práticas daqueles preocupados em agir, sejam juízes, sejam governantes, sejam cidadãos.” (Finnis, 2011, p. 19, tradução nossa).

A hipótese lançada no projeto de pesquisa, que ao final restou confirmada com o resultado das investigações, sugeriu a higidez e consistência da teoria da lei natural finnisiana na explicação do direito e sua normatividade (ou seja, sua autoritatividade, obrigatoriedade, diretividade ou força vinculante – o que equivale a dizer, a capacidade do direito de gerar razões para a ação, criando direitos, obrigações, poderes, permissões ou privilégios), ao menos em grau suficiente para resistir e prevalecer sobre as recentes ameaças céticas e eliminativistas, que ora atribuem ao direito apenas uma normatividade meramente formal ou branda (recusando-lhe qualquer normatividade robusta, forte ou puro-sangue, própria da moral), ora negam a própria existência de um distintivo domínio normativo jurídico.

Para se chegar a tal conclusão, que está consignada no quinto e último capítulo do presente trabalho, faz-se necessário percorrer um caminho por etapas. Por isso, excluindo-se este tópico introdutório, a dissertação conta com outros três capítulos (2, 3 e 4), criteriosamente subdivididos.

O capítulo 2, de longe o mais extenso, dedica-se integralmente à exposição da teoria da lei natural de John Finnis. Ele é composto de três seções, cada qual constituída por vários itens ou subseções.

A primeira seção do capítulo 2 reúne tópicos propedêuticos. De início, faz-se uma primeira apresentação e breve contextualização histórica, com considerações preliminares,

acerca da obra *Natural Law and Natural Rights*, seu autor John Finnis e a chamada teoria neoclássica da lei natural. Busca-se, assim, proporcionar ao leitor uma aproximação gradativa com alguns dos marcos teóricos adotados e explorados ao longo da dissertação. Em sequência, é oferecida uma visão panorâmica sobre a teoria neoclássica da lei natural, especialmente conforme apreendida por Jonathan Crowe, veiculando algumas de suas afirmações substanciais nucleares nos domínios da ética, da política e do direito. Passa-se então a uma explicação sobre o significado da expressão ‘lei natural’ ou ‘direito natural’, avançando-se em seguida para uma abordagem mais específica sobre a doutrina de Finnis, a começar com uma exposição da estruturação formal da obra NLNR.

A segunda seção do capítulo 2 concerne à filosofia moral e à filosofia política de Finnis. Inicia-se com uma minuciosa apresentação sobre os bens ou valores humanos básicos (formas básicas e autoevidentes de bem, aspectos irreduzíveis do florescimento humano), os quais consistem nas razões básicas para a ação, e os correspondentes princípios primeiros de razão prática (preceitos primários da lei natural). Eles são definidos, caracterizados e arrolados (NLNR aponta sete: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, razoabilidade prática e religião). É mencionado, ainda, o axioma epistemológico aristotélico da precedência do conhecimento sobre os bens humanos básicos inteligíveis – objeto de nossas ações – em relação ao conhecimento sobre a natureza humana. Um tópico próprio é reservado para as chamadas exigências (metodológicas) de razoabilidade prática: um conjunto de princípios intermediários que fazem a transição do ‘bem’ para o ‘certo’, constituindo, ao lado dos primeiros princípios da lei natural, a estrutura profunda do pensamento prático, sustentando a linguagem e os juízos morais (além de ser, ela própria, um bem básico, a razoabilidade prática permite a participação em todos os demais). São indicadas nove exigências de razoabilidade prática – cuja unidade é conferida pelo princípio mestre da moralidade – e tecidas considerações específicas sobre algumas delas. O item subsequente explora o conceito de ‘bem comum’ – que aparece em uma das exigências de razoabilidade prática (deve-se favorecer e promover o bem comum das próprias comunidades) –, com a indicação de três diferentes sentidos da expressão. Oferece-se uma explanação sobre ‘comunidade’ (ou sociedade) – associação de pessoas; um estado de coisas contínuo de compartilhamento de vida, ação ou interesses dos indivíduos –, distinguindo-se algumas de suas diferentes espécies, com destaque para a denominada ‘comunidade completa’. Na sequência, o foco foi a ‘justiça’: sua relação com o bem comum e com as exigências de razoabilidade prática, suas definições como virtude e como princípio de ação, seus três elementos fundamentais (direcionamento ao outro, dever e igualdade) e classificações (justiça

geral, justiça distributiva e justiça comutativa). Uma outra subseção lidou com a noção de direitos (*rights*), aqui compreendidos em uma acepção moral (não estritamente jurídica): trata-se de um vocabulário alternativo à linguagem das exigências de razoabilidade prática e das demandas de justiça, que adota o ponto de vista da pessoa beneficiária da relação. Discorre-se sobre duas teorias concorrentes acerca da natureza dos direitos (benefícios ou escolhas) e se aponta potencial benefício no emprego do formato de direitos (humanos) nas falas e discursos políticos. O último tópico da seção enfrenta o tema da autoridade, a começar pela sua justificação: ela é reconhecida como algo bom porque necessária, à míngua de unanimidade, para realização do bem comum, mediante coordenação da ação na sociedade. Para adequada compreensão da definição de autoridade, são introduzidos aqui, entre outros, os conceitos de razões excludentes (ou preemptivas ou preemptórias) e razões protegidas, desenvolvidos por Joseph Raz. Por derradeiro, sublinha-se a distinção entre os problemas de coordenação que justificam a instituição da autoridade e aqueles que, em uma acepção mais restrita, constituem objeto, na economia, da chamada ‘teoria dos jogos’.

A terceira e última seção do capítulo 2, intitulada ‘O Direito e sua Normatividade’, concentra os pontos essenciais, possivelmente os mais relevantes de toda a dissertação. Em um intróito, são feitas ponderações sobre a cautela necessária na mudança do enfoque das teorias ética e política de Finnis para sua teoria do direito (*jurisprudence*), de modo a preservar a integridade e consistência da doutrina da lei natural como um todo, não comprometendo sua visão holística sobre a racionalidade prática. A filosofia do direito e a filosofia política são consideradas extensões especializadas da ética, tomando parte nesse empreendimento mais amplo denominado por Aristóteles de ‘filosofia das questões humanas’, o qual, como observado por Tomás de Aquino, está imbricado com a característica humana da liberdade de escolha, e que justifica a adoção do chamado ‘ponto de vista interno’. Essa perspectiva é enfatizada na subseção seguinte, que cuida exclusivamente de metodologia. Salientam-se ali as críticas de diversos doutrinadores ao método (dominante) da análise conceitual na teoria do direito, também chamada de positivismo metodológico. Em seguida, são detalhados vários aspectos metodológicos da teoria finnisiana, extraídos principalmente do capítulo I de NLNR, do capítulo II de *Aquinas* e do ensaio *Law and What I Truly Should Decide* (republicado como *Describing Law Normatively*), entre outros escritos. Aborda-se a importante diferenciação tomista das quatro espécies, tipos ou domínios irreduzíveis de ordens ou padrões da realidade (*ordo*), que definem as ciências explicatórias correspondentes (*scientia*) – natureza, lógica, moral e técnica/cultural –, para fins de contrastar a teoria da lei natural, atenta à presença do direito em todos os quatro domínios, notadamente no terceiro

(moral/razionalidade prática), com as demais correntes teóricas, que padecem de visões reducionistas (realismo jurídico – ordem da natureza; teoria kantiana – ordem da lógica; positivismo jurídico – ordem da técnica). É então detalhada a metodologia empregada por Finnis para elaboração de sua teoria jurídica, que combina o uso da ferramenta aristotélica do ‘significado focal’ dos conceitos teóricos – a qual permite distinguir ‘casos centrais’ de ‘casos periféricos’ – com a adoção do caso central do ponto de vista jurídico (a saber: o ponto de vista prático ou interno do participante que, além de tratar as obrigações jurídicas como presumíveis obrigações morais, é, ele próprio, uma pessoa praticamente razoável). Enfim, explicitam-se os fundamentos que suportam a afirmação do autor de que constitui um erro filosófico pressupor que se pode responder à questão ‘o que é o direito’ antes de enfrentar a questão ‘*porque* ter, criar, manter e se conformar ao direito’. A próxima subseção – ‘O Direito’ – exhibe e discute o significado focal de direito (positivo) proposto por Finnis, que contém vários elementos (regras, instituições, coercitividade/sanções, bem comum/justiça, comunidade completa, problemas de coordenação, razoabilidade, autoridade, certas características formais), e examina sua noção de Estado de Direito (*Rule of Law*). O item também contempla esclarecimentos históricos e dogmáticos para superação de equívocos frequentes na compreensão do conceito de direito positivo e sua relação com o direito natural, cuidando dos dois modos – não estanques – pelos quais o primeiro deriva do segundo (dedução e *determinatio*). Procede-se a um rigoroso exame da verdadeira relação entre direito e moral segundo a tradição jusnaturalista, com o esclarecimento do sentido do conhecido aforismo *lex injusta non est lex*, e a exposição das diferenças entre a teoria do direito da lei natural de Finnis e as duas versões do positivismo jurídico – excludente e includente. Finalmente, é apresentada uma abordagem madura e abrangente de Finnis sobre a natureza do direito – associada aos quatro diferentes domínios de padrões (natureza, lógica, moral e técnica/cultural) –, constante do recente artigo *The Nature of Law*. Ato contínuo, trata-se, em subseção específica, da normatividade do direito. Faz-se uma incursão progressiva sobre a noção de normatividade, desde o uso de alguns dispositivos heurísticos para primeira aproximação com o tema até a exposição de pontos cruciais da teoria da normatividade de Joseph Raz, notadamente como consolidados na obra *From Normativity to Responsibility*. Com ênfase no conceito-chave e mais de fundamental de ‘razões’ (privilegia-se o uso das proposições de razões, em detrimento do manejo dos princípios e outras proposições normativas), são propostas diversas definições e classificações: razões explicativas e razões normativas, razões adaptativas (que incluem as razões epistêmicas e as razões para emoções) e razões práticas (que incluem as razões para a ação e as razões para intenções), razões padrão

e razões fora do padrão, razões suficientes ou adequadas e razões conclusivas, razões operativas e razões auxiliares, razões de primeira ordem e razões de segunda ordem (que incluem as razões excludentes). Retomando Finnis, apresentam-se três níveis de explicação para a normatividade (ou seja, a força vinculativa ou obrigatoriedade) das promessas – o último e mais elevado introduzindo a ideia do bem comum –, passando-se então para o direito, com o oferecimento de um esquema silogístico do funcionamento do raciocínio prático, que pode ser lido tanto em um sentido estritamente jurídico, quanto em um sentido completo, irrestrito ou moral. Isso leva a uma importante distinção entre obrigação jurídica no sentido intrassistêmico (obrigação que as normas jurídicas declaram criar, que é conclusiva, peremptória e dotada de força invariável) e obrigação jurídica em sentido moral, ou obrigação jurídico-moral (a qual é presumida, genérica, *prima facie* e derrotável, ostentando força variável). Na sequência, os subsídios teóricos de Raz são utilizados em uma análise interpretativa da posição finnisiana acerca da normatividade do direito, inaugurada em NLNR e melhor revelada em ensaios ulteriores (como *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, republicado com o nome *Law's Authority and Social Theory's Predicament, Law as Coordination e Natural Law Theories*). Por fim, as ideias centrais de Finnis sobre o tema são compiladas e enunciadas em pontos, havendo ainda menção a uma réplica de Finnis à afirmação, feita por Maris Tinturé, de que o direito, pela sua teoria, reivindica obrigatoriedade moral.

O capítulo 3 desta dissertação agrupa, conforme já anunciado mais acima, um conjunto de posições teóricas céticas e/ou eliminativistas, que são inconciliáveis com a visão jusnaturalista exposta no capítulo 2. Elas propõem o abandono do conceito doutrinário de direito e negam ou subestimam a normatividade jurídica. Após um breve prelúdio, seguem-se os conteúdos específicos de quatro artigos acadêmicos selecionados, dispostos em subseções próprias. Inicia-se com a exposição de *Does Law 'Exist'? Eliminativism in Legal Philosophy*, de 2022, em que Hillary Nye critica o método da análise conceitual e propõe como solução o eliminativismo, com o abandono da pergunta irrespondível sobre a natureza metafísica do direito e a adoção de um pluralismo conceitual para responder a questões normativas ou preditivas/empíricas. Outro ensaio apresentado é *The End of Jurisprudence*, publicado em 2015. Nele, o autor eliminativista Scott Hershovitz prega o fim do debate Hart-Dworkin, argumentando pela inexistência de um domínio próprio e distintivo de normatividade jurídica: as práticas jurídicas apenas produzem, se tanto, direitos e obrigações morais, que rotulamos de jurídicos. O terceiro texto de matiz eliminativista – *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser – advoga a desnecessidade de um conceito doutrinário de direito,

sugerindo a substituição do modelo tradicional de raciocínio prático em duas etapas (pelo qual o agente primeiro identifica o que o direito exige e, depois, examina se existem razões para a ação concorrentes que imponham uma decisão diferente) por um protocolo em fase única (o agente avalia globalmente todas as razões para a ação, sem proceder à determinação intermediária do que o direito exige). Por último, lida-se com o ensaio *Is General Jurisprudence Interesting?*. Ali, David Enoch assinalou, como argumento para justificar seu desinteresse pela teoria geral do direito em comparação com a metaética, que o direito ostenta apenas a chamada ‘normatividade formal’ – uma normatividade fraca, mais branda, que é distinta da normatividade robusta, forte ou puro-sangue (*full-blooded*), típica da moral.

Já no capítulo 4 retoma-se a perspectiva jusnaturalista de Finnis para uma refutação crítica das asserções céticas e eliminativistas formuladas pelos quatro autores supramencionados. Em tópicos, são explicitados os pontos de colisão identificados e manejados argumentos em favor da teoria finnisiana. Enoch é retorquido com considerações conducentes à conclusão de que sua visão cética a respeito da normatividade do direito, supostamente apenas formal, reflete uma compreensão equivocada sobre a relação havida entre as práticas sociais baseadas em regras e a moralidade. Entende-se que a teoria jusnaturalista de Finnis atribui ao direito ambas as espécies de normatividade identificadas pela doutrina – formal e puro-sangue –, a depender da perspectiva considerada (a primeira, dentro dos limites do raciocínio estritamente jurídico; a segunda, quando o agente opera o raciocínio prático integral, em seu fluxo completo). Em seguida, é impugnada a validade da argumentação deduzida por Hillary Nye para defender o eliminativismo, calcada apenas na premissa da inadequação do método da análise conceitual (que não alcança o jusnaturalismo finnisiano). Em cotejo com a teoria de Finnis – que se ajusta perfeitamente ao uso da linguagem prescritiva na prática jurídica e demonstra a relevância do direito no raciocínio prático integral –, defende-se a ausência/insuficiência, no artigo de Nye, dos únicos espécimes de razões normativas hábeis a sustentar eventual crença no eliminativismo, quais sejam, as razões epistêmicas (adaptativas), que, em contraste com as razões práticas, são as razões padrão para nossas crenças (razões epistêmicas). A subseção seguinte oferece uma réplica ao eliminativismo de Hershovitz, assinalando a falha explicativa da teoria ao obscurecer a normatividade formal do fenômeno jurídico e confrontando todas as suas três supostas virtudes (desconstrói-se um argumento analógico utilizado na comparação do direito com outras práticas normativas, aponta-se a inocuidade de uma razão meramente prática – e não epistêmica – invocada em favor da tese eliminativista e, por fim, rebate-se a capacidade persuasiva da teoria quando comparada com a descrição finnisiana, inclusive com a

identificação de uma inconsistência interna na explicação de Hershovitz). Derradeiramente, ataca-se o eliminativismo de Kornhauser, ressaltando-se a ininteligibilidade da sua versão fraca – única, segundo ele próprio, suficientemente suportada por sua argumentação no artigo analisado – e a artificialidade e ambiguidade do modelo proposto de raciocínio prático em etapa única, na qual o agente recorre aos chamados ‘materiais jurídicos’, mas pretensamente sem identificar o direito.

Cabe consignar que, no desenvolvimento de toda a investigação (a qual é transdisciplinar, pois voltada a produzir conhecimento, de forma inter-relacionada e sem fragmentação, a partir de articulações que envolvem ética, política e direito), empregou-se, entre os quatro gêneros de pesquisa propostos pela doutrina – teórica, metodológica, empírica e prática –, o primeiro deles, que, “eminente conceitual, destina-se a formular ou rever teorias, conceitos, referências teórico-doutrinárias. No campo jurídico, esse tipo é utilizado mais diretamente nas chamadas disciplinas zetéticas, tais como [...] Filosofia do Direito [...]” (Gustin; Dias, p. 39).

2 A TEORIA DA LEI NATURAL DE JOHN FINNIS

2.1 Tópicos Introdutórios

2.1.1 Apresentação e Contextualização

Esta subsecção inaugural presta-se apenas a oferecer uma primeira apresentação, com breve contextualização histórica e considerações preliminares, acerca do livro *Natural Law and Natural Rights*, de seu autor, John Finnis e da Teoria Neoclássica da Lei Natural. Busca-se assim proporcionar ao leitor uma aproximação gradativa com alguns dos marcos teóricos adotados e explorados ao longo da dissertação. Questões de conteúdo serão examinadas em tópicos subsequentes.

O ano de 1980 foi emblemático para o que depois se convencionou chamar de Nova Teoria da Lei Natural ou Teoria Neoclássica da Lei Natural. Vinha a público, naquela quadra, a primeira edição do livro *Natural Law and Natural Rights* (NLNR) – Lei Natural e Direitos Naturais (Finnis, 2011), escrito pelo professor John Finnis sob encomenda de Herbert Hart, seu mestre e colega na faculdade de direito da Universidade de Oxford. O próprio título havia sido especificado por Hart, que como editor da prestigiada coleção *Clarendon Law Series*, almejava, desde 1966, um volume abordando tal temática (Finnis, 2011, p. 414).

A obra causou grande impacto no meio acadêmico, tendo exercido papel de relevância ímpar, notadamente no mundo anglófono, para a revitalização da tradição clássica do direito natural e a formação do jusnaturalismo contemporâneo. Perfilhando avanços teóricos alcançados por autores como Germain Grisez e Joseph Boyle, John Finnis ofereceu em NLNR – a partir do resgate e desenvolvimento de ideias do pensamento filosófico de Platão, Aristóteles e, especialmente, Tomás de Aquino –, uma portentosa teoria sobre racionalidade prática, articulando e enfrentando questões fundamentais em ética, política e direito.

A propósito, Finnis chamou a atenção, no corpo do livro, para uma importante distinção, muitas vezes negligenciada, entre, de um lado, “discurso sobre lei natural” e, de outro, “discurso sobre doutrina ou doutrinas de lei natural”. Segundo ele, NLNR “[...] é um livro sobre lei natural. Ele expõe ou estabelece uma teoria de lei natural, mas não é sobre tal teoria. Nem é sobre outras teorias. Ele refere-se a outras teorias apenas para iluminar a teoria aqui exposta” (Finnis, 2011, p. 24-25, tradução nossa).

Portanto, a obra NLNR – contrastando com outras abordagens, como a que se verifica, por exemplo, em *Direito Natural e História*, de Leo Strauss (2014) – não narra a história de

doutrinas ou opiniões que afirmam a existência de princípios de lei natural, mas apresenta e defende, ela própria, esses preceitos, que, conforme Finnis, são os seguintes: (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indicam as formas básicas de florescimento humano como bens a serem perseguidos e realizados, os quais, de uma maneira ou de outra, são utilizados por qualquer pessoa que considera o que fazer, por mais inconsistentes que sejam suas conclusões; (ii) um conjunto de exigências metodológicas básicas de razoabilidade prática que distinguem o pensamento prático consistente do inconsistente, fornecendo critério para diferenciar atos razoáveis e não razoáveis consideradas todas as coisas e; (iii) um conjunto de padrões morais gerais (Finnis, 2011, p. 23).

Mesmo no prefácio, Finnis, seguindo a mesma linha, já havia anunciado que em NLNR “[...] nada é afirmado ou defendido por apelo à autoridade de qualquer pessoa ou órgão” e que com bastante frequência se referiu a Tomás de Aquino “[...] porque em qualquer visão ele ocupa um lugar estratégico único na história da teorização da lei natural” (Finnis, 2011, p. vi, tradução nossa). Ele também justificou suas referências ocasionais aos pronunciamentos da Igreja Católica Romana sobre lei natural, aduzindo que a instituição “[...] talvez seja a única no mundo moderno que reivindica ser um expoente de lei natural autoritativo” (Finnis, 2011, p. vi, tradução nossa). Desta maneira, embora declarando expressamente seu débito especial com Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino e German Grisez, concluiu que seus argumentos “[...] sustentam-se ou sucumbem por sua própria razoabilidade” ou por algum outro modo, que não a autoridade (Finnis, 2011, p. vi, tradução nossa).

Robert George assinala que o momento crítico na biografia intelectual de Finnis se situa cerca de quinze anos antes da publicação de NLNR, quando o mesmo teve o primeiro contato com o trabalho de Germain Grisez. Reapresentando e promovendo substancial desenvolvimento na compreensão de Tomás de Aquino acerca dos primeiros princípios do pensamento prático, exposta no Tratado sobre a Lei, da Suma Teológica, Grisez possibilitou que Finnis “[...] implantasse, com o rigor corretamente exigido na tradição analítica da filosofia, uma abordagem aristotélica para problemas na filosofia do direito e nas filosofias moral e política” (George, 2015, p. 2, tradução nossa). Ainda nas palavras de George, NLNR “[...] não apenas recuperou o interesse acadêmico na venerável, mas profundamente mal compreendida ideia de lei natural e direitos naturais”, como também lançou um poderoso desafio às “[...] formas dominantes de pensamento entre os filósofos do direito e os filósofos morais e políticos na tradição analítica” (George, 2015, p. 1, tradução nossa).

Assim, adotando ou adaptando os métodos aristotélicos para criticar o ceticismo moral e superar os defeitos tanto da abordagem deontológica pura kantiana quanto do utilitarismo e outras formas de consequencialismo ético, Finnis contribuiu, ao lado de Grisez e Boyle, para a evolução de uma concepção sobre o raciocínio prático e os juízos morais hoje amplamente conhecida como Nova Teoria da Lei Natural.

Todavia, como bem ressaltou George, o uso do adjetivo ‘nova’, em certa medida, não deixa de ser problemático, já que o fato de terem articulado em vocabulário filosófico hodierno e desenvolvido a teoria da lei natural de Tomás de Aquino não significou sua rejeição mas, antes, a aceitação do núcleo de seu conteúdo e a extração de consequências adicionais:

A substância da explicação sobre lei natural oferecida por Finnis e outros não é propriamente nova. Seu núcleo pode ser encontrado em Aquino; e muito disso, por sua vez, Aquino retirou de Aristóteles. É verdade que Finnis, Grisez e outros desenvolveram a teoria tomista da lei natural de várias maneiras e articularam a teoria em um idioma filosófico moderno. Mas desenvolver uma teoria não é rejeitá-la. É, ao contrário, aceitar sua substância e extrair suas implicações adicionais. Isso é o que eles fizeram, por exemplo, mostrando como a reflexão sobre a diretividade ou prescritividade integral dos princípios de razão prática presentes em Aquino nos permite identificar princípios morais e normas que distinguem opções de escolha que estão totalmente de acordo com as demandas de razoabilidade, das opções que, de uma forma ou de outra, carecem ou conflitam com exigências completas de razoabilidade prática. (George, 2015, p. 6, tradução nossa).

Por isso, talvez a expressão Teoria Neoclássica da Lei Natural melhor designe essa corrente do pensamento que, afinada com a tradição *clássica* da lei natural, pode inclusive ser de pronto e mais facilmente apartada do jusnaturalismo *moderno* – de que são expoentes figuras como Samuel Pufendorf, John Locke e Kant, e em relação à qual guarda profunda e fundamental diferença, bastante destacada por Finnis em ensaio escrito para o Manual de Oxford de Teoria e Filosofia do Direito (Finnis, 2002, p. 3-8). Tal diferença, registro, será abordada mais adiante (subseção 2.2.1).

As considerações introdutórias expostas até aqui mostram-se perfeitamente alinhadas com o que disse Adrian Sgarbi (2009). Ele bem resumiu que Finnis “faz parte da *New School of Natural Law* (juntamente com Germain Grisez, Joseph Boyle, Robert P. George e William E. May)”, escola a qual, desde meados do século XX, tem realizado “uma reinterpretação do pensamento de Santo Tomás de Aquino com a finalidade de promover uma revitalização do direito natural” (Sgarbi, 2009, p.197). Sgarbi também se atentou para o fato de que NLNR – “iniciada em 1966” e que “levou treze anos para ser completada” – evita “digressões sobre a história do direito natural” (Sgarbi, 2009, p. 197). Nos seus dizeres, Finnis, que havia sido

aluno de Hart, buscou “em termos contemporâneos examinar o que se pode entender por ‘direitos naturais’” (Sgarbi, 2009, p. 197).

A segunda edição de NLNR chegou em 2011. Ela conta com um posfácio que veicula observações e comentários de Finnis, em acréscimo ou suplemento ao texto original, e que faz remissões a vários artigos produzidos pelo autor ao longo de sua carreira, tanto anteriores quanto posteriores a NLNR. Esses artigos foram reunidos em uma coletânea, com cinco volumes, lançada naquele mesmo ano (*Collected Essays*).

Aproveitando tal ensejo, Jonathan Crowe cuidou de advertir, em ensaio intitulado *Natural Law Beyond Finnis* (Lei Natural Além de Finnis), sobre a riqueza e a diversidade de estudos que emergiram nas três décadas subsequentes à publicação da primeira edição de NLNR e que representam o pensamento jusnaturalista contemporâneo (Crowe, 2011). Segundo Crowe, esse rótulo agrupa atualmente uma ampla gama de diferentes versões, defendidas por variados autores. Com enfoque na teoria *ética* da lei natural, destacam-se nomes como Timothy Chappell, Gary Chartier, Alfonso Gómez-Lobo, David S. Oderberg e Mark C. Murphy, ao passo que a teoria do *direito* recebeu especial atenção de Robert Alexy, Michael Detmold, Mark Greenberg, Michael S. Moore, Nigel Simmonds e do próprio Murphy.

Crowe alertou para a necessidade de se identificarem os elementos nucleares comuns que estruturaram a Nova Teoria da Lei Natural (ou, como prefiro, Teoria Neoclássica da Lei Natural), distinguindo-os das peculiaridades e nuances presentes nas versões dos múltiplos autores, inclusive do próprio Finnis – que advoga uma posição por muitos reputada excessivamente conservadora em várias questões morais. Nada obstante, Crowe reconheceu, com todas as letras, não haver dúvida de que “[...] a obra de Finnis e demais ‘teóricos da nova lei natural’, tais como Germain Grisez e Joseph M. Boyle, influenciou fortemente o pensamento contemporâneo da lei natural”, acrescentando que “[...] o notável renascimento do interesse pelas perspectivas do direito natural nos últimos anos deve-se substancialmente a esses autores” (Crowe, 2011, p. 293-294, tradução nossa).

Ainda de acordo com Jonathan Crowe e em consonância com o que foi exposto até aqui, a nova teoria da lei natural, cujos “[...] princípios fundamentais foram estabelecidos nas obras de Finnis e Grisez que remontam ao início da década de 1980”, tem inspiração primária na teologia filosófica de Tomás de Aquino, sendo “[...] fortemente tomista na metodologia e no conteúdo” (Crowe, 2011, p. 294, tradução nossa).

Por sua vez, ao discorrer sobre a filosofia do direito no mundo do *common law* no século XX, Gerald Postema anotou que, ao dar nova vida à teoria do *direito* na perspectiva

jusnaturalista clássica, desenvolvendo com sistematicidade as ideias e argumentos da rica tradição tomista, a obra de Finnis, dentro de um cenário dominado pelo positivismo jurídico e em comparação com outras iniciativas jusnaturalistas testemunhadas até o final do século – como as capitaneadas por Ernest Weinrib e Michael Moore –, foi a que teve o maior impacto na teoria do direito anglo-americana, representando “[...] o mais importante desafio jusnaturalista aos temas metodológicos e estratégicos centrais da teoria do direito analítica” (Postema, 2011, p. 548, tradução nossa). A questão será explorada mais à frente (seção 2.3). Sem prejuízo, pode-se antecipar que esse sério desafio imposto à metodologia analítica e ao dominante positivismo jurídico decorre do fato de o jusnaturalismo (neo)clássico “[...] recusar-se em apenas se limitar a uma posição sobre a validade jurídica mas, ao revés, insistir em integrar tal posição, e a teoria do direito positivo do qual ela é apenas uma parte, a uma filosofia prática abrangente” (Postema, 2011, p. 549, tradução nossa).

Mais recentemente, em texto introdutório de livro comemorativo do quadragésimo aniversário da publicação de NLNR, o professor Victor Sales Pinheiro, da Universidade Federal do Pará, enfatizou a consistência, amplitude e profundidade da obra. Para ele, Finnis, aspirando completeza, propôs-se a enfrentar as perguntas que envolvem o fenômeno jurídico no âmbito da razão prática, sem fragmentá-lo ou reduzi-lo a uma de suas partes constitutivas (Pinheiro, 2020, p. 1).

Rendendo-se à grandiosidade do legado deixado por NLNR, Victor Pinheiro exaltou o protagonismo de Finnis “na recuperação da teoria da lei natural, obscurecida pelas seguidas incompreensões e caricaturas modernas que a desfiguraram” (Pinheiro, 2020, p. 1). Asseverou ser “difícil imaginar o quadro da teoria analítica do direito” sem NLNR e celebrou os “40 anos de fecundidade intelectual” da “sofisticada obra de Finnis”, com a qual, segundo ele, “a teoria da lei natural se torna incontornável a qualquer acadêmico sério” (Pinheiro, 2020, p. 1-2). Referindo-se ao público brasileiro, Victor Pinheiro deu seu testemunho pessoal: “Ao longo dos últimos cinco anos em que tenho escrito e palestrado pelo Brasil sobre esse tema, o espanto do público em geral por uma abordagem completamente ignorada logo se convertia em atenção filosófica séria” (Pinheiro, 2020, p. 2).

Por derradeiro, tendo em vista os propósitos específicos deste tópico prefacial, cabem alguns singelos apontamentos sobre a biografia e a produção acadêmica de Finnis.

Como nos relata Postema (2011, p. 550), John Mitchell Finnis nasceu em 1940 em Adelaide, Austrália, onde se formou em Direito no ano de 1961. Obteve o grau de doutor em 1965, na Universidade de Oxford, Inglaterra, sob a supervisão de Hart. Em 1966 e 1987, ingressou nas Faculdades de Direito e Filosofia, respectivamente, da Universidade de Oxford,

onde é professor emérito (atualmente aposentado) de Direito e Filosofia do Direito. Também exerceu a docência, a partir de 1995, na Universidade de Notre Dame, nos Estados Unidos da América.

Além de NLNR e dos cinco volumes da coletânea de artigos acima referidos (*Collected Essays: Volume I – Reason in Action; Volume II – Intention and Identity; Volume III – Human Rights and Common Good; Volume IV – Philosophy of Law; Volume V – Religion and Public Reasons*), que são apenas uma parcela de sua vasta produção acadêmica, Finnis é autor dos livros *Fundamentals of Ethics* (1983), *Moral Absolutes* (1991) e *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (1998).

2.1.2 Panorama Geral da Teoria Neoclássica da Lei Natural

No item precedente, foram tecidas algumas considerações preambulares, a título de contextualização, sobre a Teoria Neoclássica da Lei Natural. Mas o que exatamente ela sustenta?

Antes de uma análise mais aprofundada sobre as proposições específicas formuladas por Finnis em NLNR, obra de referência nesta dissertação, propõe-se no presente tópico ofertar uma resposta inicial a tal indagação por meio de uma visão panorâmica, com os elementos didaticamente revelados por Jonathan Crowe no já mencionado artigo *Natural Law Beyond Finnis* (Crowe, 2011).

A Teoria Neoclássica da Lei Natural, conforme Crowe, faz algumas afirmações essenciais, nucleares, nos domínios da *ética*, da *política* e do *direito*.

Não por mero acaso, Mark Murphy, citado por Marcondes e Struchiner (2015, p. 125), salientou uma importante distinção entre três diferentes sentidos de *direito natural* – ou *lei natural* (*natural law*): (I) o direito natural da racionalidade prática (relativo aos bens básicos a serem perseguidos e aos princípios para alcançá-los); (II) o direito natural da filosofia política (referente à busca do bem comum da comunidade política) e; (III) o direito natural da teoria do direito (que afirma uma conexão interna entre o direito e as razões para agir).

Começando pela *ética* (racionalidade prática mais abrangente), a teoria compreende duas ideias fundamentais: (i) a pluralidade tanto das formas básicas de bem quanto dos princípios associados de razoabilidade prática e; (ii) a prioridade lógica do bem sobre o justo. Enquanto a pluralidade dos bens básicos permite à teoria da lei natural criticar o consequencialismo, a primazia do bem sobre o justo lhe fornece base para refutar as formas mais comuns de teorias deontológicas (Crowe, 2011, p. 297).

Recordemos que para os *consequencialistas*, a ação moralmente correta consiste em maximizar boas consequências ou minimizar más consequências. Os monistas defendem uma teoria de valor único: assim, certos *utilitaristas* definem o bem em termos de prazer humano, ao passo que os *egoístas* o fazem em termos daquilo que servirá aos interesses do próprio indivíduo. Já os consequencialistas pluralistas adotam uma teoria do bem de valores múltiplos: o bem, a ser maximizado, é uma combinação complexa de tipos de valores (Hurd, 2003, p. 9-10).

Em contraste, os *deontologistas* estão comprometidos com a tese de que um ato é bom não em razão das suas consequências, mas sim da qualidade inerente ao próprio ato. Portanto, para as correntes deontológicas monistas, certos atos são intrinsecamente corretos ou errados, de maneira que a moralidade consiste em um conjunto de imperativos categóricos relativos ao agente (Hurd, 2003, p. 9-10).

Trazendo agora à baila a teoria da lei natural, nota-se, a partir da proposição (ii), acima, que tanto ela quanto o consequencialismo sustentam, em comum, que para se saber como agir é necessário, antes, apreender o bem. Mas enquanto os consequencialistas propõem que a maneira adequada de se relacionar com o bem é *maximizando-o*, os jusnaturalistas defendem que a abordagem correta é a de *respeito e participação* no bem. Nesse quesito, as teorias deontológicas encontram-se do outro lado, pois afirmam que a ação correta não é uma questão apenas de honrar o bem, mas também depende de direitos e deveres, o que pressupõe independência lógica entre o justo/correto e o bem (Crowe, 2011, p. 297-298).

Sobre o outro elemento nuclear da teoria ética da lei natural (i) – consistente na pluralidade dos bens básicos –, cabe observar que há duas grandes escolas do pensamento acerca do número de bens intrínsecos existentes (bens valiosos por si mesmos, dignos de serem buscados por si, e não como meios ou instrumentos para alcançar outros bens): o *monismo* e o *pluralismo* (Crowe, 2011, p. 298).

Para o monismo, só existe um único bem intrínseco. Ele varia conforme cada versão monista: prazer ou felicidade, satisfação de preferência, bem-estar humano e assim por diante. Combinando-se monismo com consequencialismo, tem-se uma simples e elegante descrição de racionalidade prática, segundo a qual a ação correta é aquela que mais produz o (único) bem básico. A ética da lei natural, contudo, refuta o monismo, sustentando haver uma pluralidade de bens intrínsecos, cada qual igualmente básico e irreduzível aos demais (Crowe, 2011, p. 298).

Nesse ponto, importa esclarecer que embora Tomás de Aquino afirme haver uma unidade básica do bem, que pode ser encontrada em Deus, “[...] a participação humana nesse

bem unificado assume uma série de formas distintas”, sendo que “[...] a explicação da nova lei natural sobre os bens básicos enfatiza a dimensão pluralística da teoria de Aquino” (Crowe, 2011, p. 298, tradução nossa). Com efeito, Finnis destrincha essa matéria no artigo *Action’s Most Ultimate End*, escrito em 1984 sob o título original *Practical Reasoning, Human Goods and the End of Man*, no qual defende, com Grisez, que, a despeito de certa obscuridade no discurso de Tomás de Aquino, a teoria tomista suporta a conclusão de que “[...] qualquer estado que poderia contar como ‘o último bem para todos os humanos’ deve envolver uma pluralidade de bens, tal é a complexidade irreduzível do integral florescimento humano” (Finnis, 2013a, p. 172, tradução nossa).

Os autores jusnaturalistas, inclusive os contemporâneos, divergem sobre quais exatamente seriam os bens/valores básicos. Teremos a oportunidade de examinar, mais adiante, a lista proposta por Finnis em NLNR e escritos posteriores (subseção 2.2.1). Por ora, diga-se que, em geral, como consignado por Crowe (2011, p. 299), há ampla concordância quanto à presença, na lista dos bens básicos, de valores como vida, conhecimento, amizade, recreação, espiritualidade, experiência estética e razoabilidade prática². Outros já são mais discutidos, como prazer³, bem-estar físico e mental⁴, criatividade⁵, paz interior⁶, auto-integração⁷, família⁸ e excelência no trabalho e jogo⁹.

Certo é que, ao reivindicar a pluralidade de bens básicos e incomensuráveis, a teoria ética da lei natural refuta o consequencialismo: ações diferentes podem promover diferentes formas básicas de bem, sendo impossível reduzi-las a um denominador comum e avaliá-las com uma métrica abrangente. Por conseguinte, “[...] na visão da lei natural, não faz sentido exigir do agente maximizar o bem total produzido por suas ações”, isto é, “[...] a noção de maximização não fornece real orientação prática” (Crowe, 2011, p. 300, tradução nossa).

Ao invés de maximização – critério inadequado e sem sentido para aplicação diante de plúrimos bens básicos, irreduzíveis e incomensuráveis –, a teoria da lei natural preconiza que a conduta correta/justa perpassa (i) pela participação ou (ii) pelo respeito aos bens básicos. Nos precisos termos de Crowe (2011, p. 300, tradução nossa), um agente “[...] participa nos bens básicos quando faz um ou mais deles objeto de suas ações”; e ele “respeita os bens quando se

2 Arrolados por Finnis, Murphy, Chappell, Chartier, Gomez-Lobo e Grisez.

3 Arrolado por Chappell e Chartier; recusado por Murphy.

4 Arrolado por Chappell, mas considerado apenas um aspecto de outro bem (vida) por Finnis e Murphy.

5 Arrolado por Chartier.

6 Arrolado por Murphy e Chartier.

7 Arrolado por Grisez e Christopher Tollefsen; recusado por Chartier.

8 Arrolado por Gomez-Lobo.

9 Arrolado por Murphy.

abstém de agir de maneira inconsistente com seus valores”. E se participar nos bens é algo permissível e muitas vezes louvável, respeitá-los, a seu turno, é uma questão de dever.

O envolvimento dos agentes com os bens básicos (respeitando-os ou neles participando) é orientado por princípios de ‘razoabilidade prática’ (ou de ‘excelência na agência’), tais como a regra de ouro, a proibição de intencionalmente causar danos, a exigência de eficiência dentro da razão e a doutrina do duplo efeito. Divergências entre os jusnaturalistas sobre a compreensão e aplicação de tais princípios é que explicam visões distintas, entre eles, sobre questões éticas específicas como, por exemplo, aborto ou casamento entre pessoas do mesmo sexo (Crowe, 2011, p. 300-301).

Robert George, em que pese o emprego de vocabulário diverso, também grifou as semelhanças e diferenças da ética neo-aristotélica – abraçada por nomes como Finnis, Anscombe, David Wiggins, Philippa Foot e Alasdair MacIntyre – com o utilitarismo e outras doutrinas consequencialistas de um lado, e com as abordagens kantianas ou puramente deontológicas de outro lado:

Como os utilitaristas, mas diferentemente dos kantianos, esses pensadores (que podem ser até chamados de neo-aristotélicos) sustentam que o pensamento ético deve estar profundamente ligado a considerações de bem-estar ou florescimento humano – a *eudaimonia* de Aristóteles. Mas tal pensamento, eles argumentam, não pode tratar o bem humano como sujeito a agregação e cálculo de maneira a tornar coerente e viável uma norma orientando pessoas a escolher a opção (ou agir conforme a regra) que irá, por exemplo, produzir a maior felicidade do maior número ou a melhor proporção líquida geral de benefício sobre prejuízo e a longo prazo. Então, como os kantianos, eles rejeitam a crença de que a ética é uma questão de raciocínio técnico (ou análise de ‘custo-benefício’) visando a produzir, pura e simplesmente, as melhores consequências possíveis. Diferentemente dos kantianos, entretanto, eles também rejeitam a ideia de uma ética puramente deontológica, com sua redução do pensamento moral ao domínio da lógica. Certamente, eles aceitam a ideia da moralidade como uma questão de retidão de disposição, mas argumentam que a escolha moral errada não é apenas uma questão de inconsistência no pensamento. Ao contrário, a imoralidade consiste em escolher (e, assim, querer) de modo contrário ao bem das pessoas humanas. (George, 2015, p. 1, tradução nossa).

Fundada no esquema de racionalidade prática (*ética*) delineado acima, a Teoria Neoclássica da Lei Natural oferece uma distintiva explicação sobre *política*, que está centrada na noção de *bem comum*. Tal conceito – que exerce papel crucial nas proposições jusnaturalistas sobre comunidade, obrigação política, direitos individuais e direito – reaparecerá em capítulos posteriores desta dissertação, seja quando tratarmos de NLNR em geral, seja quando, mais adiante, aprofundarmos as análises sobre a normatividade do direito (subseções 2.2.3, 2.3.3 e 2.3.4).

Entre outras acepções de bem comum, interessa-nos aqui aquela que corresponde a “[...] um estado de coisas em que todos os agentes (ou, em algumas versões, todos os

membros de uma dada comunidade) estão aptos a participar nos bens básicos de uma série de maneiras razoáveis” (Crowe, 2011, p. 301, tradução nossa). Esse estado de coisas pode ser realizado pela comunidade de múltiplas formas.

As razões dos indivíduos para respeitarem os bens básicos – sejam tais razões, como defendem uns, neutras em relação ao agente (os bens devem ser respeitados pelo simples fato de serem bens, independentemente de quem será beneficiado), sejam elas, como sustentam outros, relativas aos agentes (as razões de respeito derivariam, então, do valor da amizade) –, é que explicam os deveres e direitos políticos. Em qualquer das duas visões, “[...] cada pessoa tem um dever de respeitar a participação das outras pessoas nos bens; o correlativo é um direito dos outros de que sua participação nos bens seja respeitada” (Crowe, 2011, p. 302, tradução nossa). A mesma análise é expandida para dar conta do bem comum: a razão de cada indivíduo para fazer sua parte em prol do bem comum gera um dever para com os demais e o correspondente direito. Desse modo, Crowe conclui:

A nova teoria da lei natural, portanto, fornece uma rica estrutura explicativa para dar sentido à fala sobre direitos, tal como ela figura no discurso do direito e da política. Alguns direitos emergem do dever de respeitar a participação das outras pessoas nos bens básicos; outros direitos refletem o dever de cada um fazer sua parte para criar uma comunidade em que cada qual possa participar nos bens de várias maneiras. (Crowe, 2011, p. 302, tradução nossa).

Em geral, os teóricos neoclássicos da lei natural, incluindo Finnis, adotam uma concepção de bem comum que confere papel central ao Estado: reconhece-se a importância da autoridade política para, por meio do direito, promover a coordenação dos indivíduos na consecução do bem comum.

Finalmente, chegamos ao domínio específico do *direito*, onde, conforme já mencionado, a ideia de bem comum também exerce função primordial.

A questão amplamente mais debatida nessa seara nos remete à própria definição do que é o direito. Trata-se da renitente e conhecida disputa entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico acerca dos critérios de validade jurídica. Enquanto, para os positivistas, “[...] todos os fatos jurídicos são em última instância determinados somente por fatos sociais”, para os jusnaturalistas “[...] os fatos jurídicos são em última instância determinados por fatos morais e sociais” (Shapiro, 2013, p. 27, tradução nossa).

Aqui se encontra, pois, conforme Crowe, a afirmação central da nova teoria da lei natural no campo do direito, por ele denominada *tese da dependência*: “[...] a existência e o conteúdo do direito necessariamente dependem de seu status moral”; ela se contrapõe à *tese*

das fontes, propugnada pelo positivismo jurídico, de que “[...] o único fator necessário para determinar se algo é direito são suas fontes” (Crowe, 2011, p. 304-305, tradução nossa).

Os teóricos da lei natural não negam o papel das fontes na validade jurídica, mas o suplementam com um teste moral adicional. Para o jusnaturalismo, portanto, o padrão de validade é duplo: para que algo seja direito, é necessário que, além da posituação do ato, sob a forma adequada, pela autoridade reconhecida (padrão suficiente para o positivismo jurídico), também haja razão moral suficiente para se conformar a ele (Crowe, 2011, p. 304-305).

Um aspecto muito importante a ser destacado – e que não raras vezes passa despercebido nas discussões sobre direito natural – é o de que os adeptos do jusnaturalismo divergem bastante entre si sobre o exato conteúdo da tese da dependência. Ela se apresenta, assim, em versões muito diferentes. O que a tese reivindica, em essência, é, na exata expressão de Crowe (2011, p. 305, tradução nossa), que “[...] um *defeito moral* em uma *norma ou sistema de normas* necessariamente os torna *inválidos ou defeituosos enquanto direito*.”

Entretanto, como bem adverte o autor, essa assertiva é ambígua em pelo menos quatro sentidos: (i) se a tese deve ser compreendida como uma afirmação sobre o conceito de direito, a natureza do direito ou o significado linguístico do termo ‘direito’; (ii) o que conta como defeito moral (a lei exigir uma conduta moralmente permitida ou apenas uma moralmente proibida); (iii) se o defeito moral da lei a torna juridicamente inválida ou, como sustenta Finnis em NLNR, apenas defectiva, e; (iv) se os defeitos morais impactam o status jurídico apenas das normas individuais ou do sistema normativo como um todo (Crowe, 2011, p. 305-306). Essas quatro ambiguidades da tese do direito jusnaturalista, desveladas mediante percuciente análise do autor, voltaram a ser seu foco de atenção em ensaio ulterior, intitulado *Clarifyng the Natural Law Thesis* (Crowe, 2012), o qual despertou especial interesse no público brasileiro (Marcondes; Struchiner, 2015, p. 116-123).

A última questão a ser aqui tratada, dentro dos confins da teoria do direito jusnaturalista, refere-se à sua concepção de obrigação jurídica.

Na dicção de Crowe, “[...] a teoria da lei natural entende a obrigação de cumprir o direito como uma forma de obrigação moral” e, embora não busque necessariamente estabelecer uma obrigação genérica de conformidade às leis positivas da comunidade, “[...] pretende mostrar como pelo menos algumas leis positivas podem ser vinculantes para aqueles a quem são dirigidas” (Crowe, 2011, p. 304, tradução nossa).

Grosso modo, a explicação da teoria neoclássica da lei natural sobre obrigação jurídica, também segundo Crowe (2011, p. 304), segue o tratamento dado à matéria por Tomás de Aquino na Suma Teológica. As leis positivas, destarte, refletem as demandas de racionalidade prática de duas formas: (i) algumas efetivamente reproduzem suas exigências, ostentando, assim, a mesma força que elas (como a lei penal que proíbe o homicídio, por exemplo); (ii) outras são especificações da racionalidade prática (*determinatio*), que estipulam detalhes da vida social que a lei natural deixa indeterminados (v. g. regras de trânsito). Para justificar as obrigações resultantes das leis positivas do segundo tipo, que não derivam diretamente da razão natural, os jusnaturalistas se socorrem da função facilitadora do direito para a coordenação social, havendo, contudo, “[...] significativo debate se essa linha de argumento possui os recursos para suportar uma teoria de amplo alcance sobre a obrigação de se seguir o direito positivo” (Crowe, 2011, p. 304, tradução nossa).

Note-se que embora de modo muito ligeiro, superficial e incipiente, tocamos, pela primeira vez até aqui, em ponto que se encontra no cerne de interesse desta investigação científica, qual seja: a normatividade do direito. Muito ainda será dito, ao longo do presente trabalho, sobre como as regras de um sistema jurídico, à luz da tradição neoclássica da lei natural e em especial da teoria finnisiana, podem fornecer razões para a ação, estabelecendo obrigações, direitos, poderes e privilégios.

Vale repisar que a presente subseção, também de caráter introdutório, foi dedicada a apresentar somente uma visão geral, panorâmica, das proposições basilares avalizadas pelos expoentes da teoria neoclássica da lei natural, tão bem condensadas no ensaio de Crowe (2011). Ao aprofundarmos adiante na exploração do tema da normatividade do direito, alguns dos conceitos e questões rapidamente acima tangenciados – como autoridade e bem comum, positividade do direito e sua derivação dos preceitos da lei natural, *determinatio*, coordenação social, obrigação jurídica e leis injustas/defeituosas – voltarão à carga.

Como será visto, Finnis enfrenta essas e outras matérias correlatas – próprias da província da filosofia/teoria do direito (*jurisprudence*) da lei natural – não apenas no texto seminal de NLNR (Finnis, 2011), mas em vários artigos esparsos, produzidos em diferentes momentos de sua carreira acadêmica, alguns dos quais reunidos em 2011 na mencionada coletânea – *Collected Essays* (CEJF) (Finnis, 2013a, b, c, d). Destaco, entre eles, *Law’s Authority and Social Theory’s Predicament* (título original *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*), de 1984 (Finnis, 2013d, p. 46-65), *Positivism and Authority*, de 1987 (Finnis, 2013d, p. 74-87), *Reason and Authority in Law’s Empire*, de 1987 (Finnis, 2013d, p. 280-298), *Law as Coordination*, de 1989 (Finnis, 2013d, p. 66-73),

Practical Reasoning in Law: Some Clarifications (título original *Concluding Reflections*), de 1990 (Finnis, 2013d, p. 353-374), *Legal Reasoning as Practical Reason* (título original *Natural Law and Legal Reasoning*), com última versão em 1992 (Finnis, 2013a, p. 212-230), *The Truth in Legal Positivism*, de 1996 (Finnis, 2013d, p. 174-188), *Natural Law*, de 1996 (Finnis, 2013a, p. 199-211), *Commensuration and Public Reason*, de 1997 (Finnis, 2013a, p. 233-255), *Adjudication and Legal Change* (título original *The Fairy Tale's Moral*), de 1999 (Finnis, 2013d, p. 397-403), *A Grand Tour of Legal Theory* (título original *Natural Law: The Classical Tradition*), de 2002 (Finnis, 2013d, p. 91-156), *Describing Law Normatively* (título original *Law and What I Truly Should Decide*), de 2003 (Finnis, 2013d, p. 23-45), *Legal Philosophy: Roots and Recent Themes* (título original *Philosophy of Law*), com última versão em 2005 (Finnis, 2013d, p. 157-173) e *On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact*, de 2007 (Finnis, 2013d, p.230-256). De fora da coleção, mais recentes, cito *Natural Law Theories* (Finnis, 2020b) e *The Nature of Law*, de 2020 (Finnis, 2020a, p. 38-58).

Enfim, é chegada a hora da imersão na doutrina de John Finnis, a começar pela próxima subseção. Abordaremos algumas questões conceituais e também aspectos gerais de sua filosofia ética e política, avançando paulatinamente em direção ao tratamento por ele conferido ao direito e sua normatividade – objeto próprio da última seção deste capítulo (2.3).

2.1.3 Preâmbulo à Doutrina de John Finnis

No artigo *Law's Autonomy and Public Practical Reason*, Gerald Postema ataca o que chamou de ‘tese da autonomia’, atribuída por ele a uma longa tradição na reflexão sobre a natureza do direito, a qual remontaria ao jurista e filósofo romano Cícero e reuniria teóricos das mais diferentes correntes de pensamento, como Tomás de Aquino, Bentham, Hobbes, Pufendorf, Locke, Hume, Hart, Raz, MacCormick e o próprio John Finnis (Postema, 1996).

Mérito do debate à parte, Joseph Raz, ao ofertar uma réplica, iniciou sua argumentação valendo-se de poderosa objeção a “uma das tendências pouco atraentes da filosofia do direito e da filosofia política contemporâneas”, que é a de não se discutir a visão de ninguém, mas apenas um conjunto de visões. Segundo ele, “Isso permite que se construa o alvo selecionando características de uma variedade de autores, de modo a que a imagem conjugada não seja de fato a visão de ninguém e que todos aqueles citados como seus adeptos dela discordariam” (Raz, 2009, p. 373, tradução nossa).

Essa valiosa lição nos impele a prosseguir para além das considerações propedêuticas e gerais associadas a uma escola ou corrente do pensamento – no caso, à Teoria Neoclássica

do Direito Natural (item 2.1.2, *supra*) – e avançar em direção a um meticuloso exame crítico das ideias e proposições que formam o corpo de uma doutrina específica, tal como concebida e subscrita por seu autor e endossada por seus adeptos.

Refiro-me aqui, por óbvio, à teoria da lei natural de John Finnis, o qual “[...] é corretamente visto como o fundador da teoria jurídica jusnaturalista contemporânea, assim como um dos principais proponentes da nova ética da lei natural” (Crowe, 2011, p. 308, tradução nossa). A pergunta que passará a ser respondida, doravante, é: o que afirma a teoria apresentada por Finnis, expoente da escola neoclássica da lei natural?

Fixado o propósito, vale rememorar, inicialmente, advertência já feita anteriormente (subseção 2.1.1, *supra*) acerca da relevante distinção entre “discurso sobre lei natural” e “discurso sobre doutrina ou doutrinas de lei natural”. Como mencionado, Finnis insistiu em destacar que NLNR “[...] é um livro sobre lei natural. Ele expõe ou estabelece uma teoria de lei natural, mas não é sobre tal teoria. Nem é sobre outras teorias. Ele refere-se a outras teorias apenas para iluminar a teoria aqui exposta” (Finnis, 2011, p. 24-25, tradução nossa). Nos dizeres do prefácio, em NLNR “[...] nada é afirmado ou defendido por apelo à autoridade de qualquer pessoa ou órgão” e seus argumentos “sustentam-se ou sucumbem por sua própria razoabilidade” ou por algum outro modo, que não a autoridade (Finnis, 2011, p. vi, tradução nossa).

O centro gravitacional da doutrina finnisiana está em NLNR. E, nas palavras do próprio autor, como visto acima, NLNR “é um livro sobre lei natural”. Convém, portanto, melhor precisar o que significa ‘lei natural’.

2.1.4 Lei Natural (Direito Natural)

O significado da expressão *lei natural* (ou *direito natural*) – traduzida do inglês *natural law*¹⁰ – foi explicado com bastante clareza por Finnis em artigo publicado no ano 2002, intitulado *Natural Law: The Classical Tradition*, que compôs, como primeiro capítulo,

10 Nesta dissertação, optou-se por traduzir *natural law* como *lei natural*, em detrimento de *direito natural*. Empregar a palavra ‘direito’ em referência aos preceitos normativos da razão natural – conjunto de princípios de razoabilidade prática, objeto da ética ou da filosofia prática em geral (capítulos III a V de NLNR) – eleva os riscos de confusão terminológica, tanto em relação ao ‘direito natural’ em sentido subjetivo – *ius; right* (capítulo VIII de NLNR), como em relação ao ‘direito positivo’ (sistema jurídico), em sentido objetivo – *lex; law* (capítulo X de NLNR). Esse último, objeto da teoria geral do direito (*Jurisprudence*), é um dos focos principais deste trabalho e, conforme reconhecido pelo próprio Finnis (2011, p. 280-281), não dispõe de sinônimos à altura. A mesma tradução (*lei natural*) também gozou de preferência na edição brasileira de NLNR, lançada em 2006 pela Editora Unisinos com o título *Lei Natural e Direitos Naturais* (trad. Leila Mendes). Ademais, a expressão *lei natural* está consagrada nas versões em português do *Tratado sobre a Lei*, da Suma Teológica, de Tomás de Aquino – grande expoente da tradição jusnaturalista (Morris, 2015, p. 50-72).

o Manual de Oxford de Teoria e Filosofia do Direito, editado por Jules Coleman e Scott Shapiro (Finnis, 2002).

Extraí-se dali que o termo *lei* (ou *direito*) – *law* – remete-nos à ideia de normatividade: obrigação ou, mais amplamente, orientações gerais a serem consideradas nas deliberações sobre o que fazer; qualquer critério de julgamento correto em matéria prática (conduta, ação) ou quaisquer padrões (princípios, regras, normas) para avaliação das condutas humanas como boas ou más, certas ou erradas, desejáveis ou indesejáveis, decentes ou indignas (Finnis, 2002, p. 1).

A seu turno, a palavra *natural* quer dizer que alguns daqueles critérios ou padrões são de alguma maneira normativos antes de quaisquer escolhas humanas. Eles não constituem produto de escolha ou positivação por indivíduos ou grupos e, conquanto suscetíveis de violação ou desprezo, são vinculantes e não podem ser repelidos. Reconhecer tais padrões nas deliberações práticas faz parte daquilo que é ser razoável, racional; pessoas e culturas que falham em reconhecê-los são, nesse aspecto, irrazoáveis, irracionais. Irracionalidade é uma maneira de ser menos do que a pessoa humana pode ser plenamente. Quando uma comunidade e seus membros desrespeitam aquelas normas e padrões – e, assim, não atingem suas capacidades, não florescem –, depara-se com uma condição que é “[...] antinatural *porque* irrazoável, e irrazoável *porque* negligente com o bem das pessoas, o bem que é o objeto dos padrões de razão prática” (Finnis, 2002, p. 1-2, tradução nossa).

Platão foi o primeiro a articular filosoficamente a tese de que, a despeito da variedade de opiniões e práticas, existem de fato alguns padrões verdadeiros e válidos de conduta correta. E o uso, por ele, das palavras ‘natureza’ e ‘natural’ não derivou do mero acaso: resultou, antes, de seu embate com os cétricos, os quais argumentavam que “[...] por natureza, naturalmente, os fortes e egoístas prevalecem sobre aqueles que são fracos ou se enfraquecem por cuidar de outras pessoas, por promessas ou por suas outras responsabilidades” (Finnis, 2002, p. 3, tradução nossa). Ainda conforme Finnis (2002, p. 3), Platão, em resposta, aduziu que tentar viver ‘naturalmente’ ou ‘de acordo com a lei da natureza’ através da busca implacável de satisfação do desejo por poder ou outros interesses é estupidificante, incoerente e irrazoável; por natureza, os desejos precisam ser governados e moderados pelos padrões da razão. E tais padrões se estendem das mentes individuais para a comunidade. Assim,

A natureza da comunidade política é a natureza de um indivíduo humano ‘em larga escala’ – e vice-versa. Os padrões pelos quais julgamos o tirano lascivo um mau ser humano (assim como, por isso, perverso) são *direito natural*, *lei natural*. A ‘lei da natureza’ dos cétricos, apesar das aparências (o glamour do mal) é antinatural porque irrazoável. Esse é o tema de *Górgias*, *A República*, *As Leis* e outras obras de Platão. (Finnis, 2002, p. 3, tradução nossa).

Em ensaio anterior – *Natural Law and the Ethics of Discourse*, escrito em 1999 –, Finnis, analisando os diálogos socráticos e platônicos, anotara que o propósito de Cálicles (depois secundado por Nietzsche) de considerar natural (e, portanto, digna de escolha, por natureza) a regra do mais forte na busca impiedosa pelos seus desejos “[...] termina em incoerência e autorefuturação. Os fracos, em conjunto, são naturalmente mais fortes que o forte e o sujeitam à sua lei e sabedoria convencional de justiça baseada na igualdade” (Finnis, 2013a, p. 49-50, tradução nossa). De todo modo, sua força natural, por si só, não os autorizaria a criar normas, dado o caráter reconhecidamente falacioso, pela conhecida Lei de Hume (Hume, 2009, p. 509), de se inferir, apenas do *ser*, um *dever ser*.

O que está sendo exposto até aqui, vale observar, corrobora as considerações que já haviam sido lançadas no tópico 2.1.2, *supra*, a propósito dos amplos contornos que definem os domínios da *lei natural* – ou *direito natural*: os padrões de comportamento por ela ditados abrangem o *direito* e a *política*, mas não se limitam às suas fronteiras, compondo uma base *ética* que alcança todo o campo da racionalidade prática.

Explica Finnis que a filosofia do direito e a filosofia política são partes de um empreendimento mais amplo – o qual Aristóteles denominou ‘filosofia das questões humanas’ e que, como enfatiza Tomás de Aquino, concerne às implicações de uma característica da realidade humana que é a *liberdade de escolha* (Finnis, 2002, p. 18-19). Aristóteles chamou de *ética* a análise crítica reflexiva das boas razões que temos para respeitar e promover o bem-estar não apenas de nós mesmos, mas dos membros de nossa família, vizinhos e sócios. O foco encontra-se na autodeterminação, nas virtudes e vícios do indivíduo. Quando o estudo de alguns conceitos éticos se alarga para certas relações entre associações interpessoais, está-se no campo da *economia*. Mas raciocinar sobre o que fazer também inclui problemas de justiça entre partes contratantes, ofensor e ofendido, proprietário e invasor, entre outros, além de problemas semelhantes de coordenação da ação que reclamam a instituição e manutenção de uma abrangente associação do tipo que chamamos de comunidade política ou estado. Aqui, a filosofia ética, sem mudança essencial em seu método e propósito normativo, estende-se para a filosofia *política*. E essa deve incluir uma teoria do *direito* quando aqueles problemas de administração da justiça e coordenação (em questões de defesa e econômicas, por exemplo) não puderem ser razoavelmente solucionados sem a introdução e manutenção de novas normas de conduta e novos procedimentos para impor/aplicar as exigências perenes da moral. Assim, “[...] na medida em que isso é uma questão de reconhecer genuínas boas razões para a

ação, a filosofia política e do direito somente pode ser normativa como a própria ética, da qual é uma extensão especializada” (Finnis, 2002, p. 19, tradução nossa).

Tal como antecipado (item 2.1.1), em NLNR Finnis define a lei natural (*natural law*) como sendo (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indicam as formas básicas de florescimento humano como bens a serem perseguidos e realizados, os quais, de uma maneira ou de outra, são utilizados por qualquer pessoa que considera o que fazer, por mais inconsistentes que sejam suas conclusões; (ii) um conjunto de exigências metodológicas básicas de razoabilidade prática que distinguem o pensamento prático consistente do inconsistente, fornecendo critério para diferenciar atos razoáveis e não razoáveis consideradas todas as coisas e; (iii) um conjunto de padrões morais gerais (Finnis, 2011, p. 23).

Finnis então adverte que esses princípios que compõem a lei natural – (i), (ii) e (iii) – são traçados não somente na filosofia moral ou ética e na conduta ‘individual’, mas também na filosofia política e na teoria do direito, na ação política, nas decisões judiciais e na vida do cidadão, pois tais princípios justificam o exercício da autoridade na comunidade. Enuncia-se, logo, a articulação de tais preceitos de direito natural com as ideias de Estado de Direito, direitos humanos, justiça e bem comum, apontando-se o fundamento para a normatividade das leis positivas e para a afirmação do caráter defeituoso, enquanto direito, das leis injustas:

(...) aqueles princípios justificam o exercício da autoridade na comunidade. Eles exigem, também, que a autoridade seja exercida, na maioria das circunstâncias, pelo modo convenientemente rotulado de Estado de Direito, e com o devido respeito aos direitos humanos que corporificam as exigências de justiça, e para o propósito de promover um bem comum do qual o respeito a tais direitos é um componente. Mais especificamente, os princípios da lei natural explicam a força obrigatória (no sentido mais completo de ‘obrigação’) das leis positivas, mesmo quando elas não podem ser deduzidas de tais princípios. E a atenção a tais princípios, no contexto dessas explicações sobre direito e obrigação jurídica, justifica considerar certas leis positivas como radicalmente defeituosas, precisamente enquanto leis, por falta de conformidade com aqueles princípios. (Finnis, 2011, p. 23-24, tradução nossa).

Dessa feita, posto que a *lei natural – direito natural (natural law)* – corresponde a um conjunto de princípios de razoabilidade prática que ordena a vida e a comunidade humanas, ela não se confunde com aquela acepção de *direito (law)* mais restrita, dotada de caráter institucional, que constitui objeto específico próprio da teoria/filosofia do direito (*jurisprudence*) e que será examinada, no contexto da teoria finnisiana, na subseção 2.3.3 desta dissertação. Aliás, para se evitar essa confusão terminológica, outras expressões poderiam ter sido perfeitamente utilizadas, pelos pensadores mais antigos da tradição, no lugar de *natural law*, tais como *natural right*, moralidade intrínseca, razão natural, reta razão na ação etc. (Finnis, 2011, p. 280-281).

Daí a relevância, nos debates e abordagens sobre direito natural (*natural law*), de se esclarecer com precisão o sentido no qual se está empregando a locução, tal como já enfatizado alhures (item 2.1.2), quando da referência a Mark Murphy, que diferenciou (i) direito natural da racionalidade prática, (ii) direito natural da filosofia política e (iii) direito natural da teoria do direito (Marcondes; Struchiner, 2015, p. 125).

Finnis teve esse cuidado em NLNR, especificando quando a expressão *natural law* (lei natural, direito natural) referia-se aos ‘fundamentos racionais para os juízos morais’ e, diferentemente, quando correspondia à ‘compreensão mais restrita e jurídica’ (Finnis, 2011, p. 25-26).

No posfácio, acrescido à segunda edição (2011), Finnis assinala que escrevera NLNR plenamente consciente de que o rótulo ‘teoria da lei natural’ era duplamente inconveniente. Em primeiro lugar, porque se trata de uma teoria sobre, entre outras coisas, direito positivo, sendo que as teorias não-positivistas têm uma compreensão histórica anterior e fornecem explicações sólidas, senão superiores, às dos próprios autodenominados ‘positivistas’. Em segundo, a teoria da lei natural, “[...] enquanto uma teoria de ética (ou moralidade) e de comunidades políticas e instituições, compreende-se não como uma ideologia ou teoria historicamente condicionada precisando de um nome, mas sendo, apenas, ética e filosofia política feitas adequadamente.” (Finnis, 2011, p. 437, tradução nossa).

Para Finnis,

Uma teoria da lei natural consistente é aquela que cuidadosamente identifica princípios verdadeiros de razão prática e razoabilidade prática e vindica sua verdade e a interrelação de uns com os outros e com o restante do conhecimento humano e as realidades que se tornaram conhecidas no corpo do conhecimento humano. (Finnis, 2011, p. 437, tradução nossa).

2.1.5 Estruturação de NLNR

O livro *Natural Law and Natural Rights – Lei Natural e Direitos Naturais* (NLNR) é composto de 13 (treze) capítulos, organizados em 03 (três) partes.

A primeira parte, que contém dois capítulos e se reveste de especial importância para a teoria do direito, dedica-se a (i) abordar relevantes questões metodológicas e (ii) desfazer a imagem caricatural distorcida do direito natural no meio jurídico, impugnando objeções e trazendo esclarecimentos. Diferentemente, a terceira parte, que versa sobre questões mais fundamentais acerca da existência humana e a participação das criaturas racionais no

chamado ‘jogo de Deus’, possui um único capítulo (xiii), o qual não guarda pertinência com a filosofia do direito, como reconhecido pelo próprio autor (2011, p. v).

O cerne da obra, conforme Finnis (2011, v), é a sua segunda parte, que reúne 10 (dez) capítulos, cujos títulos, a seguir reproduzidos, prenunciam os respectivos conteúdos: (iii) Uma Forma Básica de Bem: Conhecimento; (iv) Os Outros Valores Básicos; (v) As Exigências Básicas de Razoabilidade Prática; (vi) Comunidade, Comunidades e Bem Comum; (vii) Justiça; (viii) Direitos; (ix) Autoridade; (x) Direito; (xi) Obrigação; (xii) Leis Injustas.

Quanto ao posfácio, incluído na segunda edição (2011), inicia-se com algumas observações gerais identificadas sob a inscrição “Visão Geral” (*Overview*), seguidas de emendas ou acréscimos ao texto original, relativamente a todos os capítulos do livro, seção por seção.

2.2 Ética e Política

2.2.1 Bens Básicos e Primeiros Princípios de Razão Prática

Os capítulos (iii) e (iv) de NLNR tratam especificamente dos bens (ou valores) humanos básicos e dos primeiros princípios de razão prática, ou seja, os preceitos primários da lei natural.

Extraí-se dali que existem *valores básicos* ou, o que dá no mesmo, *bens básicos*. Cuida-se de *formas básicas de bem*, aspectos do florescimento humano, os quais são inteligíveis e igualmente autoevidentes, irredutíveis e fundamentais. *Bem*, aqui, deve ser entendido não como “[...] algum objetivo particular ou meta que alguém esteja considerando desejável”, mas sim como “[...] uma forma geral de bem da qual se pode participar ou realizar de indefinidamente muitas maneiras” (Finnis, 2011, p. 61, tradução nossa).

E como Finnis fez questão de depois explicitar no posfácio da segunda edição de NLNR, “[...] os valores básicos *são* as *razões* básicas para a ação” (Finnis, 2011, p. 443, tradução nossa).

O *conhecimento* é um exemplo de *valor* ou *bem básico*. Ele consiste em um bem intrínseco, desejável por si mesmo – e não apenas como mera utilidade para atingir outro objetivo. Dessa maneira, a referência à busca por conhecimento torna *inteligível* qualquer instância particular da atividade humana e compromisso envolvido com tal busca (Finnis, 2011, p. 59-62).

Nossa compreensão sobre o valor (no caso, do conhecimento) dá azo à formulação de *princípios práticos* como, por exemplo, ‘conhecimento é algo bom de se ter’, ‘estar bem-informado e lúcido é uma boa maneira de ser’, ‘confusão e ignorância devem ser evitadas’. Eles são o ponto de partida (*principium*) para raciocinar sobre o que fazer, figurando como primeiras premissas no raciocínio prático. Por isso, são chamados de *princípios práticos básicos* ou *primeiros princípios e preceitos mais gerais da lei natural* (Finnis, 2011, p. 63, 94 e 97). Na exata dicção do autor,

[...] os princípios práticos que impõem a participação naquelas formas básicas de bem, através de decisões práticas inteligentes e ações livres que constituem a pessoa que se é e se deve ser, foram chamados na tradição filosófica ocidental de primeiros princípios da lei natural, porque eles estabelecem para nós os contornos de tudo o que alguém poderia razoavelmente querer fazer, ter e ser. (Finnis, 2011, p. 97, tradução nossa).

Esses princípios práticos básicos “[...] identificam os valores básicos como *bens e a serem perseguidos* (dignos de perseguição) – ou seja, eles são princípios normativos os quais, ao nos informar, dirigem-nos” (Finnis, 2011, p. 442, tradução nossa). Trata-se de preceitos não derivados: sua inteligibilidade e força não se apoiam em nenhum outro princípio. Se nos atentarmos cuidadosa e honestamente para as capacidades humanas, podemos entender, sem raciocinar a partir de nenhum outro juízo, que a realização de tais capacidades é, como tal, um bem, desejável por qualquer pessoa humana; e tal compreensão prescinde de qualquer outra justificação (Finnis, 2011, p. 69 e 73).

Mister pontuar que tais princípios básicos de razão prática são, em um certo sentido, ‘pré-morais’. Embora eles se façam presentes nos juízos morais, somente se revestem da força ou normatividade moral quando modulados e regulados pelas exigências de razoabilidade prática, a serem examinados no tópico 2.2.2, *infra* (Finnis, 2011, p. 59 e 442-443). De fato, conforme bem ilustram os exemplos dados por Robert George (2015, p. 2), os primeiros princípios de razão prática – e os bens humanos básicos a que se referem – guiam e orientam *todo* pensamento prático coerente, de maneira que seu resultado pode ser tanto uma ação moralmente correta – como visitar um colega doente no hospital simplesmente por ato de amizade –, quanto incorreta – como dizer uma mentira para proteger a reputação de um amigo que tenha feito algo infame.

Ainda na parte um de NLNR, em seção dedicada a rechaçar a falsa acusação de que os teóricos do direito jusnaturalistas (clássicos) derivariam normas éticas (*dever ser*) de fatos (*ser*), Finnis já havia sublinhado que os primeiros princípios da lei natural, que especificam as formas básicas de bem e mal e que podem ser compreendidos “[...] por qualquer um na idade

da razão (e não apenas por metafísicos), são *per se nota* (autoevidentes) e indemonstráveis” (Finnis, 2011, p. 33, tradução nossa). Eles não são inferidos de princípios especulativos, de fatos, de proposições metafísicas sobre a natureza humana, a natureza do bem e do mal ou a função do ser humano, tampouco de uma concepção teleológica ou qualquer outra de natureza: “Eles não são inferidos ou derivados de nada” (Finnis, 2011, p. 33-34, tradução nossa). Os primeiros princípios de razão prática “[...] não fazem nenhuma referência à natureza humana, mas somente ao bem humano. De ponta a ponta de seus discursos éticos, as categorias primárias para Tomás de Aquino são o ‘bem’ e o ‘razoável’” (Finnis, 2011, p. 36, tradução nossa).

Na obra *Aquinas*, Finnis aborda a discussão de Tomás de Aquino sobre os primeiros princípios de razão prática, que concernem às razões básicas para a ação, vale dizer, as espécies de fins e bens que não constituem meios e nem derivam de outros fins ou bens (Finnis, 1998, p. 79-89). O tratamento mais completo acerca da matéria por Tomás de Aquino consta do seu Tratado sobre a Lei, na Suma Teológica (*Summa Theologiae*), onde se pergunta se a lei natural (*lex naturalis*) contém um ou muitos preceitos. Sua resposta foi a de que “[...] existem muitos preceitos de lei natural, todos eles unificados, entretanto, por sua relação com um absolutamente (i.e., não qualificadamente) preceito primeiro, o qual é sua raiz comum: o preceito de que ‘o bem deve ser praticado e buscado, e o mal, evitado’” (Finnis, 1998, p. 80, tradução nossa).

Com efeito, indo diretamente à fonte, colhe-se a seguinte lição de Tomás de Aquino, comparando o primeiro princípio da razão teórica (‘especulativa’) com o primeiro princípio da razão prática (lei natural), ambos autoevidentes e indemonstráveis:

[...] os preceitos da lei natural são para a razão prática o que são os primeiros princípios de demonstração para a razão especulativa: ambos são princípios evidentes por si mesmos. [...] Ora, deve haver certa ordem nas coisas universalmente apreendidas. Porque aquilo que é primariamente submetido à apreensão é ente, cuja intelecção está incluída em todas as coisas que o homem apreende. Por conseguinte, o primeiro princípio indemonstrável é que a mesma coisa não pode ser afirmada e negada ao mesmo tempo, princípio que se baseia nas noções de ser e não ser, e no qual todos os outros se baseiam [...]. Ora, assim como o ser é a primeira coisa que é submetida à apreensão simplesmente, o bem é a primeira coisa que é submetida à apreensão da razão prática, dirigida para a ação; pois todo agente age para um fim, que tem aspecto de bem. Como consequência, o primeiro princípio da razão prática é aquele baseado na ideia de bem, a saber, que bem é aquilo que todas as coisas procuram obter. Por isso, este é o primeiro preceito da lei: o bem deve ser praticado e procurado, e o mal, evitado. Todos os outros preceitos da lei natural estão baseados neste [...].” (Morris, 2015, p. 60).

Para Tomás de Aquino, os bens humanos (*bona humana*) para os quais nos direcionam os primeiros princípios de razão prática, preceitos primários da lei natural, precisamente

porque constituem o objeto de tais princípios não derivados, devem ser os bens humanos primários ou básicos. E considerando que ‘bem’ e ‘fim’ são interdefiníveis, eles são igualmente os nossos fins básicos (Finnis, 1998, p. 80).

Uma característica dos bens ou valores básicos é a sua *autoevidência*. O bem do conhecimento, assim, é autoevidente, óbvio: não pode – e nem precisa – ser demonstrado. Isso não significa dizer que todas as pessoas, efetivamente, reconhecem o valor do conhecimento; o princípio prático correspondente não é inato e inscrito na mente quando do nascimento. Ao revés, o valor do conhecimento e da verdade somente se torna óbvio para quem experimentou a necessidade de perguntar, apreendeu a relação entre pergunta e resposta, compreendeu que o conhecimento é constituído por respostas corretas a questões particulares e está ciente das vantagens de respostas corretas a novas perguntas. E os valores não podem ser inferidos ou deduzidos de um fato ou conjunto de fatos, de modo que a circunstância factual de todas ou algumas pessoas terem ou não o desejo de conhecer não é base para se afirmar ou negar o conhecimento como um bem (Finnis, 2011, p. 64-66). Algo não é bom porque – ou na medida em que – eu o desejo, mas eu o desejo porque e na medida em que é bom. Universalmente, goste-se ou não, o conhecimento é melhor que a ignorância; pessoas bem-informadas estão melhores que as pessoas confusas, iludidas e ignorantes. Há, assim, uma objetividade nesse juízo (Finnis, 2011, p. 70-73).

Um equívoco comum dos filósofos, segundo Finnis, é acreditar que “[...] o critério de verdade do princípio, proposição ou fato pretensamente autoevidente é o *sentimento de certeza* sobre ele”; mas os princípios básicos de razão prática ora examinados “[...] não são validados por sentimentos. Ao contrário, eles próprios são os critérios pelos quais discriminamos entre sentimentos e descartamos alguns de nossos sentimentos” (Finnis, 2011, p. 69, tradução nossa).

Finnis destaca que o apelo à autoevidência está presente, sem maiores contestações, em vários princípios de *racionalidade teórica*, os quais, embora não possam ser verificados e demonstrados, são validamente pressupostos ou implantados. Eles são objetivos e óbvios para qualquer um com experiência em investigação sobre matérias de fato ou juízos teóricos; negá-los é tão claramente irrazoável quanto qualquer outra coisa pode ser; sua validade não é uma questão de convenção, nem de propósitos individuais. Entre outros, citam-se, a título de exemplos, os seguintes postulados de razão teórica, autoevidentes no mesmo sentido dos primeiros princípios de razão prática: princípios de lógica – como as formas de inferência dedutiva – devem ser usados e respeitados em todo pensamento; teses contraditórias/autodestrutivas devem ser abandonadas; fenômenos devem ser considerados

reais, salvo se houver razão para distinguir aparência de realidade; um método de interpretação bem sucedido deve ser invocado em novos casos similares até que apareça uma razão contrária; explicações teóricas simples, bem sucedidas e com alto poder explicativo devem prevalecer sobre outras (Finnis, 2011, p. 67-69).

A tarefa de se investigar quais exatamente são os valores ou bens básicos é reconhecidamente complexa. Entre outras hipóteses, pode haver reduções arbitrárias ou implausíveis de muitos valores básicos a apenas um ou alguns, listas incoerentes porque produzidas a partir de critérios diferentes e análises sucintas com uso de ‘etc’. Deve-se procurar distinguir os valores dos impulsos, inclinações, tendências e outros fatos brutos, bem como das condições materiais para sua busca e também dos objetivos particulares. Identificar as formas básicas do bem humano passa por fazer uma reflexão prática, em que “[...] cada um de nós [...] está sozinho com sua própria compreensão inteligente dos primeiros princípios indemonstráveis (porque autoevidentes) de seu próprio raciocínio prático” (Finnis, 2011, p. 85, tradução nossa).

Em NLNR, sugere-se haver 07 (sete) bens básicos (Finnis, 2011, p. 86-90): (i) a *vida*, correspondente ao impulso da autopreservação, que abrange todo aspecto da vitalidade que permite ao ser humano estar em boa forma para a autodeterminação, incluindo saúde corporal e mental; (ii) o já mencionado *conhecimento*, correspondente ao interesse da curiosidade; (iii) o *jogo* – ou diversão (*play*), elemento na cultura humana em que o engajamento na sua execução não tem nenhum propósito para além da própria performance em si; (iv) a *experiência estética*, podendo a beleza ser encontrada tanto em um jogo (dança, esporte ou música) ou obra, como na própria natureza; (v) a *sociabilidade (amizade)*, que assume desde formas mais fracas, quando há um mínimo de paz e harmonia entre pessoas, até a amizade completa; (vi) a *razoabilidade prática*, que é a capacidade de usar a própria inteligência para lidar eficazmente com os problemas, de escolher as suas ações e estilo de vida e de moldar o próprio caráter, sendo um valor complexo que inclui liberdade (elemento negativo) e razão (elemento positivo), assim como integridade (aspecto interno) e autenticidade (aspecto externo); (vii) ‘*religião*’, concernente às relações com o divino, uma ordem duradoura e universal das coisas além dos humanos.

Rememoremos, entretanto, que a perquirição das formas básicas do bem humano não constitui missão simples; ela nos remete a uma profunda reflexão prática. Assim, nas palavras de Finnis, “Não há mágica no número sete, e outros autores que refletiram sobre a matéria produziram listas ligeiramente diferentes [...]. Não há necessidade de que o leitor aceite a presente lista, exatamente como está, menos ainda sua nomenclatura [...]” (Finnis, 2011, p. 92,

tradução nossa). Aliás, o próprio Finnis revisitou sua lista em artigos ulteriores (Finnis, 2011, p. 448; 2013a, p. 213 e 244). A última, por exemplo, foi composta de (i) *conhecimento*, (ii) *performance hábil no trabalho e jogo*, (iii) *vida corporal*, (iv) *amizade*, (v) *casamento*, (vi) *razoabilidade prática* e (vii) *harmonia com a última fonte de toda realidade* (Finnis, 2013a, p. 244).

Cada um desses valores é uma forma autoevidente de bem, igualmente fundamental e que não pode ser analiticamente reduzido a um mero aspecto do outro. A vida é o mais necessário, como condição para os demais. Mas não existe uma hierarquia única e objetiva entre eles. Cada um de nós pode razoavelmente *escolher* tratar um ou alguns dos valores como de maior importância em *sua própria* vida (Finnis, 2011, p. 92, 93 e 450).

Importante a esta altura já constatar, mediante trivial comparação, como as proposições finnisianas aqui detalhadas, por ora ainda no domínio exclusivo da ética ou racionalidade prática em geral, ajustam-se perfeitamente àquela visão panorâmica da teoria neoclássica da lei natural delineada por Jonathan Crowe, objeto do tópico 2.1.2, *supra*. Precisamente no que toca à ideia jusnaturalista nuclear da pluralidade dos bens básicos, em oposição ao monismo, Finnis, socorrendo-se a uma famosa passagem da obra de Robert Nozick, refuta “o erro tipicamente moderno de tentar encontrar uma forma de bem-estar humano ainda mais básico e importante para o homem que qualquer dos sete valores básicos”, seja alguma forma de experiência, como ‘prazer’, ‘paz de espírito’ ou ‘liberdade’, seja um conjunto de experiências, como ‘felicidade’ ou ‘beatitude’ (Finnis, 2011, p. 95-56). Como argumentado por Nozick, queremos efetivamente *fazer* coisas, *ser* dado tipo de pessoa e *viver* no mundo real – e não simplesmente experimentar as sensações equivalentes, mediante estímulos cerebrais (Nozick, 1991, p. 58-60).

Aproximamo-nos, finalmente, do término deste tópico. A exposição acima sobre os bens e os princípios práticos básicos na teoria ética finnisiana parece suficiente para os fins deste trabalho, exceto quanto a um último ponto, abordado a seguir.

No texto de introdução do volume I de sua coletânea de ensaios – *Reason in Action*, Finnis (2013a, p.15) enfatizou a consistência do axioma epistemológico aristotélico segundo o qual se conhece a *natureza* de algo quando se conhecem suas *capacidades/potencialidades*, as quais, por sua vez, são conhecidas quando se conhecem suas *realizações*, sendo que essas *atividades/ações* podem ser compreendidas somente se se conhecem seus *objetos* (Finnis, 2013a, p. 5).

Conforme visto acima, os *objetos* das ações humanas consistem nos *bens básicos* inteligíveis, identificados/selecionados pelos *primeiros princípios de razão prática*, que nos orientam a promovê-los e respeitá-los. Segundo Finnis,

Esses bens, quando realizados através de ações escolhidas livremente em circunstâncias propícias, irão fazer o florescimento dos seres humanos e suas comunidades. Tal florescimento é a manifestação das capacidades humanas no seu máximo. É o desdobramento e a revelação bastante completos da natureza humana. Por óbvio, nós só podemos florescer porque temos a capacidade para fazê-lo – porque temos a natureza que temos, antes de quaisquer escolhas que possamos fazer. Mas nenhum de nós sabe, adequadamente, o que é o florescimento humano e quais são seus bens componentes, conhecendo primeiramente aquela natureza. Na ordem para se conhecer (ordem epistemológica), o conhecimento dos bens – como inteligíveis, desejáveis, dignos de perseguição – vem antes do conhecimento de nossa natureza enquanto tal (Finnis, 2013a, p. 5, tradução nossa).

Essa questão epistemológica da precedência do conhecimento sobre os bens humanos básicos inteligíveis – objeto das nossas ações – em relação ao conhecimento sobre a natureza humana foi também destacada no pós-fácio de NLNR. Grifou-se, ali, que “O adequado conhecimento da natureza humana não é a fonte da nossa compreensão sobre os fins, bens ou florescimento humanos”; ao contrário, ele resulta, conforme o axioma aristotélico e tomista, “[...] da nossa compreensão dos objetos inteligíveis da vontade e ação humanas, objetos que são os bens inteligíveis (chamados de ‘valores’ neste livro)” (Finnis, 2011, p. 416, tradução nossa).

Ora, sendo tais *bens* intrínsecos as *razões* básicas que nós temos para a ação, nada na teoria moral, política ou jurídica é bem compreendido sem que se atente para eles, como apontou Finnis em outro ensaio (2002, p. 08). E é justamente aqui que se encontra a ruptura entre as teorias do direito natural *clássicas* e as *modernas*, pois as últimas negam “[...] os primeiros princípios substantivos – razões básicas para a ação – que nos direcionam para a vida corporal e saúde, casamento, amizade, conhecimento [...] como bens humanos intrínsecos que nos fornecem razões (motivos inteligentes e não apenas passionais) para a ação” (Finnis, 2002, p. 07, tradução nossa). Os jusnaturalistas modernos Samuel Pufendorf e John Locke, seguindo Thomas Hobbes, definiram obrigação e direito como questões de superior *vontade*, assim claramente derivando o *dever ser* de um *ser*. Já Kant, secundando uma explicação alternativa àquela de Hobbes e tentando fugir da violação à Lei de Hume, esforçou-para explicar a normatividade da moral com base, em última instância, na necessidade lógica da não-contradição, carecendo sua teoria, assim, de um conceito de razão substantiva para a ação (Finnis, 2002, p. 5-8).

2.2.2 Exigências de Razoabilidade Prática

No tópico precedente foram examinados os primeiros princípios da lei natural, que identificam os valores ou bens humanos básicos e nos direcionam a eles. Ocorre que, além de haver mais de uma forma básica de bem – Finnis, como visto, apontou sete –, existem inúmeras maneiras e variedades de combinações possíveis para promoção e participação em qualquer desses valores. Abre-se um amplo horizonte de alternativas atraentes, mutuamente excludentes, o que nos impõe fazer escolhas, já que a vida é única e curta. Emerge, assim, o problema da decisão inteligente: o que deve – e o que não deve – ser feito?

A resposta a essa indagação é orientada pelas *exigências básicas de razoabilidade prática*, que são exigências de *método* no raciocínio prático e que também constituem preceitos da lei natural. Elas são tratadas no capítulo (v) de NLNR (Finnis, 2011, p. 100-129).

Conforme mais bem esclarecido por Finnis no livro *Fundamentals of Ethics*, essas exigências de razoabilidade prática são os *princípios intermediários*, que fazem a ponte do *bem* para o *certo*, vale dizer, a transição dos juízos sobre os bens humanos para os juízos sobre a coisa certa a fazer aqui e agora (Finnis, 1983, p. 70)

Importante também notar que, como visto, a *razoabilidade prática* consiste em *um dos bens ou valores básicos* (Finnis, 2011, p. 88-89). Ela “[...] é um aspecto básico do bem-estar humano e também *concerne* à participação em todos os (outros) aspectos básicos do bem-estar humano” (Finnis, 2011, p. 102-103, tradução nossa).

Finnis arrola 09 (nove) exigências de razoabilidade prática: (i) ter um plano de vida coerente; (ii) não fazer escolhas arbitrárias entre os bens humanos básicos e (iii) nem entre pessoas; (iv) ser equilibrado, ante as circunstâncias de mudança ao longo da vida, tanto no desapego como (v) no compromisso com os projetos; (vi) ser eficiente; (vii) respeitar os bens humanos básicos em cada ato; (viii) favorecer e promover o bem comum das próprias comunidades (exigências da justiça) e; (ix) seguir a própria consciência.

Tais ditames metodológicos, associados aos primeiros princípios da lei natural, constituem a estrutura profunda do pensamento prático, que dá sustentação à linguagem e aos juízos morais (Finnis, 2011, p. 126-127).

Como depois admitido no posfácio, NLNR se omitira em explicitar a fonte normativa que confere unidade e inteligibilidade a essas nove exigências metodológicas: o *princípio mestre da moralidade*, de acordo com o qual “todas as escolhas e outros tipos de vontade devem estar *abertos* ao integral florescimento humano” (Finnis, 2011, p. 419-420 e 450-452).

A lacuna havia sido colmatada em artigo com o título original *Natural Law and Legal Reasoning*, de 1992, onde Finnis definiu o princípio fundamental do pensamento moral:

[...] O princípio fundamental do pensamento moral é simplesmente a exigência de ser completamente racional: na medida em que esteja sob seu poder, não permita que nada além das razões básicas para a ação molde seu pensamento prático quando você encontrar, desenvolver e usar suas oportunidades na busca do florescimento humano através das ações escolhidas. Seja inteiramente razoável. (...) E a razão não defletida e a vontade moralmente boa são guiadas pelo primeiro princípio moral: que se deve escolher (e querer) aquelas e somente aquelas possibilidades cujo querer seja compatível com uma vontade dirigida ao florescimento de todas as pessoas humanas em todos os bens básicos, dirigida ao ideal do florescimento humano integral. (Finnis, 2013a, p. 215, tradução nossa).

Ainda assim, o segmento acima reproduzido não acentuou uma premissa chave, qual seja: os valores básicos consistem em bens não apenas para *mim*, mas para *toda e qualquer pessoa humana* (Finnis, 2011, p. 451-452). Esse importante aspecto foi enfim explicitado em *Aquinas*. Para Tomás de Aquino, seguido por Finnis, é um equívoco elaborar teorias éticas e políticas partindo da prudência egoística e construindo, em seguida, uma ponte para justificar racionalmente a moralidade (dando peso aos interesses alheios contra os meus próprios interesses, reconhecendo alguns deveres morais para com os outros). Isto, porque “[...] as únicas *razões* que temos para a escolha e a ação são as razões básicas, os bens e fins para os quais os primeiros princípios práticos nos direcionam. Aqueles bens são bens *humanos*; os princípios não contêm nomes próprios, restrições tais como ‘para mim’” (Finnis, 1998, p. 111, tradução nossa).

Não cabe aqui examinar, individualizadamente, cada uma das nove exigências de razoabilidade prática acima apontadas. Os propósitos e contornos específicos desta dissertação, que explora o tema da normatividade do direito, justificam maior foco apenas no oitavo princípio metodológico, que preconiza favorecer e promover o *bem comum* das comunidades. A matéria, direta ou indiretamente, será abordada em seções vindouras, a começar pela próxima (2.2.3).

No tocante às demais exigências metodológicas, apenas três derradeiras observações, mais relevantes, mostram-se dignas de registro ainda neste tópico, antes de seu fechamento.

A primeira delas concerne aos ditames de (ii) não fazer escolhas arbitrárias entre os bens humanos básicos e (iii) nem entre pessoas. No ponto, Finnis critica a ‘teoria fraca do bem’ de John Rawls, afirmando que ela viola a exigência (ii) ao preconizar arbitrariamente – à falta de razão adequada – que somente alguns bens básicos sejam tratados como tais (liberdade, oportunidade, saúde e autorespeito); nega-se, assim, o valor intrínseco de outras formas de bem como, por exemplo, a verdade, o jogo e a amizade (Finnis, 2011, p. 105-106).

O dispositivo heurístico do ‘véu da ignorância’ na ‘posição original’, utilizado por Rawls para identificação dos princípios de justiça (Rawls, 2008, p.165-173), possui alguma utilidade para quem está preocupado com a exigência (iii); entretanto, não considera a exigência (ii). Afinal, do fato de um princípio escolhido na posição original ser imparcial e justo entre indivíduos não se segue que um princípio que *não* seria escolhido na posição original deva ser injusto ou um princípio de justiça inadequado no mundo real (Finnis, 2011, p. 108-109).

Uma segunda consideração refere-se ao princípio (vi) da eficiência. Pondera-se que essa exigência metodológica de razoabilidade prática, conquanto importante, é apenas uma entre todas as demais. Assim, “[...] sua esfera de aplicação adequada tem limites, e toda tentativa de torná-la o princípio exclusivo, supremo ou mesmo central do pensamento prático é irracional e, portanto, imoral” (Finnis, 2011, p. 112 e 118, tradução nossa). Em perfeito compasso com aqueles traços gerais da teoria neoclássica da lei natural já delineados no item 2.1.2, *supra*, Finnis tece contundentes críticas ao utilitarismo e às doutrinas éticas consequencialistas em geral, asseverando que “[...] a injunção metodológica de maximizar bem(s) é irracional” e que “[...] o método consequencialista é realmente inexecutável” e, mais que isso, “sem sentido” (Finnis, 2011, p. 112-113, tradução nossa). Considerando que os seres humanos não possuem um único e singular objetivo ou função (um fim dominante) e que não existe um fator comum nos diferentes objetivos que os homens de fato perseguem, como ‘satisfação do desejo’, não é possível medir e computar o(s) bem(ns) da maneira proposta pelo consequencialismo. Renova-se aqui a crítica desferida contra o monismo mediante alusão à hipotética máquina de experiências de Robert Nozick (Nozick, 1991, p. 58-60), com o acréscimo de dois argumentos: (i) as tentativas de definir ‘bem’ em termos de prazer, satisfação, felicidade e desejo têm que assumir que ‘desvalores’ como dor e frustração colocam-se diante dos valores opostos tais como o frio em relação ao calor (como se reduzisse o valor a um nível mais baixo, em uma única e mesma escala) – algo bastante implausível; (ii) prazeres, satisfações e desejos diferem tanto em espécie quanto em grau (são comparáveis, por exemplo, os desejos de se tomar, agora, um café ou um chá; mas não entre eles e os de ser um advogado ou um bom pai). Diferentes formas de bens são objetivamente incomensuráveis. Além disso, o consequencialismo não fornece razões para se preferir o altruísmo ao egoísmo e nem critérios suficientes para se resolverem questões de justiça distributiva, além de outras fragilidades (Finnis, 2011, p. 112-118).

Finalmente, merece especial menção a sétima exigência de razoabilidade prática – (vii) respeitar os bens básicos em cada ato –, pois aqui reside o fundamento normativo da estrita inviolabilidade dos *direitos humanos* (expressão contemporânea para *direitos naturais*,

sendo que os dois termos são utilizados como sinônimos por Finnis – 2011, p. 198). Nenhum direito humano estará a salvo de anulação acaso se permita que sentimentos, quaisquer que sejam, governem a escolha prática, ou se considerações de custo-benefício forem adotadas fora de sua adequada esfera técnica e puderem reger o envolvimento direto de alguém com os bens básicos (Finnis, 2011, p. 121-122). Entre outras tantas formulações possíveis, esse sétimo princípio metodológico pode ser enunciado como ‘o fim não justifica os meios’, ‘não se pode praticar o mal para colher o bem’ ou, no formato kantiano, ‘Aja de maneira que você trate a humanidade, seja na sua própria pessoa, seja na de outra, sempre como um fim e nunca como apenas um meio’. Possivelmente, a máxima que melhor sintetiza tal exigência é: ‘não escolha diretamente contra um valor básico’. As implicações desse preceito da lei natural – que muitas vezes se traduzem na conclusão acerca da falta de razoabilidade de ações cujas esperadas consequências sejam desejáveis – aparecem de forma bastante elaborada na doutrina da Igreja Católica Romana com relação a valores como vida, verdade e religião, por meio de princípios negativos. Condenam-se, por exemplo, quaisquer mortes de inocentes, atos sexuais antiprocriativos, a mentira e a blasfêmia (Finnis, 2011, p. 121-124). Finnis, então, volta a atacar a teoria ética utilitarista, que não reconhece a existência de direitos humanos absolutos. Com efeito, uma afirmação do tipo ‘qualquer que sejam as consequências, ninguém nunca deve ser tratado dessa forma’ não é endossável pelo utilitarismo. Segundo o autor, o mais impressionante é constatar que, independentemente do discurso, nenhum governo ou elite no mundo contemporâneo manifesta, na prática, crença em direitos humanos absolutos: testemunhamos, por exemplo, estados ameaçarem potenciais inimigos, para persuadi-los a fazer ou não fazer algo, com a prática de atos direta e exclusivamente atentatórios a bens básicos como a vida (Finnis, 2011, p. 224). A defesa da tese dos absolutos morais, por Finnis, é enfática:

[...] Então, nós também não precisamos hesitar em dizer que, a despeito do substancial consenso contrário, existem direitos humanos absolutos. Pois a sétima exigência de razoabilidade prática que eu identifiquei (...) é a seguinte: é sempre irrazoável escolher diretamente contra qualquer valor básico, seja em si mesmo, seja nos outros seres humanos. (...) Os correlativos aos deveres sem exceção gerados por essa exigência são, portanto, direitos humanos reivindicáveis sem exceção ou absolutos – mais obviamente, o direito de não ter a vida ceifada diretamente como meio para qualquer outro fim; mas também o direito de não ser enganado em qualquer situação (...) em que a comunicação factual (...) seja razoavelmente esperada; o correspondente direito a não ser condenado por acusações sabidamente falsas; o direito de não ser privado, ou obrigado a se privar, de própria capacidade procriativa; e o direito de ser levado em respeitosa consideração em qualquer avaliação sobre o que exige o bem comum” (Finnis, 2011, p. 225, tradução nossa).

2.2.3 Bem Comum

Vimos, na subsecção anterior, que uma entre as nove exigências de razoabilidade prática para participação nos valores humanos básicos refere-se especificamente ao *bem comum*: deve-se favorecer e promover o bem comum das próprias comunidades. Trata-se de demanda racional que constitui a base de “[...] muitos, talvez até a maioria, de nossas responsabilidades, obrigações e deveres morais concretos” (Finnis, 2011, p. 125, tradução nossa) e que, como será examinado mais adiante, corresponde às exigências da *justiça* (Finnis, 2011, p. 161 e 164).

O papel-chave desempenhado pela ideia de *bem comum* nas teorias política e jurídica da doutrina (neo)clássica da lei natural já foi destacado no tópico 2.1.2.

Em NLNR, três diferentes sentidos para *bem comum* são apontados. Todos eles estão interligados. O primeiro expressa a noção de que as formas básicas de bem – vida, conhecimento, jogo, experiência estética, amizade, religião e razoabilidade prática – são as mesmas para todos, ou seja, comuns a qualquer pessoa. Em um segundo sentido, significa que cada um desses valores é um bem comum, quer dizer, suscetível de participação por um número inesgotável de pessoas, de inesgotáveis maneiras e em inesgotáveis ocasiões. O terceiro e último sentido, no qual o termo é mais comumente empregado, tal como está sendo nesta abordagem sobre razoabilidade prática, foi assim definido por Finnis:

[...] um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade alcançar por si mesmos objetivos razoáveis ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es), pelos quais têm razão para colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) em uma comunidade. (Finnis, 2011, p. 155, tradução nossa).

Mas o que significa comunidade? *Comunidade* (ou ‘sociedade’) é uma associação de pessoas: uma questão de relacionamento e interação, um estado de coisas contínuo em que há compartilhamento de vida, ação ou interesses. Cuida-se de uma forma de relacionamento unificador entre seres humanos, que se dá nas quatro espécies irreduzíveis de padrões ou ordens da realidade (natureza, lógica, moral e técnica)¹¹. Duas ou mais pessoas podem se relacionar com objetivos particulares, individuais, mas para cuja consecução seja necessário um conjunto de condições de interesse comum. É o que ocorre, por exemplo, quando dois alunos, eventualmente até candidatos concorrentes em determinado certame, contratam determinado professor para lhes ministrar certa disciplina: sala de aula com ambiente arejado e silencioso, adstrição do professor ao conteúdo programático, respeito aos horários ajustados,

¹¹ Vide subsecções 2.3.3 e 2.3.4

entre outras condições adequadas para o ensino e a aprendizagem, consubstanciam ‘bem comum’ entre eles, ainda que seus objetivos sejam particulares, individuais. Esses tipos de liames de negócios (dos alunos entre si e deles com o professor), classificados por Aristóteles como ‘relacionamentos de utilidade’, diferem-se dos ‘relacionamentos de prazer’ ou ‘por diversão’, verificados nos jogos, em que a coordenação da ação é o próprio objetivo das partes. E essas espécies de comunidades não se confundem com o caso central de amizade, uma forma mais intensa de comunidade, em que a colaboração de cada qual se dá pelo bem *do outro*, tal como na família. A família contribui decisivamente para o crescimento de seus membros em liberdade, amizade e demais bens, mas não obscurece a necessidade da formação de outras redes de associação mais amplas, como a ‘comunidade do bairro’ (de vizinhos)’, até, enfim, a denominada *comunidade completa* (Finnis, 2011, p. 135-147).

Enquanto associação geral, a *comunidade completa* coordena as iniciativas e atividades dos indivíduos, das famílias e da vasta rede de associações intermediárias, tendo como propósito “[...] assegurar todo o conjunto de condições materiais e outras condições, incluindo formas de colaboração, que tendam a favorecer, facilitar ou promover a realização, por cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal” (Finnis, 2011, p. 147, tradução nossa). Esse conjunto de condições abrange alguma coordenação (ainda que negativamente) de cada plano de vida individual e forma de associação, de maneira que “[...] não existe nenhum aspecto das questões humanas que esteja fora do alcance de uma tal comunidade completa” (Finnis, 2011, p. 147, tradução nossa). Na atualidade, os *estados* nacionais, por reivindicarem a função abrangente (completude e autossuficiência) que Aristóteles atribuía à *polis* Grega, mantêm o rótulo de ‘comunidade política’ ou ‘corpo político’. Entretanto, em seu *significado focal*¹², sem nenhuma qualificação, *política* – assim como o direito (sistema jurídico) – é um conceito que concerne a *comunidades completas* (Finnis, 2011, p. 147). Logo, reconhecer que alguns bens dos indivíduos somente podem ser completamente assegurados no contexto da comunidade internacional é negar que os estados nacionais sejam comunidades completas (Finnis, 2011, p. 150) e, com isso, concludo eu, que instanciem *casos centrais* de política e direito.

Dadas acima as diferentes espécies de comunidades, aponta-se que o *bem comum* naquele hipotético *relacionamento de utilidade* entre os estudantes era o conjunto de condições que permitia cada qual perseguir seu próprio objetivo; na situação do *jogo*, o *bem comum* consiste em uma boa partida (reunindo não só um substrato de condições materiais, mas também certa qualidade na coordenação em si); no caso da *amizade*, o *bem comum*

12 *Vide* subseção 2.3.3

identifica-se com a autorrealização de cada amigo mediante o compartilhamento da vida, afeição, atividade e bens materiais. Finalmente, o propósito ou *bem comum* da *comunidade política* – às vezes denominado ‘bem-estar geral’ ou ‘interesse público’ – é assegurar todo um conjunto de condições, inclusive materiais, tendentes a favorecer a realização, por cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal (Finnis, 2011, p. 154 e 156). Em todos esses casos, o bem comum refere-se a um fator ou conjunto de fatores (um valor, um objetivo operacional concreto ou as condições para realizar um valor ou atingir um objetivo) que, como considerações no raciocínio prático, dá sentido ou fornece razão ao indivíduo para que colabore com os outros indivíduos da comunidade e vice-versa (Finnis, 2011, p. 154).

Impende ressaltar que o *bem comum* – ao contrário do que sugere sua definição como conjunto de condições para o atingimento de objetivos individuais ou comuns – não é apenas instrumental. Com efeito, para além do florescimento de cada membro da comunidade, há uma desejabilidade intrínseca no florescimento da comunidade enquanto tal, já que isso reflete um quadro de mútua assistência entre seus integrantes por meio de várias formas de amizade (Finnis, 2011, p. 459). A instrumentalidade é uma característica própria da noção de *bem público*, um conceito, segundo Tomás de Aquino, mais limitado, que se refere a apenas uma parte ou aspecto do *bem comum*: trata-se do bem comum ‘político’, em sentido restrito, que concerne à responsabilidade dos governantes de assegurar bens intrinsecamente interpessoais e dirigidos aos outros, como justiça e paz (Finnis, 1998, p. 219-239).

Tecidas essas considerações, voltemos ao conceito de *bem comum*, já antecipado no início da seção: “[...] um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade alcançar por si mesmos objetivos razoáveis ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es), pelos quais têm razão para colaborar uns com os outros [...] em uma comunidade” (Finnis, 2011, p. 155, tradução nossa). Ou, mais resumidamente, “[...] um conjunto de condições de colaboração que aumenta o bem-estar (ou, ao menos, a oportunidade de florescimento) de todos os membros da comunidade” (Finnis, 2011, p. 165, tradução nossa). Note-se que as definições em tela – tanto quanto a oitava demanda de razoabilidade prática (favorecer e promover o bem comum das próprias comunidades) – aplicam-se a todas as espécies de comunidades de que o agente faça parte: família, clube, empresa, associação de vizinhos e, entre outras, a comunidade política (estado), cujo bem comum é dotado de grande complexidade.

Na introdução do volume III de sua coletânea de ensaios, intitulado *Human Rights and Common Good*, Finnis sumariza o que foi exposto até aqui a respeito do bem comum, em um denso e elucidativo parágrafo:

As razões que cada um de nós tem para escolher e agir são aqueles bens inteligíveis que irão constituir o florescimento das pessoas humanas e suas comunidades. Embora basicamente comuns a todos nós, aqueles benefícios das ações – bens comuns, em um primeiro sentido da expressão – podem ser razoavelmente provocados de muitas maneiras diferentes e, assim, serem elementos do florescimento de indivíduos em muitos diferentes tipos de associação. Em cada uma dessas associações, as ações de seus membros enquanto membros buscando promovê-las e delas se beneficiarem são ações visando a um bem comum. Um bem comum nesse segundo sentido da expressão é, de uma maneira ou de outra, o benefício (como fim, meio ou ambos) de se associar com outras pessoas a fim de que os bons propósitos delas e os próprios sejam realizados. O bem comum do público de uma palestra é que, mantendo-se as condições para uma audibilidade sem distração e assim por diante, os propósitos imediatos do palestrante de falar e da platéia de ouvir (...) sejam efetivados. O bem comum de uma comunidade política (paradigmáticamente, um estado) é vastamente mais ambicioso e complexo, e inclui a defesa dos direitos de todos os seus membros contra ameaças de injustiça de dentro e fora da comunidade. (Finnis, 2013c, p. 1, tradução nossa).

2.2.4 Justiça

Impõe-se, a esta altura, explicitar a relação entre *bem comum* e *justiça*, salientando que a discussão sobre *justiça* em NLNR, tal como no Digesto de Justiniano, focalizou a justiça como *norma de ação*, ou seja, como relevante *princípio* no raciocínio prático, que serve de base para se discriminar (julgar) entre diferentes opções que se apresentam para escolha. Nesse aspecto, a abordagem do tema no livro, embora essencialmente tomista, foi confessadamente menos do que deveria, por ter deixado de explorar a noção de justiça como *virtude* (qualidade de caráter, estabilidade de disposição), a qual, na definição clássica secundada por Tomás de Aquino, consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu [direito] (Finnis, 2011, p. 459-460).

Enquanto princípio ou norma de ação, *justiça* é aquilo que é exigido para o bem comum. Dizendo de outro modo, a justiça visa ao bem comum. Realmente, as exigências da justiça nada mais são do que as implicações concretas do próprio princípio metodológico básico de razoabilidade prática que impõe ao agente favorecer e promover o bem comum de suas comunidades. Conforme Finnis, o conceito de justiça reúne três elementos: (i) *direcionamento ao outro* (a justiça é necessariamente intersubjetiva, interpessoal); (ii) *dever* (o que é devido ao outro e o correspondente direito) e; (iii) *igualdade* (em um sentido analógico, abrangendo igualdade aritmética e igualdade geométrica), mais bem traduzida como proporcionalidade ou equilíbrio. Embora com outra terminologia, esses três elementos da justiça estão contidos no princípio de razoabilidade prática de favorecer e promover o bem comum das comunidades, do seguinte modo: (i) o *direcionamento ao outro* encontra-se na referência à(s) *comunidade(s)* do agente; (ii) o *dever* corresponde ao fato de se cuidar de uma

exigência de razoabilidade prática; e (iii) a *igualdade* pode ser extraída da expressão ‘bem comum’ (Finnis, 2011, p. 161-165).

Articulando esses três componentes, a teoria da justiça finnisiana reveste-se, ao mesmo tempo, de precisão e amplitude: a justiça não é restrita às instituições básicas da sociedade nem a certas condições – como em Rawls –, tampouco, como sugeriu Aristóteles, às relações entre pessoas iguais, maduras e livres na comunidade política (para Finnis é possível se falar, por exemplo, em injustiça no tratamento dos pais em relação aos filhos); e também não pode ser extraída, como em Hart, apenas do princípio de tratar igualmente os casos iguais e desigualmente os desiguais (pois inclui princípios absolutos, como proibição da tortura em todos os casos) (Finnis, 2011, p. 163-164).

A insuficiência do amplo preceito de *justiça geral* – favorecer e buscar o bem comum – para fins de orientação prática justifica perquirir as exigências concretas de justiça a partir da classificação dos problemas de realização do bem comum em 02 (duas) grandes classes, a saber: (i) os problemas de distribuição dos recursos, oportunidades, lucros, vantagens, funções, ofícios, responsabilidades, impostos e encargos, que são objeto da *justiça distributiva*, e; (ii) os problemas que emergem nas relações e tratos entre indivíduos e grupos, a serem respondidos pela *justiça comutativa* (Finnis, 2011, p. 166).

Despiciendo, para os propósitos deste trabalho, incursionar com mais profundidade nessa temática, sendo suficiente apontar, a respeito da *justiça distributiva*, que não existe um critério universal para solução de seus problemas. A relevância moral do chamado princípio ‘formal’ de justiça (tratar igualmente os casos semelhantes) concentra-se apenas no direito de todos os membros da comunidade serem considerados com igual respeito quando surge o problema da distribuição. Para além disso, recordando que o objetivo da justiça é o bem comum – e não a igualdade –, essa última se apresenta, nos problemas de justiça distributiva, como um princípio apenas residual, superado por outros critérios como ‘necessidade’, ‘função’, ‘capacidade’, ‘méritos e contribuições’ e ‘criação, previsão ou assunção de riscos evitáveis’ (Finnis, 2011, p. 173-175).

Quanto à *justiça comutativa*, diga-se que, segundo Finnis, o termo, adotado por Tomás de Aquino, é preferível à expressão aristotélica *justiça corretiva*, que enfatiza sobremaneira a correção ou restituição, em detrimento de outras relações de troca, próprias dessa seara da justiça particular. Oportuno acrescentar, ainda, que essa distinção entre justiça comutativa e distributiva, de conveniência analítica, não afeta a constatação de que muitas ações são, ao mesmo tempo, tanto distributiva como comutativamente justas (ou injustas). E em certas áreas

do direito é difícil inclusive saber se as regras visam a assegurar justiça comutativa ou distributiva (Finnis, 2011, p. 177-183).

Para encerrar, se pudermos resumir tudo em poucas palavras, Finnis (2013a, p. 233) define as “exigências de justiça” como sendo, simplesmente, “os padrões de razoabilidade no trato com os outros”.

2.2.5 Direitos

Todas as exigências de razoabilidade prática, e em especial as demandas da justiça, abordadas nos tópicos anteriores, podem ser expressas, alternativamente, por meio da linguagem dos *direitos* (*rights*).¹³

Com efeito, “[...] o vocabulário e a gramática modernos dos direitos são um instrumento multifacetado para relatar e afirmar as exigências ou outras implicações de uma relação de justiça *do ponto de vista da(s) pessoa(s) que se beneficia(m)* daquela relação” (Finnis, 2011, p. 205, tradução).

Não por mero acaso, conquanto o volume III da coletânea de artigos selecionados de Finnis se refira a ‘direitos humanos’ (*Human Rights and Common Good*), os títulos de suas partes componentes ostentam, repetidamente, a palavra ‘justiça’. O autor explicou:

A maioria dos títulos para as seis partes deste volume refere-se à justiça. Fazem-no por conta de uma interdefinibilidade reconhecida por Mill tão firmemente quanto pelos juristas romanos e Tomás de Aquino: o objeto da virtude da justiça e, portanto, a fonte da justeza dos atos e acordos justos, é que todas as pessoas recebem o que é seu por direito. O que equivale a dizer: que (na medida definida pelos seus deveres de justiça) os *direitos* de cada pessoa são respeitados e promovidos. (Finnis, 2013c, p. 2, tradução nossa).

A fim de evitar mal-entendidos tão frequentes com o uso do extenso e flexível vocabulário dos direitos (*rights*) – sejam eles naturais (humanos), sejam jurídicos –, Finnis optou por abordá-lo explicitamente somente em um capítulo de NLNR (VIII), dando primazia ao longo da obra, na explicação sobre a estrutura, justificação e conflitos de direitos, ao emprego de outra gramática, com alusão a valores, princípios, exigências, bem comum, justiça e obrigação. Mas apontou que a maioria das discussões pode ser traduzida de uma linguagem para outra. Anunciou enfaticamente, assim, que ‘quase tudo no livro’ “[...] é sobre direitos humanos (‘direitos humanos’ como idioma contemporâneo para ‘direitos naturais’: eu uso os termos como sinônimos)”, afinal, “[...] a gramática moderna dos direitos fornece uma

¹³ Direitos aqui compreendidos como direitos naturais, humanos ou morais, capazes de fornecer fundamento para a positividade em constituições e tratados (Finnis, 2011, p. 198 e 464)

maneira de expressar virtualmente todas as exigências de razoabilidade prática” (Finnis, 2011, p. 198, tradução nossa).

Após discorrer sobre duas teorias concorrentes acerca da natureza dos *direitos* (*rights*) – como *benefícios* (assegurados por regras às pessoas que interagem) ou como *escolhas* (afirmativas ou negativas, reconhecidas por regras, em que a liberdade de uma pessoa é limitada pela de outra, a partir da *vontade*) –, Finnis conclui que se pode falar em *direitos* (não na acepção estritamente jurídica, mas moral) sempre que uma exigência básica de razoabilidade prática ou regra dela derivada der a alguém o benefício de (i) uma obrigação positiva ou negativa imposta sobre outrem; (ii) a capacidade de fazer com que outrem seja submetido a tal obrigação ou; (iii) imunidade a ser submetido por outrem a tais obrigações (Finnis, 2011, p. 203-205).

Nem sempre o termo *direito* (*ius* ou *jus*) esteve restrito, como hoje, à perspectiva do beneficiário da relação, em contraposição ao dever. Colhem-se evidências, nas Institutas de Gaio, de que no direito romano a palavra *jus* significava justa atribuição às partes não somente de benefício (poder ou liberdade), mas também de encargo (Finnis, 2011, p. 205-209). Sem defender uma ou outra acepção e refutando a tese de uma suposta prioridade lógica do dever sobre o direito ou o inverso, Finnis sustenta apenas que, ao explicarmos as demandas da justiça – o que fazemos mediante referência às necessidades do bem comum em seus variados níveis – “[...] há razão para tratar o conceito de dever, obrigação ou exigência como tendo um papel explicativo mais estratégico do que o conceito de direitos” (Finnis, 2011, p. 210, tradução nossa). Nem por isso, ele afirma, o conceito de direito possui menor dignidade ou importância em sua teoria, haja vista que “[...] o bem comum é precisamente o bem dos indivíduos cujo *benefício*, pelo cumprimento do dever pelos outros, é seu *direito* porque *exigido na justiça* desses outros” (Finnis, 2011, p. 210, tradução nossa).

Uma última ponderação merece menção neste tópico: desde que contextualizado e permeado pela incidência dos princípios da razão prática, o uso contemporâneo das falas sobre direitos humanos – que nos discursos políticos atribuem precoce e incorretamente (ante os conflitos verificados nos casos concretos) um status conclusivo ou absoluto a esse ou aquele direito humano (como propriedade, contrato, reunião, liberdade de expressão etc.) –, pode consubstanciar-se em um valioso suplemento ao tradicional vocabulário da doutrina da lei natural. Isso se dá, na visão de Finnis, por três razões: o uso moderno da fala em termos de direitos (i) mantém a justiça no primeiro plano de nossas considerações, pois corretamente enfatiza a igualdade; (ii) tende a anular a atratividade dos cálculos consequencialistas; e (iii) como os direitos são referidos pelos nomes, amplifica a referência ao bem comum fornecendo

uma útil listagem detalhada dos vários aspectos do florescimento humano (Finnis, 2011, p. 219-221).

2.2.6 Autoridade

O tema da *autoridade* é examinado no capítulo IX de NLNR. É uma questão inevitável que logo se coloca para enfrentamento nesta seara diz respeito à *justificação* da autoridade, afinal, conforme visto nas subseções 2.2.1 e 2.2.2, a *razoabilidade prática* é um dos bens humanos básicos. Esse valor consiste na capacidade do uso da própria inteligência, pelo agente, para definir sua conduta, escolher seus atos e estilo de vida e formar seu caráter, o que pressupõe liberdade e autodeterminação. Como então justificar que outrem possa ter autoridade sobre mim, ditando-me algo que eu, de outro modo, não escolheria? Ordens e regras podem me fornecer autênticas razões práticas, que não se limitem ao medo de concretização das anunciadas ameaças de sanção, a um mero conformismo ou a motivos prudenciais? E no âmbito da comunidade? A autoridade seria necessária mesmo em uma associação cujos membros estivessem livres de vícios como egoísmo, estupidez, incompetência e maldade?

Conforme bem pontuou Finnis em artigo mais recente, “a obrigação jurídico-moral ou obrigatoriedade de uma regra jurídica é a contraparte da autoridade jurídico-moral ou autoritatividade de seu autor (promulgador) ou outra fonte” (Finnis, 2020b, item 1.5.1). Assim, uma vez que a normatividade do direito – sua capacidade de gerar razões para a ação, criando obrigações, direitos e poderes – está no centro das preocupações deste trabalho e será esmiuçada na seção 2.3, muito sobre o tema da autoridade (especialmente na esfera jurídica) ainda virá à tona, ainda que reflexamente, fora desta seção.

De início, calha assinalar que em NLNR Finnis vale-se da noção de autoridade que havia sido desenvolvida por Joseph Raz em *Practical Reason and Norms* (Raz, 1999), asseverando que algo é tratado como autoritativo quando concebido como uma *razão excludente*:

Alguém trata algo (e.g. uma opinião, um pronunciamento, um mapa, uma ordem, uma regra...) como autoritativo se – e somente se – trata-o como fornecedor de uma razão suficiente para acreditar ou agir de acordo com ele, *a despeito* de não conseguir por si só enxergar de outra forma boa razão para assim acreditar ou agir, ou não conseguir avaliar as razões que vê, ou ver alguma(s) razão(ões) opostas, ou de que, de outra forma (i.e. na ausência do que está sendo tratado como autoritativo), teria preferido assim não acreditar ou agir. Em outras palavras, alguém trata algo como autoritativo quando o trata, na útil terminologia de Joseph Raz, como uma razão excludente, ou seja, uma razão para julgar ou agir na ausência de razões

conhecidas, ou para desconsiderar pelo menos *algumas* razões que são conhecidas e relevantes e que na ausência da razão excludente seriam suficientes para justificar proceder de alguma outra maneira. (Finis, 2011, p. 233-234, tradução nossa).

Abre-se aqui um parêntese: Joseph Raz deixou um vasto e profícuo legado para a filosofia moral, política e do direito, tendo produzido inúmeras obras e escritos sobre questões sensíveis nesses domínios. Notabilizou-se pelo modo meticuloso com que investigou, entre tantos outros temas e assuntos, a racionalidade prática, as normas, o direito e, com eles, o conceito de autoridade. Retornaremos ao autor, com maior profundidade, quando da análise sobre a normatividade do direito. Por ora, cabe esclarecer que, no campo das razões práticas – as quais se contrapõem, dentro do âmbito das razões normativas, às razões adaptativas, que incluem as epistêmicas (Raz, 2013, p. 11-20 e 47)¹⁴ –, Raz definiu *razões excludentes* como sendo razões para não agir por certas razões. Uma vez por ele proposta a estratificação do raciocínio prático em diferentes níveis, com a ideia de razões de primeira e segunda ordem, razão excludente consiste em uma razão de segunda ordem para que o agente se abstenha de agir por alguma(s) razão(ões) válida(s) de primeira ordem. E a razão baseada na autoridade é uma das espécies de razão excludente (Raz, 1999, p. 35-48, 183-185). Assim, “[...] dizer que uma pessoa é uma autoridade é dizer que sua palavra é tomada como uma razão excludente, ou apenas que ela é uma razão excludente” (Raz, 1999, p. 65, tradução nossa).

A autoridade prática refere-se essencialmente, segundo Raz, ao poder de exigir ação (Raz, 1986, p. 37 e 38). E as razões autoritativas são *excludentes* – ou *preemptivas* ou *peremptórias* –, o que significa, nas palavras de Raz, o seguinte: “[...] o fato de uma autoridade exigir a execução de uma ação é uma razão para executá-la que não deve ser somada a todas as outras razões relevantes quando da avaliação sobre o que fazer, mas deve excluir e tomar o lugar de algumas delas” (Raz, 1986, p. 46, tradução nossa).

Finalmente, para fechar o parêntese, vale recordar que, conforme adverte Raz, nem todos os enunciados e diretivas da autoridade são *normas*. Falamos de normas como entidades, esperando haver ocasiões nas quais possamos nos referir ao seu conteúdo abstraído das circunstâncias particulares que lhe deram ensejo; por isso, tendemos a lidar com normas gerais – e não particulares. Como todos os enunciados emitidos pela autoridade são razões excludentes, também o são todas as suas normas (Raz, 1999, p. 65, 77-78). E as normas, em sua maioria, “[...] são também razões de primeira ordem – uma razão não somente para desconsiderar outras razões, mas também para executar o ato previsto na norma quando presentes as condições de sua aplicação” (Raz, 1999, p. 77, tradução nossa). Daí o

14 *Vide* subseções 2.3.4 e 4.2.2

conceito de *razões protegidas*: “[...] regras e promessas são o que eu chamo de razões protegidas, i. e., uma sistemática combinação de uma razão para executar o ato prometido ou exigido pela regra e uma razão excludente para não agir por certas razões” (Raz, 1999, p. 191, tradução nossa).

Retomando Finnis, colhe-se de NLNR uma clara resposta para justificar a autoridade: autoridade é algo bom, porque *necessário* à realização do *bem comum*, mediante seu papel na *coordenação da ação* dos membros de uma comunidade. E isso ocorre não somente por conta da eventual fraqueza dos membros da associação (incompetência, estupidez, egoísmo, perversidade etc.), mas deriva também, em especial, da inteligência, dedicação, habilidade e comprometimento de seus integrantes, imbuídos de encontrar os melhores caminhos para solucionar múltiplos e sucessivos problemas de coordenação. Na grande maioria – senão na totalidade – dos casos, haverá mais de uma maneira disponível razoável para se solucionar o problema, sendo que enquanto nenhuma escolha for feita, nada será realizado. Em última análise, existem, de acordo com Finnis, apenas duas possibilidades para se fazer uma escolha entre opções alternativas de coordenar a ação em prol do bem comum: *unanimidade* ou *autoridade*. E especificamente nas *comunidades políticas*, cujo bem comum é extremamente complexo e que são integradas por cidadãos inteligentes e interessados, assim como egoístas e tolos, a unanimidade é algo impossível de se obter na prática. Logo, resta lançar mão da *autoridade* (Finnis, 2011, p. 231-233, 246, 248, 252).

Analisando a doutrina convencionalista de Lewis e Hume, Gerald Postema distingue os problemas de (*pura*) *coordenação* dos problemas de *cooperação*, reservando o primeiro termo para situações em que as partes são indiferentes quanto à opção, entre as disponíveis, que, uma vez seguida, irá assegurar coordenação; reconhece, todavia, a presença de elementos de coordenação nos últimos, em que há preferências e algum nível de conflito (Postema, 2011, p. 486-489).

Em NLNR, Finnis emprega as expressões *colaboração*, *cooperação* e *coordenação* mais ou menos como sinônimas, adotando a definição de problemas de coordenação sintetizada por Edna Ullmann-Margalit: “[...] situações de interação que se distinguem por serem situações de decisão interdependente” (Finnis, 2011, p. 138 e 255, tradução nossa). O que ele destaca, notadamente no posfácio, é que a coordenação inclui ‘coordenação negativa’, ou seja, o esforço de evitar colisões, estendendo-se para estados de coisas ‘cerebrais’ passivos (pensamento, atitudes, disposições): as pessoas concordam, por exemplo, que a responsabilidade pela biblioteca da faculdade é do bibliotecário, e não do presidente do Banco Central; que esta casa é minha e não sua, e assim por diante (Finnis, 2011, p. 468).

Salienta-se que resolver problemas de coordenação em algumas formas de comunidades humanas – como nas famílias (decisão dos pais sobre a educação dos filhos) e nas comunidades políticas (decisões sobre a distribuição dos recursos, uso da força, conteúdo das comunicações, resolução de conflitos de direitos, saúde pública e outros) – “[...] não é somente uma questão de vantagem opcional, mas uma questão de direito, uma exigência de justiça” (Finnis, 2011, p. 232, tradução nossa). Assim, as soluções autoritativas para os problemas de coordenação – que podem emergir através da formação dos costumes ou, com maior celeridade e precisão, serem dadas pelos governantes (uma pessoa, órgão, entidade ou assembléia de pessoas) – constituem fatos com consequências normativas no raciocínio prático, que derivam do princípio de que a *autoridade* é um *bem*, pois exigido para a realização do *bem comum* (Finnis, 2011, p. 244 e 246). E enquanto instrumento substitutivo (alternativo) da *unanimidade* para resolver os problemas de coordenação, a *autoridade* não pode ser confundida com a própria comunidade em si (*todos* os seus membros), como sugerido pelo cardeal Belarmino e outros escolásticos do século XVI:

[...] Pois a necessidade de autoridade é, precisamente, substituir a unanimidade na determinação da solução de problemas de coordenação práticos que envolvem ou interessam todos na comunidade. Dizer que ‘a comunidade tem autoridade sobre si mesma’ equivale a dizer que não existe autoridade nessa comunidade (de forma que os problemas de coordenação são resolvidos por unanimidade ou são dissolvidos por pura força) ou algo diferente, através de uma confusa ficção jurídica ou maneira ideológica de falar, acerca da alocação da autoridade em algumas comunidades [...]. (Finnis, 2011, p. 248, tradução nossa).

Para Finnis, portanto, a origem última da autoridade não está em nenhuma ficção de transmissão, contrato, consentimento atual ou outra coisa, mas nos princípios de razoabilidade prática e nos valores básicos, que geram inferências práticas que têm entre suas premissas fáticas a capacidade da autoridade de coordenar as ações para o bem comum (Finnis, 2011, p. 252).

Já se frisou acima que mais considerações a respeito da autoridade, na medida em que implicadas diretamente com o *direito*, serão trazidas a lume a partir da próxima seção deste trabalho, que focalizará o direito e sua normatividade. Afinal, como explicou Finnis no artigo *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, escrito em 1984, “[...] mostrar que os sujeitos possuem alguma obrigação moral de obedecer o direito é, por implicação, mostrar que o direito possui autoridade moral” (Finnis, 2013d, p. 47, tradução nossa). Enquanto que o esforço da teoria moral e política é discernir princípios para solução de problemas práticos de comportamento e distribuição na comunidade humana, o esforço mais específico da teoria do direito é “[...] explicar por que, e em que condições, princípios e

soluções uma vez estabelecidos devem ser efetivados, mesmo quando não haja consenso de que a solução era ou ainda seja correta, ou de que princípios corretos para se chegar a tais soluções tenham sido seguidos ou estejam disponíveis” (Finnis, 2013d, p. 46, tradução nossa).

Traçada essa distinção, uma última observação há de ser ora enfatizada, neste derradeiro tópico sobre filosofia política na teoria da lei natural de Finnis: os sobreditos problemas de coordenação, que justificam a instituição da autoridade, não se confundem com os problemas de coordenação objeto da chamada ‘teoria dos jogos’, na acepção técnica restrita do termo, utilizado por economistas e estrategistas.

No ensaio *Law as Coordination*, de 1989, Finnis, reforçando o que já havia defendido cinco anos antes, em *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory* (Finnis, 2013d, p. 61), deixou evidente que o conceito de problema de coordenação da teoria dos jogos é inadequado em qualquer teoria social, incluindo política e direito (Finnis, 2013d, p. 66). A teoria dos jogos pretende prever, explicar e guiar as escolhas dos jogadores em uma situação estruturada, em que cada qual, ciente dos interesses e preferências próprios e dos demais, devem fazer suas escolhas sem saber quais as escolhas dos outros. Os jogadores compartilham o interesse em algum objetivo alcançável somente através da coordenação, havendo, para tanto, duas ou mais alternativas incompatíveis entre si. Na filosofia política e do direito, a concepção de problemas de coordenação, cuja solução visa ao bem comum, é mais rica e abrangente, pois (i) inclui casos nos quais não há convergência ou compartilhamento de interesses das partes em relação à situação em si e (ii) leva em consideração um tipo de interesse sistematicamente excluído da teoria dos jogos, a saber: a equidade do jogo e do resultado, que qualquer jogador pode preferir ao incremento da realização dos próprios interesses (Finnis, 2013d, p. 67-69).

Com essa explicação, podemos enfm encerrar o presente tópico, último da seção dedicada às teorias ética e política na doutrina da lei natural de John Finnis. O foco, doravante, passa a ser sua teoria ou filosofia do direito (*jurisprudence*), com especial interesse no tema da normatividade.

2.3 O Direito e sua Normatividade

2.3.1 Intróito

Ao oferecermos um panorama geral da teoria neoclássica da lei natural (subseção 2.1.2, *supra*) – corrente doutrinária em que se insere John Finnis –, destacamos que ela

articula proposições no campo da racionalidade prática mais geral (*ética*), da *política* e do *direito*. Por isso, na esteira das lições de Mark Murphy (Marcondes; Struchiner, 2015, p. 125), foi apontada a necessidade de se esclarecer, a cada abordagem, em qual dos três sentidos se está empregando a expressão *lei natural*, ou *direito natural* (*natural law*).

A seção anterior do presente trabalho foi dedicada a expor, em linhas gerais, a teoria ética e a filosofia política de Finnis (item 2.2). Passa-se, doravante, à sua filosofia/teoria do *direito* (*jurisprudence*), com especial enfoque, como será observado mais adiante, na explicação da teoria jusnaturalista finnisiana sobre a capacidade do direito de gerar razões para a ação, ou seja, sua normatividade.

Essa didática divisão entre domínios da teoria da lei natural, replicada na estruturação desta dissertação, não pode obscurecer, contudo, a relevante constatação, para a qual já se alertou anteriormente (subseção 2.1.4), de que a filosofia do direito e a filosofia política são extensões especializadas da ética. Em outras palavras, elas são partes de um empreendimento mais amplo denominado por Aristóteles ‘filosofia das questões humanas’, que concerne, como enfatizado por Tomás de Aquino, às implicações de uma característica da realidade humana que é a *liberdade de escolha*. É precisamente este atributo que justifica a peculiaridade da filosofia prática de compreender a ação a partir do ‘ponto de vista interno’ (Finnis, 2002, p. 18-19).

Não por acaso, ao discorrer sobre a teoria da lei natural, especificamente enquanto teoria do direito, para a Enciclopédia da Universidade de Stanford, Finnis alertou explicitamente, já de início, que fazê-lo “[...] não é dizer que teoria jurídica pode ser adequadamente identificada e buscada independentemente de teoria moral e política” (Finnis, 2020b, introdução, tradução nossa). Mesmo em NLNR, fez-se um alerta explícito de que “[...] os princípios de razoabilidade prática e suas exigências formam uma unidade de investigação que pode ser subdividida em ‘moral’, ‘política’ e ‘jurídica’ apenas por conveniência pedagógica ou expositiva, que arrisca, contudo, falsear a compreensão de todos os três” (Finnis, 2011, p. 359, tradução nossa).

Realmente, como se verá, a inteligibilidade, a consistência e a força persuasiva da teoria do direito jusnaturalista de Finnis dependem de uma adequada compreensão de sua metodologia – que adota o ponto de vista prático/interno do participante e a ideia de significado focal dos conceitos teóricos, permitindo diferenciar casos centrais de casos periféricos – e da conexão dos institutos jurídicos com os conceitos ético-morais e políticos já examinados na seção anterior, como bens ou valores humanos básicos, primeiros princípios da lei natural, exigências de razoabilidade prática, bem comum, justiça e autoridade.

Essa visão holística, que enxerga o direito como uma dimensão da racionalidade prática, negando que se possa descrever ‘o que é o direito’ sem antes responder à pergunta de ‘*por que* (ter, criar, manter e cumprir) o direito’ (Finnis, 2013d, p. 23-45), está bem ilustrada nos dois primeiros parágrafos de NLNR, extremamente densos, que logo anunciam o ambicioso projeto empreendido na obra:

Existem bens humanos que somente podem ser assegurados através das instituições do direito humano e exigências de razoabilidade prática que apenas tais instituições podem satisfazer. O objeto deste livro é identificar aqueles bens e exigências de razoabilidade prática e, então, mostrar como e em que condições tais instituições são justificáveis e em que sentidos elas podem ser (e frequentemente são) defeituosas.

Supõe-se com frequência que uma avaliação do direito como um tipo de instituição social, se for para ser realizada, deve ser precedida de uma descrição livre de juízos de valor e de uma análise da instituição tal como ela existe de fato. Mas o desenvolvimento da teoria jurídica moderna sugere – e a reflexão sobre a metodologia de qualquer ciência social confirma – que nenhum teórico pode fornecer uma descrição teórica e análise de fatos sociais sem também participar do trabalho de avaliação, de compreensão do que é realmente bom para as pessoas humanas e do que é realmente exigido pela razoabilidade prática. (Finnis, 2011, p. 3, tradução nossa).

A começar por essas relevantes questões metodológicas, em refutação à chamada ‘análise conceitual’, a presente seção abordará variados pontos da teoria do direito jusnaturalista de Finnis, a qual, na dicção de Postema (2011, p. 554, tradução nossa), “[...] busca uma explicação da distinta *positividade* do direito positivo, localizando a explicação em sua abrangente teoria do raciocínio prático”.

Aliás, como Finnis recorrentemente salienta, embora os teóricos do direito que se proclamam positivistas (positivismo jurídico) tomem suas teorias como opostas ou no mínimo claramente distintas das teorias jusnaturalistas, a recíproca não é verdadeira. O próprio termo ‘direito positivo’ foi consagrado e ganhou notoriedade por meio das teorias da lei natural (Finnis, 2020b, introdução). Com efeito, detalhada investigação retratada no artigo *The Truth in Legal Positivism*, de 1996, indica que após o conceito de *positividade* ter sido empregado nas reflexões sobre direito e justiça pela primeira vez na França do século XII, foi Tomás de Aquino quem, através de três obras em meados de século XIII – (i) Comentário sobre as Posições de Pedro Lombardo, (ii) comentários teológicos à Ética de Aristóteles e (iii) Suma Teológica – erigiu o *direito positivo* como uma categoria distintiva, objeto completo de estudo próprio (Finnis, 2013d, p. 174-188).

Segundo Finnis, “[...] a teoria clássica da lei natural não rejeita as teses de que aquilo que foi positivado é positivo e aquilo que não foi positivado não é positivo”; elas apenas precisam de esclarecimento, já que o direito possui uma ‘vida dupla’: “[...] ele existe como o

fato puro de que certas pessoas fizeram isso ou aquilo no passado e certas pessoas aqui e agora têm tais dispositivos para decidir e agir”, mas também existe como “[...] padrões diretivos para as deliberações conscientes daqueles que têm a responsabilidade de decidir (fazer justiça) de acordo com o direito” (Finnis, 2002, p. 10-11, tradução nossa).

É precisamente esse caráter dual do direito positivo – o qual abrange *factos* sociais de poder e prática e também *razões* para a ação – que está pressuposto no conhecido slogan jusnaturalista agostiniano *lex injusta non est lex* (lei injusta não é lei), tão mal compreendido pelos juspositivistas (Finnis, 2020b, introdução; Finnis, 2011, p. 363-366; Finnis, 2002, p. 8-15; Finnis, 2013d, p. 7 e 184-186).

De fato, consoante assinalado em tom incisivo em NLNR, “[...] a tradição teórica do direito natural não está preocupada em minimizar o alcance e a determinação do direito positivo ou a suficiência geral das fontes positivas como solventes dos problemas jurídicos” (Finnis, 2011, p. 290, tradução nossa). Na verdade, “[...] a preocupação fundamental de qualquer teoria consistente de direito natural” está em “compreender a(s) relação(ões) entre as leis particulares das sociedades particulares e os princípios permanentemente relevantes de razoabilidade prática” (Finnis, 2011, p. 281, tradução nossa).

Mas tudo isso será examinado com maior detalhamento nas subseções vindouras, que irão culminar com uma detida análise sobre aquilo que Finnis indica como sendo a questão fulcral das teorias jurídicas da lei natural – a saber, a explicação sobre a normatividade do direito:

A questão fulcral e central das teorias jurídicas da lei natural é: Como e por que o direito, e sua positivação na legislação, decisões judiciais e costumes, dá aos sujeitos razão consistente para agir de acordo com ele? Como pode a validade jurídica (‘formal’, ‘sistêmica’) de uma regra, julgamento ou instituição, ou sua facticidade ou eficácia como fenômeno social (e.g., de uma prática oficial), torná-los autoritativos nas deliberações dos sujeitos? (Finnis, 2020b, item 1).

2.3.2 Metodologia

No capítulo introdutório do livro *Philosophy of Law as an Integral Part of Philosophy – Essays on the Jurisprudence of Gerald J. Postema*, Thomas Bustamante e Thiago Decat (2020, p. 01-30), ao advogarem uma teoria geral do direito sociável (*sociable jurisprudence*), contrapõem-se com veemência à teoria analítica e seu método da análise conceitual.

Segundo os autores, a metodologia analítica, normalmente associada ao positivismo jurídico e dominante na teoria do direito desde o século XIX, com a publicação da obra *The Province of Jurisprudence Determined*, de John Austin (1995), e hoje emblematicamente

retratada em *Legality*, de Scott Shapiro (2013), “[...] busca acima de tudo isolar o direito e seu discurso teórico de outras disciplinas como sociologia, história, teoria política e filosofia moral”, preocupando-se com “fronteiras, limites, separações, distinções”, sob domínio de uma “linguagem metafísica sobre essências, natureza, causas, propriedades necessárias e suficientes” e similares (Bustamante; Decat, 2020, p. 1, tradução nossa). Reivindicando modéstia na investigação filosófica e segregada em confortável refúgio para resolução de problemas em um limitado domínio, a teoria analítica conduz os pesquisadores a ocupar um plano metafísico para, a partir da reunião de intuições e truísmos sobre o direito e subsequente extração de suas pretensas propriedades necessárias e essenciais, formular proposições de segunda ordem, supostamente neutras, sobre sua natureza.

Explica Shapiro em *Legality* (2013, p. 2-10) que a teoria geral do direito se divide em duas subáreas: (i) *normativa* (que pode ser interpretativa ou crítica), a qual lida com os fundamentos morais do direito, e; (ii) *analítica*, que examina seus fundamentos metafísicos. Ele assinala que seu interesse primário na obra é com teoria do direito *analítica*; portanto, não se preocupa com moralidade, mas sim em fazer uma investigação filosófica sobre “a natureza fundamental do direito”, para oferecer resposta à pergunta “o que é direito”. Tenta, em outros termos, descobrir as propriedades e as implicações *necessárias* do direito (questão da identidade e questão da implicação).

Como será visto de modo detalhado na subseção 3.2.1, Hillary Nye (2022) argumenta que o método da análise conceitual, não responsivo à experiência, é equivocados. Defende então, como consequência, o ‘eliminativismo’ na filosofia jurídica, no sentido de que abandonemos completamente a pergunta acerca dos fundamentos do direito (‘o que é direito’). Por ora, contudo, interessa-nos aqui apenas aproveitar o rol de jusfilósofos adeptos da metodologia da análise conceitual apresentado por Nye: além de Scott Shapiro, engrossam a lista, entre outros, Joseph Raz, Julie Dickson, Jules Coleman e Kenneth Himma. Todos eles interpretam a pergunta “o que é direito?” como uma questão metafísica, a respeito da *natureza* do direito, a ser respondida através da investigação do conteúdo do conceito, a partir de intuições e truísmos, ou seja, pelo método da análise conceitual.

Assim que, perfilhando a visão de Postema quanto à natureza intrinsecamente crítica da teoria geral do direito, como um ramo da filosofia política, Bustamante e Decat (2020, p. 04) fazem referência nominal a Finnis. Apontam-no como “[...] também crítico da afirmação metodológica da descritividade em filósofos analíticos como Kelsen, Hart e Raz”, uma vez que, para Finnis, as diferenças nas descrições sobre a natureza do direito derivam da

divergência de opiniões, entre os próprios teóricos, sobre o que é importante e relevante no mesmo campo de dados e experiências, com o qual todos têm igual familiaridade.

Horácio Neiva e Victor Pinheiro (2020, p. 11-13) bem assinalam que o foco da argumentação crítica de Finnis contra o positivismo jurídico não é exatamente sua tese acerca dos critérios de validade jurídica (a qual ele admite, com algumas qualificações), mas sim a sua metodologia. Hoje, o positivismo não se resume a defender que o conteúdo e a existência do direito dependem apenas de suas fontes – e não de seus méritos (morais), como afirmava John Gardner; muitos positivistas contemporâneos também têm sustentado a separação entre valores morais e a própria *teoria* do direito. Por isso, Stephen Perry diferenciou as versões *substantiva* e *metodológica* do positivismo jurídico, a última a preconizar que a própria teoria do direito é moralmente neutra e puramente descritiva. E, “de acordo com Finnis, a teoria do direito tem uma importante dimensão valorativa, devendo ser entendida como um empreendimento *normativo*, e não puramente descritivo como defendido pelos positivistas metodológicos” (Neiva; Pinheiro, 2020, p. 13).

De fato, o uso do método da análise conceitual na teoria do direito (“positivismo metodológico”) e nas demais ciências sociais é fortemente repellido por Finnis.

Em resumo, extraio de sua argumentação, adiante exposta, que uma *teoria* que *almeja generalidade e pretende descrever ações humanas* – equivale a dizer, atos resultantes de livres escolhas, por pessoas que têm propósitos, objetivos, fins, valores – será necessariamente *avaliativa no método*: não há como ser normativamente inerte na adoção de um determinado conceito de *direito*, em meio a outros tantos disponíveis. E a *melhor* maneira de se *descrever* ‘o que é direito’ (fornecer o conceito teórico de direito em seu *significado focal*) é respondendo à pergunta ‘*por que* (introduzir, ter, apoiar, manter, aplicar e se conformar ao) direito’, na visão de alguém (i) que esteja engajado na prática (ponto de vista interno), (ii) que tome a obrigação jurídica como uma obrigação moral presumível e, para além disso, (iii) que seja uma pessoa praticamente razoável (ou seja, coerente, atenta a todos os aspectos e oportunidades do florescimento humano e de sua limitada comensurabilidade, preocupado em solucionar os problemas e ciente das condições econômicas e materiais nas interações sociais). Esse é o *caso central* do *ponto de vista jurídico*, a ser tomado como referência pelo teórico que tem o propósito de descrever o direito. ‘Teorizar’ – digo, selecionar questões para estudo e articular seus resultados – também consiste em um ‘fazer’ e, como tal, igualmente se submete às exigências de razoabilidade prática.

Esses aspectos metodológicos, a serem detalhados a seguir, foram tratados por Finnis ao longo de todo o capítulo I de NLNR, intitulado ‘Avaliação e a Descrição do Direito’, o

qual se decompõe em cinco seções, todas repletas de comentários adicionais no posfácio (Finnis, 2011, p. 03-22 e 426-438). Em *Aquinas*, a temática constitui objeto do capítulo II – ‘Assunto e Método’ (Finnis, 1998, p. 20-55). E também foi alvo específico do ensaio *Law and What I Truly Should Decide*, de 2003, republicado na coletânea como *Describing Law Normatively* – ‘Descrevendo o Direito Normativamente’ (Finnis, 2013d, p. 23-45). Invariavelmente, contudo, a matéria, por seu caráter fundamental, sempre reaparece, sob algum aspecto e em alguma medida, nos inúmeros escritos do autor, inclusive nos mais recentes, como exemplifica *The Nature of Law* (Finnis, 2020a, p. 38-58).

A porta de entrada para aproximação com o tema está em uma relevante diferenciação que Tomás de Aquino, comentando a Ética de Aristóteles, fez entre 04 (quatro) espécies, tipos ou domínios irreduzíveis de ordens ou padrões da realidade (*ordo*), que definem as ciências explanatórias correspondentes (*scientia*). Os quatro domínios são: (i) ordem da *natureza* (*rerum naturalium*), a qual não é afetada pelo nosso pensamento; ela constitui objeto de estudo das ciências naturais, matemática e metafísica; (ii) ordem da *lógica* – abrange os padrões ou sistemas que fazem nosso pensamento coerente e não falacioso, sendo objeto da lógica em sentido amplo; (iii) ordem da racionalidade prática (ou da ordem *existencial*), isto é, da ética ou *moral*, a qual se pode trazer para a deliberação sobre o que escolher e fazer (*do*) – *praxis* – para se atingirem fins no horizonte aberto da vida, permitindo distinguir escolhas, disposições ou ações como boas ou más, certas ou erradas; é tratada pelas ciências que formam a *philosophia moralis* (moral, economia, política); (iv) ordem dos *artefatos* ou *cultura* (*poiesis*) – que inclui tecnologias, artes, técnicas e linguagem –, pela qual podemos nos impor sobre a matéria (coisas, materiais, operações) através de uma racionalidade prática instrumental que concerne ao fazer (*make*), no sentido de produzir/fabricar (Finnis, 1998, p. 21; Finnis, 2020a, p. 38-39; Finnis, 2013a, p. 217-218).

Como será explanado mais adiante (subseção 2.3.3), Finnis sustenta em *The Nature of Law* que o direito pertence a todos os quatro domínios, isto é, está envolvido diretamente com todos eles. Entretanto, pondera ele, o que melhor explica as características do direito, “[...] tomando todos os quatro domínios juntos”, é “o seu caráter (do terceiro domínio) de resposta à necessidade moralmente relevante das comunidades humanas para o tipo de acesso à justiça que somente o direito sistematicamente fornece” (Finnis, 2020a, p. 40, tradução nossa). Atenta a essas quatro ordens irreduzíveis da realidade, a teoria do direito na tradição clássica da lei natural, como já dizia Finnis em outra ocasião (2002, p. 19-20), busca evitar os reducionismos nos quais incorrem outras correntes. Enquanto o realismo jurídico tende a

reduzir seu objeto e método às ciências naturais (primeira ordem), a teoria do direito de Kant o faz à lógica (segunda ordem) e o positivismo jurídico à tecnologia (quarta ordem).

Ora, as pessoas humanas são seres autônomos, racionais, dotados de inteligência e livre-arbítrio (*liberum arbitrium*). Guiadas por razões e valores, fazem escolhas livres (*libera electio*) e praticam ações, individualmente e em suas comunidades, que constroem suas próprias identidades em horizontes abertos. Elas são o princípio (*principium*), causa não causada, fonte de seus próprios atos, sobre os quais exercem domínio, poder (*potestas*). Tal realidade corresponde à terceira ordem (moral), que não pode ser reduzida a nenhuma das demais – natureza, lógica e tecnologias. Por consequência, às ciências sociais em geral e ao direito, que se propõem a investigar os fenômenos humanos, não é dado negligenciar esse (terceiro) domínio.

Aí reside um dos pilares da metodologia finnisiana. Na exata dicção extraída de *Aquinas* (Finnis, 1998, p. 22, tradução nossa),

(...) ações humanas e sociedades não podem ser adequadamente descritas, explicadas, justificadas ou criticadas, salvo se forem compreendidas como, também e fundamentalmente, produto de livres escolhas. Pois fazer livres escolhas e suas consequências consideradas como tais não são redutíveis a natureza, lógica ou técnica. (...)

Os principais teóricos desde Hobbes até a atualidade rejeitaram, com mais ou menos consciência, essa tese metodológica (...). Com efeito, hoje, quase todos que escrevem ou lecionam sobre teoria política ou social estão, em casos semelhantes, recusando ou falhando em reconhecer a realidade da livre escolha e tratando seu objeto como se fosse uma substância natural ou uma técnica ou produto de técnica. A metodologia de Tomás de Aquino oferece uma alternativa radical e, acredito, claramente superior.

Nesse sentido é que Finnis firmou, logo no início do primeiro capítulo de NLNR, que as ações, práticas, hábitos, disposições e discursos humanos – que constituem o objeto das ciências sociais –, somente podem ser plenamente compreendidos apreendendo-se “[...] sua finalidade (*point*), ou seja, seu objetivo, valor, significância ou importância, tais como concebidos pelas pessoas que os praticaram, neles se engajaram” (Finnis, 2011, p. 3, tradução nossa).

Aduzindo que “[...] nenhum teórico é capaz de oferecer uma descrição teórica e análise de fatos sociais sem também participar do trabalho de avaliação, de compreensão do que é realmente bom para as pessoas humanas e do que é exigido pela razão prática” (Finnis, 2011, p. 3, tradução nossa), ele aponta uma certa tensão entre, de um lado, a pretensão de generalidade/universalidade de uma teoria social descritiva e, de outro lado, as particularidades das práticas, variáveis conforme cada pessoa e cada sociedade. As concepções de direito são múltiplas e diversas. Indaga-se, então, como o teórico, que aspira

oferecer uma teoria descritiva geral – e não somente a conjunção de lexicografia com história local – decide o que deve contar como direito para os propósitos de sua descrição (Finnis, 2011, p. 4).

Os primeiros juristas analíticos não revelaram consciência desse problema, deixando de apresentar razões para justificar suas definições de direito, simplesmente estabelecidas de início e dadas como certas. Jeremy Bentham denotou que sua escolha derivava de uma possível intenção de impressionar mediante apelo exagerado à empiria e John Austin sugeriu que seu conceito resultara de uma atração por simplicidade e precisão. Também sem atenção crítica a essa questão metodológica e desprezando os múltiplos significados e referências à palavra ‘direito’, Hans Kelsen simplesmente procurou o ‘elemento comum’ em tudo que pudesse ser associado a um dos sentidos escolhidos (sem explicação) daquele termo e o elegeu como critério definidor da ‘essência’ do direito, a característica que limita o domínio de conhecimento pela ciência jurídica (Finnis, 2011, p. 4-6).

Já Hart e Raz ofertaram teorias que importaram substancial evolução pois, diferentemente dos demais, consideraram o *ponto de vista prático, do participante* (‘ponto de vista interno’ ou ‘ponto de vista jurídico’) – perspectiva pela qual se deve avaliar, na visão de Finnis, o que é *importante e relevante* para a teorização:

Por ‘prático’ (...) eu quero dizer ‘com uma visão para a decisão e ação. Pensamento prático é pensar sobre o que (se deve) fazer. Razoabilidade prática é razoabilidade em decidir, em assumir compromissos, em escolher e executar projetos e em agir em geral. Filosofia prática é uma reflexão disciplinada e crítica sobre os bens que podem ser realizados na ação humana e sobre as exigências de razoabilidade prática. Então, quando dizemos que os teóricos descritivos (cujos propósitos não são práticos) devem proceder, em sua indispensável seleção e formação de conceitos, adotando um ponto de vista prático, queremos dizer que eles devem avaliar a importância ou relevância de semelhanças e diferenças dentro do objeto pesquisado se perguntando o que seria considerado importante ou relevante naquela área por aqueles cujos interesses, decisões e atividades criam ou constituem o objeto. (Finnis, 2011, p. 12, tradução nossa).

Por esse motivo, Hart (cronologicamente antes de Raz, que foi seu aluno) é aclamado por Finnis: ele “[...] colocou a teoria do direito firmemente no caminho de volta – ou melhor, de avanço –, no ponto em que retoma a tradição clássica” (Finnis, 2002, p. 26-27, tradução nossa). Afinal, adotar o *ponto de vista interno* significa tratar as normas jurídicas como *razões* para a ação. Esse mesmo tema, registre-se, voltou à tona, com uma abordagem mais detalhada, no artigo *On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact*, publicado em 2007 (Finnis, 2013d, p. 230-256).

Apesar disso, Finnis questiona o fato de Hart e Raz não terem avançado para diferenciar os diversos pontos de vista internos. Enquanto o primeiro se contentara com a

categoria daqueles que “*utilizam* as normas como padrão para a avaliação da conduta alheia e da sua própria” (Hart, 2009, p. 127), o último se referira apenas àqueles que *seguem* as normas por *acreditarem* em sua validade, paradigmaticamente os juízes (Raz, 1999, p. 170-171). Isso, contudo, não basta. É preciso levar em consideração o chamado *caso central* do ponto de vista jurídico.

Caso central pode ser definido como um estado de coisas que corresponde a um determinado conceito teórico em seu *significado focal*; ele se diferencia dos denominados *casos periféricos* (versões ‘aguadas’, ‘diluídas’). Trata-se, aqui, de uma poderosa ferramenta metodológica desenvolvida e aplicada por Aristóteles em sua filosofia sobre questões humanas, fundamental para a teoria finnisiana, que explica como “[...] uma descrição cada vez mais *diversificada* do direito pode ainda assim ser oferecida como uma teoria *geral* do direito” (Finnis, 2011, p. 9, tradução nossa).

O dispositivo aristotélico nos orienta a identificar o *significado focal* (*pros hen* ou *aph’henos*) de determinado conceito (correspondente ao *tipo-ideal*, de Max Weber), partindo-se, para tanto, de todos os estados de coisas a que o termo razoavelmente se estende. Exploram-se os multisignificados do termo (unidos por algum princípio ou razão), diferenciando-se o desenvolvido do imaturo, o sofisticado do primitivo, o próspero do corrupto, o bom exemplar do anormal, o *simpliciter* (propriamente dito, diretamente, sem outra qualificação) do *secundum quid* (em um certo sentido, de uma maneira de falar). Nessa senda, a ideia do ‘mínimo denominador comum’ ou da ‘única coisa em comum’ não deve ser o ponto de chegada, como foi para Kelsen, mas sim o ponto de partida. Assim como há *casos centrais* e *casos* (mais ou menos) *periféricos* de ‘amizade’ (amizade profissional, amizade por conveniência, relações casuais e por diversão etc.), também há *casos centrais* e *casos periféricos* de ‘direito’, ‘autoridade’, ‘constituição’ e assim por diante. E se por um lado não se nega que casos periféricos sejam exemplos dos conceitos (como versões diluídas ou defeituosas se comparadas aos casos centrais), por outro lado não faz sentido limitar a explicação teórica dos casos centrais às características presentes apenas nos casos periféricos (Finnis, 2011, p. 9-11). Ao contrário,

[...] a explicação descritiva dos casos centrais deve ser tão rica e complexa conceitualmente quanto necessário para responder todas as questões pertinentes sobre os casos centrais. E então uma descrição dos outros exemplos pode traçar a rede de semelhanças e diferenças, as analogias e disparidades, por exemplo, de forma, função ou conteúdo, entre eles e os casos centrais. Desse modo, é possível revelar o ‘princípio ou razão’ porque o termo geral (‘constituição’, ‘amigo’, ‘direito’...) é estendido dos casos centrais para os mais ou menos limítrofes, de seu significado focal para seus significados secundários. (Finnis, 2011, p. 11, tradução nossa).

Neste sentido, “o campo adequado de qualquer ciência ou teoria inclui, apropriadamente, tudo que seja relacionado de forma relevante a um tipo central” – relação essa que Tomás de Aquino, adotando e aplicando o método aristotélico, designou como um dos diferentes tipos de *analogia* (Finnis, 1998, p. 43-44).

É por isso que, tomando de empréstimo palavras de Ronald Dworkin, “não precisamos negar que o sistema nazista foi um tipo de direito”, afinal de contas, “há um sentido válido em que se tratava, claramente, de direito. Mas não temos dificuldade em compreender alguém que diga que a lei nazista não constituía realmente um direito, ou era direito num sentido degenerado (...)” (Dworkin, 2014a, p. 128-129). Mesmo Scott Shapiro – positivista excludente e adepto da metodologia da análise conceitual – reconhece, em certa medida, o equívoco do positivismo em afirmar que diferenças entre sistemas jurídicos justos e sistemas jurídicos injustos constituem matéria estranha à ciência do direito (Shapiro, 2013, p. 390-391), como fazia Kelsen com sua teoria ‘pura’ do direito: “É ciência jurídica e não política do Direito” (Kelsen, 1996, p. 1).

Certo é que, embora retratem pontos de vista práticos, internos, os exemplos hipotéticos do ‘juiz anarquista’ de Raz (1999, p. 148) e daqueles que, segundo Hart (2009, p. 262), são leais ao sistema jurídico por ‘cálculos do interesse a longo prazo’, ‘atitude irreflexiva herdada ou tradicional’ ou ‘simples desejo de agir como os demais’, não instanciam o *caso central* do ponto de vista jurídico, aquele que o teórico descritivo do direito deve adotar como referência. Eles ainda são *casos periféricos* (desviantes, corruptos). Seus exemplos mais próximos do caso central – mas que ambos os autores recusaram distinguir para efeito de suas teorias – foram, respectivamente, do sujeito leal ao direito por ‘consideração desinteressada por outras pessoas’ (Hart, 2009, p. 262) e do que concebe a regra de reconhecimento como ‘moralmente justificada’ (Raz, 1999, p. 147-148).

Finnis, então, vai além de Hart e Raz para, no universo dos pontos de vista internos, selecionar o dos praticantes que tratam as *obrigações jurídicas* como presumíveis obrigações morais, ou melhor, como *presumíveis exigências de razoabilidade prática*. E, dentro desse segmento já restrito, Finnis aprofunda ainda mais, buscando o *ponto de vista daqueles* que, para além de tratar o direito como um aspecto da razoabilidade prática, *são, eles próprios, pessoas praticamente razoáveis*, vale dizer, indivíduos cujas visões sobre o que a razoabilidade prática efetivamente exige são mais razoáveis que as dos demais:

[...] Portanto, o caso central do ponto de vista em si é o ponto de vista daquelas que não apenas apelam para a razoabilidade prática, mas também *são* praticamente

razoáveis, vale dizer: coerentes; atentas a todos os aspectos da oportunidade e florescimento humanos e conscientes de sua limitada comensurabilidade; preocupadas em remediar deficiências e colapsos e consciente de suas raízes nos vários aspectos da personalidade humana, nas condições econômicas e materiais de interação social. Que razão poderia um teórico descritivo ter para rejeitar as escolhas e discriminações conceituais dessas pessoas, ao selecionar os conceitos com os quais construirá a descrição do caso central e, então, de todas as outras instâncias de direito como uma instituição social específica? (Finnis, 2011, p. 14-15).

Comentando o estreitamento e fortalecimento que Finnis propõe da perspectiva interna hartiana, Brian Bix sustenta: “Essa pode parecer uma pequena modificação à abordagem de Hart, mas ela é suficiente para levar um teórico a atravessar a fronteira, do positivismo jurídico [...] para a teoria da lei natural (avaliação moral central à compreensão do direito).” (Bix, 2002, p. 89, tradução nossa).

Caminhando para o desfecho desta seção sobre metodologia, consigna-se aqui o epítome de todo o capítulo I de NLNR, tal como enunciado no posfácio (Finnis, 2011, p. 426). Ele ostenta a forma de três argumentos principais: (i) em se tratando de ações humanas, uma teoria descritiva no propósito deve ser avaliativa no método; (ii) teoria geral do direito não é uma questão de análise conceitual (capaz de produzir apenas história local, lexicografia ou etnografia), pois tem como objeto a realidade de pessoas humanas, que agem com propósitos inteligentes (de assegurar paz, justiça e prosperidade); (iii) teoria social não é baseada em ciência natural e o substituto adequado para a análise conceitual não é o ‘naturalismo’.

Enfim, pressupor que se pode responder à questão ‘o que é o direito’ antes de enfrentar a questão ‘*porque* ter, criar, manter e se conformar ao direito’ constitui, como acusa Finnis explicitamente no ensaio *Describing Law Normatively*, um “erro filosófico” (Finnis, 2013d, p. 45). A rigor, cuida-se, em última análise, exatamente da mesma objeção, conquanto sob outra roupagem, levantada por Thiago Decat na obra *Racionalidade, Valor e Teorias do Direito* (2015, p. 383): “[...] a pretensão tipicamente positivista de abandonar a dimensão da justificação racional do direito e ater-se apenas à identificação das normas que compõem o sistema jurídico è a descrição factual de seu funcionamento falseia seu objeto de investigação.”

2.3.3 O Direito

Apresentou-se, no tópico anterior, o recurso metodológico aristotélico da busca pelo *significado focal* dos conceitos. Foi apontado que o *caso central do ponto de vista jurídico*, a

ser utilizado pelo teórico em sua descrição, é o da pessoa razoável, que participa da prática tomando o direito como gerador de (presumidas) obrigações morais.

Com essa perspectiva, Finnis propõe uma definição de *direito* no sentido focal do termo. Trata-se de uma concepção rica e multifacetada, contendo vários elementos, que abrange os diversos fenômenos associados às falas ordinárias (desfocadas) sobre direito e que é capaz de explicar como eles respondem às exigências permanentes de razoabilidade prática.

Conforme condensado na seção 6 do capítulo X de NLNR, o termo *direito*, em seu significado focal, refere-se a

regras produzidas, de acordo com regras jurídicas regulatórias, por uma autoridade determinada e efetiva (ela própria identificada e, normalmente, constituída como uma instituição por regras jurídicas), para uma comunidade ‘completa’, e apoiadas por sanções aplicadas conforme estipulações regradas de instituições julgadoras, esse conjunto de regras e instituições dirigidas para resolver com razoabilidade quaisquer problemas de coordenação da comunidade (e ratificar, tolerar, regular ou anular soluções de coordenação de quaisquer outras instituições ou fontes de normas) para o bem comum daquela comunidade, de uma maneira e forma adaptadas para tal bem comum pelas características da especificidade, minimização da arbitrariedade e manutenção de uma qualidade de reciprocidade entre os sujeitos de direito, tanto entre si quanto em suas relações com as autoridades legais (Finnis, 2011, p. 276-277, tradução nossa).

Note-se que o *caso central de direito* abrange *regras e instituições*. Como melhor esclarecido por Finnis em outro texto, há dois principais sentidos de sistema jurídico: “[...] sistema de regras e outras normas ou padrões que, como um conjunto, podem orientar o jurista e o cidadão” e “sistema como um conjunto de pessoas, grupos e instituições em interação [...], a sociedade a que o sistema jurídico no primeiro sentido pertence” (Finnis, 2013d, p. 16 e 425-429, tradução nossa).

Ademais, o direito, em seu significado focal, inclui o propósito de fazer *justiça* para promover o *bem comum* de uma *comunidade completa* (estado), solucionando *problemas de coordenação* com o uso da *autoridade* – conceitos esses já explorados em segmentos anteriores desta dissertação.

Inova-se, aqui, com a explicitação das características próprias do direito, vocacionadas para atingir esses fins. Elas podem ser sintetizadas em dois slogans, que expressam os dois modos de operação ou polos do sistema jurídico: ‘o direito é uma ordem coercitiva’ e ‘o direito regula sua própria criação’ (Finnis, 2011, p. 270). O primeiro emerge a partir da realidade mundana, marcada por problemas como fraudes, abuso de poder, crimes e infrações; já o segundo exprime 05 (cinco) características formais das ordens jurídicas que, segundo Finnis, são racionalmente justificáveis mesmo em um ‘mundo de santos’ (Finnis, 2011, p. 269-270) – ou, para usar a terminologia de Raz (1999, p. 159), em uma ‘sociedade de anjos’.

Começando pela coercitividade, destaca-se que a autoridade do direito depende de sua capacidade para assegurar justiça – o que às vezes somente pode ser alcançado, no mundo como ele é, através da força. Essa força coerciva do direito manifesta-se na repulsa a ataques violentos e invasão de intrusos, em prisões cautelares, apreensões, penhoras, alienações forçadas (intervenções preventivas e restrições) e, paradigmaticamente, nas sanções punitivas (punições). As proibições no direito penal têm o objetivo de reduzir a prática de certas condutas; mas, para além disso, visam a proporcionar conhecimento claro sobre o modo de atender às exigências do bem comum e os custos de eventuais desvios. Há necessidade de que os membros da comunidade sejam ensinados sobre quais são as efetivas exigências do direito (o caminho para o bem comum) por meio do drama público das apreensões, julgamentos e punições, e de que os potenciais e atuais recalcitrantes, não sensibilizados com razoabilidade de se favorecer o bem comum, recebam um incentivo palpável para se conformarem ao direito. Forçoso, ainda, que os cidadãos cumpridores das leis saibam que não ficarão à mercê dos criminosos, que os produtos e proveitos dos ilícitos não serão usufruídos pelos infratores e que seguir o direito não é ser um “otário”, afinal, sem tais garantias os mesmos deixarão de dar sua indispensável colaboração (Finnis, 2011, p. 260-262).

As sanções jurídicas assumem a forma de *punição* – e não de meras medidas acautelatórias ou de ‘higienização social’ – por uma exigência de *justiça*: quando alguém, agindo livremente, opta por favorecer seus interesses próprios em detrimento do curso de ação exigido pelo direito para o bem comum, ele obtém um certo tipo de vantagem sobre aqueles que se autocontiveram para cumprir o direito. Se as autoridades admitirem que os criminosos retenham essa injusta vantagem, eles perdem a razão para manutenção de seu título perante os bons cidadãos, já que a autoridade dos governantes deriva de sua oportunidade para promover o bem comum, sendo que “[...] um justo equilíbrio dos benefícios e encargos dentro de uma comunidade é um importante aspecto do bem comum” (Finnis, 2011, p. 263, tradução nossa). Por isso, conclui Finnis (2011, p. 263), a punição busca, caracteristicamente, “[...] restaurar o justo equilíbrio distributivo de vantagens entre o criminoso e o cumpridor das leis, de maneira que, ao longo do tempo que se estende de antes do crime até depois da punição, ninguém fique de fato em desvantagem [...] por ter escolhido permanecer dentro dos confins do direito”.

Passemos agora para as principais características formais distintivas das ordens jurídicas, que expressam a ideia de que direito regula sua própria criação e que são desejáveis mesmo em uma ‘sociedade de anjos’, vale dizer, livre de recalcitrância.

Finnis (2011, p. 266-270) arrola cinco: (i) por meio de regras e instituições (que definem, constituem e regulam uns aos outros), o direito traz definição, especificidade, clareza e, portanto, previsibilidade nas interações humanas; (ii) qualquer regra ou instituição jurídica, uma vez validamente criada, permanece juridicamente válida e eficaz de acordo com seus próprios termos ou até novo ato válido revogador; (iii) regras jurídicas também regulam as condições sob as quais um indivíduo particular pode modificar a incidência ou aplicação das regras (celebração de contratos, constituição de empresas etc.); (iv) o direito adota a técnica especial de tratar atos passados como hábeis a fornecer, hoje, razão suficiente e excludente para agir conforme antes previsto (a conveniência dessa atribuição de autoritatividade a atos passados é dupla: o passado não pode ser alterado, provendo o presente com um ponto de referência estável; além disso, o presente logo será passado, permitindo que se determine, hoje, o quadro do futuro); (v) inexistência de lacunas na ordem jurídica, presumindo-se que toda questão prática presente já foi considerada em atos jurídicos passados.

Essas propriedades formais do direito são mais instanciadas tanto mais forem atendidos aqueles oito¹⁵ conhecidos princípios (desiderata) de moralidade interna propostos por Lon Fuller em *The Morality of Law* (Fuller, 1969, p. 33-94), conducentes à noção de Estado de Direito (*Rule of Law*). Estado de Direito, nos dizeres de Finnis (2011, p. 270, 272 e 273, tradução nossa), é “[...] o nome comumente dado ao estado de coisas em que o sistema jurídico está juridicamente em boa forma”; consiste na “[...] virtude específica dos sistemas jurídicos”, “uma virtude da interação humana e da comunidade”, encontrando-se “entre as exigências de justiça ou equidade”. O valor primário realizado pela previsibilidade proporcionada pelas cinco características formais do direito listadas acima e também pela noção de governo constitucional (*Rechtsstaat*) é a *dignidade* dos sujeitos:

[...] Indivíduos somente podem ser eles [*selves*] – ou seja, ter a ‘dignidade’ de serem ‘agentes responsáveis’ - se eles não forem feitos para viver suas vidas para a conveniência de outros, mas sim se puderem e forem auxiliados a criar uma identidade subsistente ao longo da vida. Esse é o valor primário da previsibilidade que o direito busca estabelecer através das cinco características formais discutidas acima. [...] Mas ele é também o valor primário da noção de governo *constitucional* (*Rechtsstaat*), o qual [...] busca garantir que governantes não irão dirigir o exercício de sua autoridade para objetivos privados ou partidários. [...] Implicitamente, um componente importante da ideia de governo constitucional (que é, em si, um aspecto da ideia de Estado de Direito) é que os governantes se atenham ao lado que ocupam em uma relação de reciprocidade, em que as reivindicações de autoridade são respeitadas desde que a autoridade respeite as reivindicações do bem comum (de que

15 Em apertada síntese, um sistema jurídico deve ter regras (1) relativamente gerais, (2) publicizadas, (3) prospectivas, (4) compreensíveis, (5) não contraditórias, (6) exequíveis, (7) suficientemente constantes e (8) congruentes com sua administração.

é componente fundamental o respeito pelo igual direito de todos a uma consideração respeitosa [...]. (Finnis, 2011, p. 272-273, tradução nossa).

Como se enxerga com nitidez e na linha da distinção já exposta alhures (subseção 2.1.4, *supra*), a definição de *direito* ora examinada, construída por Finnis a partir da metodologia do significado focal, não corresponde ao *direito natural* ou *lei natural* (*natural law*) – aquele conjunto de preceitos basilares de razão prática objeto de análise nas seções anteriores da presente dissertação; refere-se, isto sim, ao *direito positivo*, ou seja, o direito produto da deliberação e escolha humanas.

Impende ter cuidado, portanto, quando se fala em jusnaturalismo e positivismo jurídico. Bem alerta Finnis em *Legal Philosophy: Roots and Recent Themes*, de 2005, que “[...] esses são rótulos confusos porque cada qual é uma teoria precisamente sobre direito *positivo*, ou seja, do direito feito ou adotado – posto – para uma comunidade específica por pessoas identificáveis reivindicando autoridade [...]” (Finnis, 2013d, p. 158, tradução nossa).

Rememoremos, na esteira do artigo *The Truth in Legal Positivism* e conforme antecipado na subseção 2.3.1, que foi Tomás de Aquino quem erigiu o *direito positivo* como uma categoria distintiva, objeto completo de estudo próprio, quando tratou da antiga divisão entre direito natural (*ius gentium*) e direito positivo ou ‘civil’ ou ‘legal’ (*ius civile*) *dentro do direito positivo* (Finnis, 2013d, p. 174-188). Na *Suma Teológica*, ele assinalou que toda lei humana positiva, salvo quando mera *corruptio*, é derivada do conjunto de preceitos conhecido como lei natural (*lex naturae*) por uma das duas formas que ele já havia indicado em seus comentários à *Ética* de Aristóteles: (i) ou por conclusão/dedução de tais princípios; (ii) ou pela concretização de generalidades – *determinatio*. Contudo, a circunstância de algumas leis positivas também serem normas da lei moral natural, isto é, exigências de razoabilidade prática, não diminui em nada sua positividade, ou seja, “[...] o fato [...] de que elas foram humanamente positivadas, pela vontade humana, e podem ser estudadas *como positivas*” (Finnis, 2013d, p. 183, tradução nossa).

NLNR contém uma seção (X.7) dedicada ao tratamento desses dois modos pelos quais o direito positivo é derivado da lei natural. Fazendo referência a lições do jurista inglês Christopher St. German, do século XVI, Finnis reforça que “[...] a preocupação fundamental de qualquer teoria jusnaturalista consistente” está em “compreender a(s) relação(ões) entre as leis particulares das sociedades particulares e os princípios permanentemente relevantes de razoabilidade prática” (Finnis, 2011, p. 281, tradução nossa). Não por acaso, consoante já assinalado anteriormente (subseção 2.3.1), o parágrafo inaugural do livro logo anunciou que seu objeto era, além de identificar os bens humanos e as exigências de razoabilidade prática,

mostrar como e em que condições eles podem ser assegurados através das instituições do direito humano (positivo), apontando quando essas últimas são justificadas ou defeituosas (Finnis, 2011, p. 3). A teoria da lei natural, portanto, não nega a positividade do direito e o papel dos fatos sociais na determinação de seu conteúdo, mas concebe a positivação do direito como ato guiado por princípios de razoabilidade prática – e não como ato de mero capricho, convenção ou pura decisão ou vontade:

A tradição teórica da lei natural não está preocupada em minimizar o alcance e a determinação do direito positivo ou a suficiência geral das fontes positivas como solventes dos problemas jurídicos.

Ao contrário, a preocupação da tradição [...] tem sido mostrar que o ato de ‘positivar’ o direito (judicial, legislativamente ou de outro modo) é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras ‘morais’; que tais normas morais são uma questão de razoabilidade objetiva, não de capricho, convenção ou mera ‘decisão’; e que essas mesmas normas morais justificam (a) a própria instituição do direito positivo, (b) as principais instituições, técnicas e modalidades dentro dessa instituição (e.g. separação de poderes) e (c) as principais instituições reguladas e sustentadas pelo direito (e.g. governo, contrato, propriedade, casamento e responsabilidade penal). O que verdadeiramente caracteriza a tradição é que ela não se contenta em apenas observar o fato histórico ou sociológico de que a ‘moralidade’ afeta o ‘direito’, mas, ao revés, busca determinar o que as exigências de razoabilidade prática realmente são, de modo a dar uma base racional para as atividades de legisladores, juízes e cidadãos. (Finnis, 2011, p. 290, tradução nossa).

Nesse sentido, a teoria (neo)clássica da lei natural finnisiana, seguindo a tradição de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, rejeita a *vontade* como pretensa fonte da normatividade, classificando-se, nos termos empregados por Finnis no posfácio de NLNR, como “[...] resolutamente ‘intelectualista’, em oposição a ‘voluntarista’, nas suas estratégias para explicar e justificar os predicados morais – e, então, jurídicos” (Finnis, 2011, p. 425, tradução nossa). E como bem lembra Robert George (2015, p. 04-05), na linha do que já foi exposto no tópico 2.3.2, *supra*, o germen da conclusão finnisiana de que o direito se conecta com a busca da razão por justiça e pelo bem comum – direito como *razão* e não como mera *vontade* – encontra-se nas críticas de Hart ao positivismo jurídico de Bentham: com a adoção do ponto de vista interno, iniciou-se ali um movimento de afastamento do voluntarismo (direito como vontade), em direção ao reconhecimento do direito como racionalmente fundamentado.

As afirmações jusnaturalistas, equivalentes entre si, de que ‘em toda lei positiva bem feita está de algum modo a lei da razão’ (St. German) e de que ‘toda lei estabelecida pelo homem tem o caráter de lei apenas na medida em que ela é derivada da lei natural’ (Tomás de Aquino) explicam-se por aqueles dois diferentes modos de derivação referidos acima: (i) como conclusões inferidas (em processo análogo ao de dedução) dos princípios gerais da lei

natural ou (ii) como implementações/concretizações (*determinationes*) dessas diretivas gerais, ou seja, através de *escolhas* (tal como se dá quando o arquiteto, diante de uma ideia geral, realiza uma série de escolhas possíveis para a determinação/especificação da casa em particular). Finnis, entretanto, qualifica a doutrina tomista, esclarecendo que nenhum dos dois tipos de derivação é puro e estanque. A proibição do homicídio, por exemplo, consiste em regra dedutível do princípio básico de que a vida humana é um bem, combinado com a sétima exigência metodológica de razoabilidade prática (de respeitar e não atentar diretamente contra nenhum valor básico). Traduz hipótese emblemática da primeira espécie de derivação (por aplicação direta/dedução). Todavia, a construção do regime jurídico-penal em torno do homicídio (técnica redacional legislativa para tipificação da conduta, cominação das sanções, previsão de outras consequências etc.) envolve adaptações/elaborações, para integração ao Estado de Direito, próprias do segundo tipo de derivação (*determinatio*). Da mesma maneira, uma regra de trânsito estipulando o lado de circulação e o limite de velocidade em certa via, embora seja típico caso do segundo modo de derivação, por escolha mais ou menos livre ante a multiplicidade de opções possíveis (*determinatio*), é produzida, interpretada e aplicada à luz de princípios jurídicos estruturantes ou de amplo alcance, formais ou substantivos, que, por sua vez, são derivados diretamente dos preceitos da lei natural (primeiro modo de derivação) (Finnis, 2011, p. 281-290).

Assim, conforme será discutido a partir da próxima subseção, a normatividade do direito está associada, grosso modo, à *pluralidade* de alternativas *razoáveis* possíveis para solução dos problemas de coordenação e realização do bem comum em determinada comunidade e às *escolhas* efetivamente realizadas pela autoridade (*determinatio*) – as quais, desde que consistentes com os princípios e exigências permanentes de razoabilidade prática, tornam-se moralmente obrigatórias, vinculantes aos olhos daqueles sujeitos à autoridade. Esse retrato, aliás, evidencia a inconsistência da crítica desferida por Kelsen ao jusnaturalismo quando o acusa de conceber o direito como ‘simples emanção’ ou ‘cópia’ da lei natural (Finnis, 2011, p. 28-29; Kelsen, 2005, p. 594).

Mas antes de avançarmos para o tópico seguinte – que, como mencionado, será focado na normatividade jurídica –, alguns pontos importantes ainda suscitam aprofundamento nesta subseção geral sobre o conceito de direito.

Foi visto que o interesse precípua da teoria do direito (*jurisprudence*) na tradição jusnaturalista clássica, nomeadamente a finnisiana, é explicar, a partir do *ponto de vista interno* do praticante razoável, a base *racional* do direito, assim *justificando-o*. Isso é feito no contexto de uma doutrina ética e uma filosofia política que sustentam a existência de *valores*

humanos básicos inteligíveis e os correspondentes *princípios* de razão prática, além de *exigências permanentes de razoabilidade prática* para instanciação desses bens, incluindo *demandas de justiça* para realização do *bem comum* nas comunidades, através do exercício da autoridade.

Nesse sentido, a ‘necessária’ relação entre *direito e moral*, tal como concebida por essa corrente do pensamento, traduz-se na inafastável “atenção crítica para *o que a moral tem a dizer sobre o direito*” (Finnis, 2002, p. 14); ela *não* tem pertinência com tese sobre *validade jurídica*. Em outras palavras, admite-se que uma lei injusta positivada pela autoridade competente de acordo com os critérios fixados pelas fontes sociais aceitas pela comunidade é direito. Para Finnis, conforme já apontamos acima, e também na subseção 2.1.2, tal lei será juridicamente válida (Finnis, 2011, p. 365) mas, por conter vício moral (injusta) e contrariar a razoabilidade prática, será *defeituosa enquanto direito* (Finnis, 2011, p. 23-24; Crowe, 2011, p. 305-306).

Providos do método do significado focal dos conceitos, apresentado no tópico 2.3.2, *supra*, podemos apreender com facilidade que uma *lei injusta* não deixa de ser, em um certo sentido ou de uma certa maneira de falar, *lei*; cuida-se, por assim dizer, de um *caso periférico*, uma versão corrupta, diluída, aguada, *secundum quid* de lei (significado secundário). Ela se diferencia de um *caso central*, propriamente dito ou sem qualificação de lei (*simpliciter*) – que é a lei positiva justa, que se conforma com os princípios morais e os ditames da razão natural.

Desde a antiguidade clássica, Platão já alertava, através de um diálogo entre Sócrates e o sofista Hípias, para a coexistência de duas versões de direito – uma periférica, da fala ordinária, e outra correspondente ao caso central (Finnis, 2013d, p. 160):

Sócrates – Sendo assim, quando se enganam a respeito do bem as pessoas que se propõem a fazer leis, enganam-se no mesmo passo com relação à lei e ao que é legal, não te parece?

Hípias – A rigor, Sócrates, é assim mesmo; porém os homens não costumam expressar-se dessa maneira. (Hípias Maior 284d).¹⁶

Essa diferenciação também vem registrada em outros textos gregos da época, como Memorabilia, de Xenofonte, e Minos, controvertidamente atribuído a Platão. Ambos sugerem que, a despeito da compreensão geral da irrelevância da (in)justiça de uma lei para sua aplicabilidade empírica, “[...] existe entretanto boa razão para dizer que, em uma compreensão mais adequada de lei [direito], leis injustas são ‘mais uma questão de força que de direito’ e

16 Platão. *Hípias Maior*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Pará: Editora Universidade Federal do Pará, 1980.

são ‘direito, mas não sem qualificação’ (*Minos* 314e).” (Finnis, 2013d, p. 159, tradução nossa).

Aí reside a explicação para o aforismo *lex injusta non est lex* (‘lei injusta não é lei’ ou ‘direito injusto não é direito’), um teorema subalterno da teoria da lei natural (Finnis, 2011, p. 351), extraído de um diálogo de Santo Agostinho sobre o livre arbítrio (‘uma lei que fosse injusta não pareceria ser lei’). Com outras formulações, ele foi enunciado por Platão (‘decretos, na medida em que não forem para o interesse comum de toda a comunidade, não são verdadeiramente leis’), Cícero (‘na própria definição do termo ‘direito’, são inerentes a ideia e o princípio de escolher o que é justo e verdadeiro’), Aristóteles e Tomás de Aquino (leis injustas são ‘mais ultrajes do que leis’; ‘não é lei, mas uma corrupção de lei’; ‘não é lei *simpliciter*’) (Finnis, 2011, p. 363-364; Finnis, 2013d, p. 159).

Tal como proclamada pela tradição jusnaturalista, a máxima diz, precisamente, que ‘lei injusta não é lei’ (ou *direito* injusto não é direito). Ela seria, pois, um notório e completo absurdo, uma grosseira autocontradição, não fosse concebida como uma dramatização igualmente presente em afirmações do tipo ‘amigo desleal não é amigo’, ‘constituição tirânica não é constituição’, ‘argumento falacioso não é argumento’, ‘remédio letal não é remédio’ e ‘contrato nulo não é contrato’ (Finnis, 2011, p. 364; Finnis, 2013d, p. 7 e 30; Finnis, 2020a, p. 52-53). Claramente, lida-se aí com aquela relação entre significado periférico (versão corrupta/incompleta/aguada) e significado focal (caso central) de um mesmo conceito, sob o mesmo nome (lei/direito, amigo, constituição, argumento, remédio ou contrato), que, conforme exposto anteriormente (subseção 2.3.2), Tomás de Aquino denominou *analogia* (Finnis, 1998, p. 43-44). Nessa acepção, lei injusta é ‘análoga’ a lei em seu sentido focal. E assim como os remédios letais são descritos e vendidos como medicamentos, os contratos nulos estão explicados nos manuais de direito dos contratos e os argumentos falaciosos têm lugar em livros de retórica e lógica, as leis injustas certamente também merecem atenção e descrição na filosofia do direito (Finnis, 2013d, p. 30 e 160).

A proposição defendida pela teoria jurídica da lei natural não se confunde com slogans que críticos juspositivistas, a exemplo de Hart, indevidamente imputaram à tradição: ‘o que é totalmente imoral não pode ser lei’, ‘certas regras não podem ser leis por conta de sua iniquidade moral’, ‘essas coisas más não são direito’ ou ‘nada iníquo pode ter, em qualquer lugar, status de direito’ (Finnis, 2011, p. 364). O teorema jusnaturalista estatui, ao revés, que ‘lei injusta não é lei’ (ou *direito* injusto não é direito). Assim,

Longe de negar validade jurídica a regras iníquas, a tradição explicitamente (ao falar de ‘leis injustas’) concede validade jurídica a regras iníquas, seja com fundamento e

no sentido de que essas regras são aceitas nos tribunais como guias para as decisões judiciais, seja sob o fundamento e no sentido de que, a juízo do orador, elas satisfazem o critério de validade estabelecido pelas regras constitucionais ou outras regras jurídicas, seja sob ambos os fundamentos e em ambos os sentidos (Finnis, 2011, p. 364, tradução nossa).

Por tudo isso, Finnis acusa a ininteligibilidade da pretensão do positivismo jurídico de se colocar como um desafio à teoria da lei natural. Conforme aduzido no artigo *Natural Law: The Classical Tradition*, de 2002 (p. 14), desde 1776, com *A Comment on the Commentaries*, de Jeremy Bentham, o positivismo jurídico teve “[...] 225 anos para tornar seu desafio inteligível. O melhor que seus expoentes contemporâneos podem oferecer como uma afirmação de seu desafio parecer ser: ‘não há conexão necessária entre direito e moral’”. Entretanto, prossegue Finnis (2002, p. 14, tradução nossa), “[...] a teoria clássica da lei natural sempre fez entusiasticamente essa afirmação. Algumas leis são totalmente injustas, totalmente imorais” e “o fato de algo ser declarado ou promulgado como direito pelas fontes sociais autorizadas [...] não implica que seja [...] moralmente aceitável”.

Nessa trilha, como estampado em *The Truth in Legal Positivism* (Finnis, 2013d, p. 184-185), a asserção de que ‘existe uma conexão necessária ou conceitual entre o direito e a moral’ é ambígua, admitindo, na visão jusnaturalista, respostas antagônicas. Haja vista que a tradição admite a hipótese de existirem leis positivas imorais, a afirmativa, em um sentido, revela-se falsa. Mas em outro sentido, a proposição é verdadeira, porque as razões que as pessoas têm para instituir, manter, reformar ou restaurar sistemas de direito positivo incluem certas razões morais. Igualmente dúbia é a afirmativa de que a identificação da existência e conteúdo do direito não exige nenhum recurso a argumentos morais. Sob certo prisma, ela é verdadeira, pois somente assim se identificam as leis más (*leges iniquas*) positivadas pela ação humana (costumes, legislação e decisões judiciais). Todavia, é falsa se considerarmos que a identificação do dever jurídico de um juiz ou qualquer outro sujeito de direito é sempre uma questão de responsabilidade moral, que deriva da influência dos princípios e normas morais no direito positivo da comunidade.

Essa aparente contradição é facilmente dissipada quando se tem em mente a já referida ‘vida dupla’ do direito (subseção 2.3.1, *supra*). Finnis insiste em que o direito se apresenta com vida dupla: ele existe (i) como o puro *fato* de que certas pessoas fizeram algo no passado e certas pessoas, aqui e agora, possuem tais dispositivos para decidir e agir e; (ii) como *padrões diretivos* para a deliberação consciente de quem tem a responsabilidade de decidir (fazer justiça) de acordo com o direito (Finnis, 2002, p. 11). Em ensaio produzido no ano de 1999 – *The Fairy Tale’s Moral*, republicado com o nome *Adjudication and Legal Change* –,

Finnis (2013d, p. 397) assinala que o direito vigora como matéria de *fato* (decisões, votos e práticas prevalentes entre certos grupos e pessoas, como tribunais e seus agentes), suscetível de descrição por historiadores e observadores. Mas ele vigora orientando o raciocínio prático de tais pessoas ou grupos. E para se alcançar conclusões normativas (isso deve ser feito, aquilo é indesejável etc.), fatos contam no raciocínio prático apenas em virtude de alguma premissa normativa, fonte da diretividade do raciocínio para a decisão e ação. O direito então figura no raciocínio como *norma*. Enfim, “[...] a existência, força e eficácia do direito – sua vida – podem então sempre ser compreendidas como um fato puro (histórico e previsível) ou, alternativamente, como um padrão diretivo.” (Finnis, 2013d, p. 397, tradução nossa).

E embora a teoria clássica da lei natural “tenha respeito” e “busque se beneficiar” das considerações descritivas, históricas e ‘sociológicas’ do direito, que o examinam como *fato* (complexo), está primordialmente preocupada, entretanto, com a investigação que o trata como *norma*, vale dizer, enquanto “boas razões para a ação”. Ocorre que, “[...] quando a deliberação segue seu curso, as *razões* realmente boas e verdadeiramente suficientes que temos para a ação [...] são razões morais”, de modo que, para esse tipo de análise, “[...] nada contará como direito, salvo se estiver em conformidade com as exigências da moralidade” (Finnis, 2002, p. 12, tradução nossa).

Por todo o exposto, Finnis ‘vê pouco a objetar’ contra a tese do positivismo jurídico enunciada por John Gardner (‘Em qualquer sistema jurídico, se uma dada norma é juridicamente válida e, portanto, se pertence ao direito daquele sistema, depende de suas fontes, não de seus méritos’). Conforme explicitado por Finnis em *Describing Law Normatively*:

O sentido que ela dá aos termos ‘juridicamente válida’ e ‘direito’ é *precisamente* o sentido necessário para dar sentido ao bem conhecido slogan (...) não usualmente associado ao positivismo, ‘uma *lei* injusta [algo *juridicamente* válido em sua elaboração, mas seriamente injusto] – *não* é uma *lei* [carece de algo essencial para o propósito central do direito de determinar o que eu verdadeiramente devo fazer]’. (Finnis, 2023d, p. 43-44, tradução nossa).

Isso não implica dizer que o autor subscreve a tese da exclusividade das fontes sócio-factuais na identificação do direito. Muito pelo contrário. Embora sublinhando que a tradição da teoria da lei natural não se caracteriza por oferecer nenhuma resposta particular para essa questão (Finnis, 2011, p. 290), Finnis foi categórico em afirmar, no posfácio de NLNR, que “[...] a ideia de que ‘todo direito é identificado por referência somente a fatos sociais’ [legislação, decisão judicial etc.] é insustentável” (Finnis, 2011, p. 472, tradução nossa). Para

ele, o raciocínio jurídico sobre fontes e condições de validade depende de argumentos avaliativos como desejabilidade de coerência aqui e agora, estabilidade ao longo do tempo, fidelidade aos empreendimentos, respeito a expectativas legítimas, evitação da tirania, preservação da comunidade e sua capacidade de autogoverno, proteção dos vulneráveis, incentivo para investimentos, manutenção do Estado de Direito e outros.

Falando de outro modo, Finnis refuta o *positivismo excludente* ou exclusivo de Raz, traduzido na *tese da fontes*: “Todo o direito é baseado em fontes. [...] O direito é baseado em fontes se sua existência e conteúdo podem ser identificados apenas por fatos sociais, sem recurso a nenhum argumento avaliativo” (Raz, 1996, p. 210-211, tradução nossa). Conforme assinalado por Finnis na introdução do volume IV de sua coletânea de ensaios, *Philosophy of Law*, traduzir direito ‘baseado em fontes’ como aquele identificado ‘apenas por fatos sociais’ é duplamente problemático porque, na linha do que foi dito, (i) nunca se pode tratar um *fato sozinho* como razão para nada, devendo sempre haver, necessariamente, algum argumento avaliativo (promoção de algum bem – necessidade humana) para se tratar fato(s) como base para identificar alguma proposição de dever, ou seja, normativa/diretiva, e (ii) cidadãos, juízes e demais agentes não olham para os atos legislativos e judiciais do passado como fatos sociais puros e simples, mas em seu contexto intrassistêmico, que alberga argumentos avaliativos como os exemplificados no parágrafo anterior (Finnis, 2013d, p. 04-05).

A seu turno, o *positivismo includente* ou inclusivo, com a tese da incorporação (padrões morais são incorporados ao direito se e quando previsto pelas fontes sociais), também não é capaz de explicar a normatividade jurídica. Afinal, “[...] se você quer ser ‘positivista’, ‘rigorosamente descritivo’ sobre o direito como uma espécie de fato social, melhor ser positivista, rigorosamente descritivo, sobre a moral também” (Finnis, 2002, p. 15, tradução nossa). Nessa visão, o que a regra de reconhecimento do sistema jurídico estaria a incorporar – e os positivistas inclusivos não se dão conta disso – seriam meras *crenças* dos juízes ou membros da comunidade sobre as razões para a ação, vale dizer, *fatos* sociais, e não exatamente a *moral*, ou seja, *genuínas razões* para a ação. Leis positivas somente podem ser fatos sociais que contam como (boas/genuínas) *razões* na medida em que a moral assim o permita.

Enfim, o positivismo – excludente ou includente –, ao (orgulhosamente) anunciar que somente lida com o *ser* (fatos), não consegue transpor a ponte para o *dever ser* (normas), pois “[...] priva-se da única *fonte* concebível de razões para ação (deveres), nomeadamente valores verdadeiros e intrínsecos (bens humanos básicos e os primeiros princípios proposicionais de razão prática que nos orientam a perseguir tais bens e a evitar o que lhes causa danos)”

(Finnis, 2002, p. 21, tradução nossa). Mas como essa proposição está afeita diretamente à normatividade do direito, exame mais metucioso da questão será alvo da subseção seguinte.

Neste tópico, que se dedica a revelar a concepção finnisiana de direito, apresentando sua definição, seus elementos e características gerais, sem aprofundar ou focalizar o aspecto da sua normatividade, ou seja, sem tratar especificamente da obrigação jurídica (a autoritatividade do direito, sua diretividade ou capacidade de gerar razões para a ação, produzindo obrigações, direitos, permissões, privilégios e poderes), resta, por derradeiro, trazer a lume a abordagem madura e abrangente sobre o tema veiculada por Finnis em um recente artigo: *The Nature of Law* (A Natureza do Direito), que integra um compêndio da Universidade de Cambridge sobre filosofia do direito, publicado em 2020.

Para tanto, lembremo-nos¹⁷ daquela distinção feita por Tomás de Aquino, ao comentar a Ética de Aristóteles, dos 04 (quatro) domínios irreduzíveis de padrões da realidade (*ordo*) e respectivas ciências explicativas: (i) ordem da *natureza*; (ii) ordem da *lógica*; (iii) ordem da *moral*; e (iv) ordem da *cultura* ou *técnica* (*poiesis*).

Esse assunto havia sido abordado em NLNR de modo ainda muito incipiente¹⁸ (em seção dedicada a explicar os tipos de relações unificadoras das pessoas nas comunidades humanas), como admitido pelo próprio Finnis (2011, p. 135-138 e 457). O tema somente foi melhor depurado pelo autor em *Aquinas* (Finnis, 1998, p. 21-22) e nos artigos *Legal Reasoning as Practical Reason*, de 1992 (Finnis, 2013a, p. 216-220), e *The Thing I Am: Personal Identity in Aquinas and Shakespeare*, de 2005 (Finnis, 2013b, p. 36-38).

No sobredito artigo de 1992, Finnis (2013a, p. 217, tradução nossa) assinalou que “[...] quase todo estado de coisas humanas interessante instancia as quatro ordens da realidade”. Dá-se o exemplo de uma palestra: os *sons* emitidos pelas cordas vocais do palestrante e ouvidos pela platéia pertencem à primeira ordem (*natureza*); as *exposições*, *argumentos* e *explicações* transmitidas pelo falante aos ouvintes concernem à segunda ordem (*lógica*, metodologia, epistemologia); a *palestra* enquanto tal refere-se à terceira ordem, ou seja, domínio das escolhas, disposições e ações dos sujeitos – *praxis* (existencial, moral ou política); por fim, o *idioma* utilizado na palestra (língua portuguesa, por exemplo) está na quarta ordem – *poiesis* (*cultura*).

Muitas falhas e deformidades encontradas nas ciências sociais, inclusive na teoria do direito, resultam de um tratamento reducionista e negligente sobre as complexidades e

¹⁷ Vide subseção 2.3.2, *supra*.

¹⁸ Além disso, invertendo-se a terceira ordem (*moral*) com a quarta (*técnica*).

ambiguidades advindas das distinções dessas quatro ordens, notadamente entre a terceira e a quarta:

A distinção particularmente relevante para a teoria do direito é aquela entre a terceira ordem (existencial, moral) e a quarta ordem (cultural, técnica). Poucas escolhas moralmente importantes podem ser realizadas sem se empregar alguma técnica construída culturalmente; e nenhuma técnica pode ser disponibilizada ao uso humano sem alguma escolha moralmente importante. Mas cada técnica possui uma inteligibilidade integral, de quarta ordem, que pode ser explicada sem se referir às escolhas moralmente importantes pelas quais ela deve ser usada e aos princípios morais de razoabilidade prática pertinentes a tais escolhas. (...)

Eu sustento que a distintividade e a dificuldade do raciocínio e da racionalidade jurídica estão em que, a serviço de um escolhido propósito de terceira ordem, existencial e moral – de viver em sociedade em uma ordem de relacionamentos justa e correta –, foi e está sendo construído um objeto da quarta ordem, ‘o direito’ (...) (Finnis, 2013a, p. 218-219).

Assim, sustentou Finnis (2013a, p. 219-220) que, embora o raciocínio jurídico seja ‘ao menos em grande parte’ raciocínio técnico, preocupado em atingir objetivos através de disposições eficientes segundo a lógica de meio-fim, com artificial clareza e precisão, fornecendo um algoritmo para facilitar as decisões na maior quantidade possível de casos (quarta ordem), não se pode descuidar que o direito é um objeto cultural construído e estabelecido pelas escolhas humanas para um propósito moral (terceira ordem).

A mesma tese é reafirmada em *Commensuration and Public Reason*, publicado no ano de 1997 (Finnis, 2013a, p. 233-255). Colhe-se dali que o direito, em larga medida e em muitos aspectos, constitui técnica, quer dizer, manipulação de artefatos culturais para objetivos específicos (localizando-se na quarta ordem, que é o domínio próprio das análises de ‘custo-benefício’); todavia, o direito também consiste em um empreendimento moral, criado e mantido por indivíduos e grupos guiados por razões em um horizonte aberto (o que o situa na terceira ordem). Concomitantemente, o direito é uma mensuração medida¹⁹: assim como provê os membros da comunidade com padrões, regras ou medidas comuns para orientação e avaliação de sua conduta (um paradigma de razões e escolhas públicas), ele é avaliado pela medida racional do bem comum, uma especificação do integral florescimento humano naquela comunidade particular.

Em *Natural Law: The Classical Tradition*, de 2002, Finnis criticou o reducionismo de outras teorias do direito, apontando que o realismo jurídico tende a reduzir seu objeto e método às ciências naturais (primeira ordem), a teoria kantiana (jusnaturalista moderna) o faz à lógica (segunda ordem) e o positivismo jurídico à tecnologia (quarta ordem). Diferentemente, segundo ele, a teoria da lei natural “busca evitar todos esses tipos de

¹⁹ “Law is a measured measure” (Finnis, 2013a, p. 254).

reducionismo” e explica “porque e como o direito, embora dependente de sua razoabilidade ética para seu valor e normatividade ou autoridade, *não pode ser reduzido à ética*, ou a qualquer dedução dela, mas é em grande parte genuinamente criado, completamente positivo” (Finnis, 2002, p. 20). Aliás, esse aspecto técnico-cultural do direito positivo (quarta ordem), como apontado no artigo *Legal Philosophy: Roots and Recent Themes*, de 2005 (Finnis, 2013d, p. 170-171), teria sido subestimado na teoria da integridade apresentada por Dworkin em *Law’s Empire – ‘O Império do Direito’* (Dworkin, 2014a). Ali, Dworkin situou o direito não em regras e padrões existentes²⁰ (considerados meros ‘materiais jurídicos’), mas no momento da decisão do juiz, que mediante ‘interpretação criativa’ sujeita os materiais jurídicos a avaliação moral.

É de longa data portanto, como ilustram os apontamentos acima, que Finnis adere à distinção tomista dos quatro domínios irreduzíveis da realidade (e suas correspondentes ciências/explicações) e alerta para a complexidade do direito, dando especial atenção para a terceira e a quarta ordem (moral e técnica, respectivamente).

Todavia, foi somente em *The Nature of Law* (Finnis, 2020a, p. 38-58) que o mesmo, de maneira explícita e sistematizada, analisou as características ou propriedades do direito, em seu significado focal, usando paradigmas explicativos de todos os quatro diferentes domínios.

A começar pela ordem da *natureza* (i), o direito, nesse domínio, assemelha-se às leis da física: são proposições gerais (universais) sobre padrões de atividades de uma espécie de entidade físico-biológica esperados em situações especificáveis. Além disso, o direito acomoda conhecimento histórico e sociológico: o que foi no *passado* não pode deixar de ter sido, suscitando, assim, descoberta, descrição e explicação. As leis devem pertencer a algum sistema jurídico que *existe ou existiu*, no sentido de uma *eficácia* geral; ademais, um sistema jurídico possui regras e instituições que necessariamente foram instituídos no *passado*. Resumindo tudo, o direito participa no domínio da natureza como “[...] uma realidade natural governando realidades naturais (pessoas humanas)” (Finnis, 2020a, p. 40-41 e 47, tradução nossa).

Além de um conjunto de pessoas, instituições e práticas, o direito ou sistema jurídico de dada comunidade também é um conjunto de leis – proposições universais (sobre o que é proibido, permitido ou exigido). A *lógica* dessas proposições está na segunda ordem da realidade (ii). Ela foi examinada com maior profundidade, no mundo jurídico anglosaxão, por

²⁰ Para Finnis, as regras jurídicas, em sua imensa maioria, não constituem meras repromulgações de normas morais, mas produtos de decisões sociais criativas, cuja autenticidade não é uma questão de verdade moral imediata, e sim de considerações de forma, fonte e procedimento, albergadas no conceito de validade jurídica (Finnis, 2013d, p. 170-171).

Wesley Hohfeld, o qual, conforme explanado por Postema (2011, p. 99-103), correlacionou os conceitos de direito em sentido estrito (*claim*) e dever (*duty*); liberdade (*privilege/liberty*) e não direito (*no-right/claim*); poder (*power*) e responsabilidade/sujeição (*liability/subjection*); imunidade (*immunity*) e impotência (*disability*). A ideia de *validade* das proposições jurídicas baseia-se na ideia de validade lógica (embora não se resume a ela, pois adiciona a noção de que a proposição se tornou verdadeira pelo exercício da autoridade pública ou da capacidade privada de contratar). Cabe consignar, no ponto, que as proposições jurídicas válidas (segunda e quarta ordens) não se confundem com os dispositivos textuais que as enunciam (quarta ordem), o que rende ensejo a problemas de interpretação. Existe, aí, uma ineliminável lacuna, decorrente do fato natural de as pessoas não se comunicarem por telepatia (primeira ordem) – o que exige, então, que o direito seja publicado, ‘promulgado’. Em duas palavras, o direito, nessa segunda ordem, consiste em um “[...] domínio lógico-proposicional de validade e correlatividades de dever, poder e direito.” (Finnis, 2020a, p. 41-44 e 47, tradução nossa).

Passa-se, então, ao terceiro domínio (moral). Em seu âmbito está o aspecto do direito que melhor explica as suas características e elementos pertencentes a todos os demais domínios (natural, lógico e técnico): o direito é uma resposta a uma necessidade moralmente relevante das comunidades humanas, na medida em que somente ele sistematicamente fornece acesso à justiça. Como já se viu à saciedade ao longo desta dissertação, para instanciação respeitosa dos valores, necessidades ou bens humanos intrínsecos ou básicos, é preciso realizar justiça e promover o bem comum de maneira efetiva na vida da comunidade, sendo que se necessita, para tanto, das instituições jurídicas. Dizendo de outro modo, temos razões práticas para instituir e manter o direito. Através da coordenação (positiva e negativa) assegurada pelo direito, elementos até então indisponíveis para o florescimento dos indivíduos e grupos tornam-se acessíveis; ademais, várias espécies de ameaças e perigos que fragilizam, deterioram ou destroem tal florescimento são mitigadas ou superadas. Central à natureza do direito, nas palavras de Finnis, é que ele “[...] não simplesmente liga – porque uma sociedade precisa, por questão de justiça, ligar – decisões presentes a benefícios futuros (como qualquer plano racional faz), mas o faz honrando compromissos *passados* públicos e privados.” (Finnis, 2020a, p. 47, tradução nossa). Critica-se aqui, pois, a concepção que reduz o direito a planos, defendida por Scott Shapiro em *Legality* (2013). O direito não se preocupa com o bem-estar futuro partindo apenas do *presente*, com o que se tem em mãos *agora*, mas de planos adotados no *passado*, através de fatos sociais históricos que constituem *fontes* de direitos e obrigações, a serem (presumivelmente) aplicados *agora* em razão de sua validade como direito positivo, ou seja, como compromisso político da comunidade. E qual a premissa

para se reconhecer o direito positivo como uma razão para a ação no presente? Trata-se de uma “[...] premissa moral: a justiça como um aspecto fundamental de promoção do bem comum da minha comunidade política presumivelmente me exige, à luz da razão, respeitar os compromissos articulados nas regras e pelas instituições de nosso direito” (Finnis, 2020a, p. 48, tradução nossa). Os preceitos da lei natural ou princípios de razoabilidade prática (equivale a dizer, princípios éticos ou morais, da terceira ordem) orientam-nos a instituir e manter o direito positivo, dotado tanto daquelas características estruturais/procedimentais próprias do Estado de Direito já apontadas mais acima (sistema coerente, inteligível, exequível, não retroativo, relativamente estável, apoiado por seus oficiais, com regras gerais e publicizadas), quanto de certo conteúdo cogente (*jus cogens*) para quaisquer povos (*jus gentium*), sem prejuízo da concretização dos princípios gerais de direito natural através das escolhas autoritativas dos legisladores e governantes (*determinatio*). Em resumo, “[...] um sistema jurídico adequado às necessidades humanas será de natureza complexa: *completamente positivo*, mas parcialmente uma questão de lei natural (*jus gentium*) e parcialmente (a rigor, amplamente) uma questão de regras ‘puramente positivas’” (Finnis, 2020a, p. 50, tradução nossa). Enfim, no terceiro domínio, o direito, com todas as suas características, está associado às necessidades humanas (os próprios bens ou valores básicos, intrínsecos, e também os meios morais efetivos para sua realização): “Nós precisamos do bem comum e da justiça; e, para tanto, precisamos dos juízos morais e instituições jurídicas que tornem aqueles complexos fins [...] efetivos na vida de uma comunidade existente [...]” (Finnis, 2020a, p. 52, tradução nossa).

No quarto e último domínio (*poiesis*, cultural), o direito consiste em um artefato complexo e técnico de sinais, instituições e atividades; ele é acessível publicamente, dotado de estabilidade e funciona através de instituições legisladoras, administradoras e judicantes/aplicadoras (Finnis, 2020a, p. 47 e 54-55). Somente assim ele consegue ser justo e efetivo na coordenação social necessária à promoção do florescimento humano. A *validade* do direito positivo (que vai além da validade lógica/argumentativa), assim como o postulado de que o sistema jurídico é completo e sem lacunas (Finnis, 2020a, p. 43), são manifestações desta quarta ordem. Instituições como constituição, direito de propriedade, judiciário etc. são instrumentos artefatuais de um empreendimento lógico (segunda ordem), historicamente efetivo (primeira ordem) e moral (terceira ordem) como o direito. Eles são inteligíveis e podem ser estudados (e até mesmo utilizados para propósitos corruptos) enquanto meros artefatos, planos ou técnicas, em apartado de sua justificativa moral. Isso dá abertura para filósofos juspositivistas argumentarem que a natureza do direito é melhor definida

amoralmente, *antes* de qualquer investigação sobre seu propósito. Cuida-se, aqui, precisamente da crítica à metodologia da análise conceitual ('positivismo metodológico') – que se propõe a responder o que *é* o direito sem indagar *por que* direito –, da qual já nos ocupamos alhures (subseções 2.3.1 e 2.3.2). Na exata dicção de Finnis,

[...] as definições de direito autodenominadas 'positivistas' são mais ou menos arbitrárias, na medida em que genuinamente precedem uma avaliação moral da necessidade do direito e das instituições jurídicas, e tentam descrever a natureza e as instituições características do direito sem o benefício de compreender aquele conjunto de necessidades – aquele conjunto de razões fundamentais para as razões articuladas (proposições) sobre ação, que razoavelmente chamamos de leis. (Finnis, 2020a, p. 56, tradução nossa).

Pois bem. Muito já se explorou, dentro desta longa subseção, sobre a definição, natureza e características do direito (positivo), em seu significado focal, consoante a teoria jusnaturalista finnisiana. O tratamento dessa matéria, ainda mais de modo contextualizado, com remissões (explícitas ou tácitas) a conceitos e pontos trabalhados nos tópicos anteriores do presente trabalho, implicou perpassar inevitavelmente, em alguma medida e às vezes de maneira implícita, pelo tema da *normatividade*. E nem poderia ser diferente, afinal, tudo está profundamente interligado: subscrever uma ou outra concepção de direito determina a adoção desta ou daquela visão sobre sua normatividade (equivale a dizer, sobre sua força obrigatória, vinculante).

Foi exposto à exaustão que a teoria jurídica da lei natural propõe-se a investigar o direito – cujo sentido focal inclui, entre outros elementos, *regras, razoabilidade, justiça e bem comum* – do ponto de vista *prático*, da perspectiva daquele que o toma não como mero fato, mas como *norma*, ou seja, como genuína e *boa razão* para agir, como presumível *obrigação moral*. O uso do vocabulário normativo aqui, como se nota, é pródigo; e suscita, de nossa parte, exame mais acurado. Enfim, é chegada a hora de enfrentar, mais detidamente, o tema da normatividade jurídica.

2.3.4 A Normatividade do Direito

No artigo *Defining Normativity*, Stephen Finlay (2019, p. 187-219) esclarece que o recente jargão *teoria metanormativa* designa o estudo da *normatividade*. Pressupõe-se, pois, existir algo chamado 'normatividade', que é objeto comum de pesquisa em campos do conhecimento como ética, filosofia política, filosofia do direito, estética, epistemologia e outros. A literatura sobre o tema cresceu vertiginosamente em curto período, mas, segundo o

autor, “[...] é difícil encontrar alguma definição com a qual todo teórico metanormativo possa concordar” (Finlay, 2019, p. 187, tradução nossa). No texto, ele afirma que seu desiderato é fazer uma análise metafísica – e não semântica – sobre a natureza da normatividade. Passa a investigar, então, diferenças entre a normatividade atribuída (i) à linguagem e ao pensamento, por um lado, e (ii) aos fatos e propriedades, por outro; entre normatividade (i) abstrata e (ii) substantiva e entre normatividade (i) formal e (ii) robusta.

David Enoch (2019, p. 67-68) reconhece não ser muito claro o que exatamente significa ser “normativo”. Ainda assim, tomando como parâmetro o discurso moral, reputado paradigmaticamente normativo, ele menciona, entre outros, os seguintes indicadores: estar do lado do dever ser na distinção entre ser/dever ser; estar do lado do valor na distinção fato/valor; ter a direção de ajuste mundo-mente (e não mente-mundo); ter conexões próximas com coisas do tipo recomendar, exigir, obrigar, incentivar, culpar, elogiar; apresentar motivações que são incomuns em discursos descritivos; referir-se a razões que temos, especialmente razões para agir; usar a linguagem de direitos e deveres, bom e mau, ações justificadas e razões. Ressalva-se, de todo modo, que essas marcas da normatividade são controversas e que “nada aqui é óbvio” (Enoch, 2019 p. 68).

Não é propósito do presente trabalho incursionar em investigação metafísica sobre normatividade. As referências acima servem apenas para reforçar a complexidade do assunto, demonstrar a falta de univocidade do termo e oferecer uma porta de entrada para a aproximação com o tema.

Decerto que algumas explicações técnicas mais profundas que estão por vir, extraídas notadamente das reflexões de Joseph Raz, contribuirão para uma apreensão adequada e precisa do conteúdo de certas proposições a serem oportunamente formuladas nesta dissertação, que concernem à normatividade do direito na teoria finnisiana.

Inobstante, para proporcionar uma assimilação mais célere e proveitosa do teor deste estudo, tudo sem prejuízo de aprofundamento ulterior, anuncia-se desde já que por *normatividade do direito* entende-se aqui, em linhas gerais, a *capacidade do direito de fornecer razões para a ação*. Lida-se, grosso modo, com a *diretividade, autoritatividade* ou *obrigatoriedade* do direito, sua *força vinculante*; a *aptidão do sistema jurídico de dirigir/orientar a conduta*, de *gerar obrigações, criar direitos, poderes, privilégios*, enfim.

Com efeito, normatividade é um substantivo que designa a qualidade ou condição de normativo, ou seja, que está associado a algo que contém, estabelece, constitui, consiste em ou se refere a *normas*. No campo da racionalidade prática, *normas*, como sustenta Raz (1999, p. 09-10, 15-16, 35-80, 191, 194; 2013, p. 5-6, 9, 13-35, 85-101, 103, 212; 2022, p. 72), são

estruturas que correspondem a certos tipos de *razões* (*razões excludentes*, de segunda ordem, e, na maioria dos casos, *razões protegidas* – uma combinação de razões excludentes com razões de primeira ordem, conforme já explicado na subseção 2.2.6) as quais, como todas as razões práticas, (i) *explicam*, (ii) *permitem avaliar* e, sobretudo, (iii) *orientam/guiam o comportamento* das pessoas humanas, enquanto seres racionais, isto é, seres dotados de *Razão* (capacidade/habilidade/poder universal do homem de identificar e responder a *razões*, vale dizer, a ‘fatos’ ou aspectos/características do mundo).

Mas isso será mais bem explanado na sequência. Por ora, cabe reportar, como instrumento heurístico que reforça as noções acima delineadas, alguns trechos ilustrativos de escritos de Finnis em que ele explicitamente se utiliza da expressão *normatividade*. Em *Natural Law: The Classical Tradition*, por exemplo, o autor adotou o termo quando quis se referir a algo que, embora próximo, fosse ainda mais amplo que *obrigação*. Definiu normatividade como “[...] orientações gerais que contam, ou são autorizadas a contar, nas deliberações sobre o que fazer” (Finnis, 2002, p. 1, tradução nossa). Em outros segmentos do mesmo ensaio, usou alternadamente, como sinônimos de normatividade, as palavras *diretividade*, *obrigatoriedade* e *autoritatividade*, todas diretamente associadas à ideia de *razões* para a ação (Finnis, 2002, p. 08, 09, 22, 23, 28, 33, 34). Igualmente, no artigo *Natural Law Theories*, *normativo* aparece como equivalente a *diretivo* ou *obrigatório* e se expressa por afirmações como ‘eu devo’. Em certo trecho, Finnis ainda especifica que “[...] a *obrigação ou obligatoriedade* jurídico-moral de uma regra jurídica é a contrapartida da *autoridade ou autoritatividade* jurídico-moral de seu autor [...]” (Finnis, 2020b, item 1.5.1, tradução nossa).

Em NLNR, ao se encaminhar para a conclusão do capítulo X – *Law* (Direito), Finnis, após tratar das hipóteses de derivação do direito positivo em relação aos preceitos da lei natural, em especial da *determinatio*, aduziu que sua teoria jurídica da lei natural precisava ser completada por uma análise mais próxima acerca da “[...] autoritatividade ou ‘força vinculante’ do direito positivo” (Finnis, 2011, p. 290, tradução nossa), o que iria ser feito, como de fato foi, no capítulo seguinte (XI), cujo título é *Obligation* (Obrigação).

Neste capítulo, Finnis (2011, p. 297-298) inicia fazendo uma breve análise do uso da palavra *obrigação*, associada a uma gama de noções: algo que *temos* que fazer, ou *devemos* fazer, que é nosso *dever* fazer, que é *errado* ou *inaceitável não* fazer, que se *deve moralmente* (ou *juridicamente*) fazer. Todas nos remetem a uma demanda dirigida à consciência, uma reivindicação sobre compromisso, decisão e ação e estão associadas a formas de *necessidade racional*. Constituem, pois, exigências (derivadas) de razoabilidade prática. E embora

etimologicamente a palavra *obrigação* se relacione em particular com a *força vinculante* (*ligare*) das *promessas*, seu alcance não está restrito a elas e nem mesmo precisa estar limitado apenas, segundo Finnis, às questões de justiça (que envolvem intersubjetividade – vide subseção 2.2.4), espraiando-se, ao revés, por todo o domínio da racionalidade prática. O autor, aliás, considera espúrias, rejeitando expressamente, “[...] as categorizações de uma tradição de manuais que dividem todo pensamento moral entre ‘ética deontológica da obrigação’ e ‘ética teleológica da felicidade ou valor’” (Finnis, 2011, p. 298, tradução nossa). Essa crítica, parece-me, atinge Raz, na medida em que o mesmo separa, dentro da filosofia prática, uma teoria do valor (interessada primariamente em comparar situações e determinar qual é a melhor, identificando suas características boas ou más e manejando conceitos como valor, bom, mau, melhor e pior) de uma teoria normativa (que, pressupondo uma teoria do valor, ocupa-se de estabelecer o que as pessoas devem fazer, valendo-se de conceitos como dever, razões para ação, regras, deveres e direitos), além de uma teoria da responsabilidade, ou da imputação, que define as condições para atribuição de culpa (Raz, 1999, p. 11-12).

Partindo de uma analogia com as promessas, examinando porque e em que medida elas vinculam, Finnis, no meio do percurso do capítulo XI de NLNR, aporta no direito, passando a tratar, então, da *obrigação jurídica* (tanto no sentido jurídico, intrassistêmico, quanto no sentido moral). Enfim, adentra-se no território daquilo que dá nome ao presente tópico e que, conforme apontado alhures, revolve controvérsias conceituais em meio a um cenário de dúvidas e imprecisões terminológicas: a *normatividade do direito*.

Segundo Crowe (2011, p. 303-304), cuida-se aí, ao lado da conhecida questão sobre a definição ou conceito de direito, do outro grande tema que concerne ao âmbito da filosofia jurídica (*jurisprudence*) na teoria da lei natural. Como apontei anteriormente (subseção 2.3.3), os dois pontos estão profundamente imbricados, haja vista que a condição normativa de algo (no caso, do direito) é determinada pela natureza ou concepção que se tem desse algo (direito). Ora, à luz da metodologia finnisiana, não se define direito – cabe recordar – sem uma concomitante avaliação moral de sua necessidade; impõe-se compreender e descrever a ordem jurídica a partir do ponto de vista interno, do participante da prática, que a toma como razões para a ação, como normas de conduta (Finnis, 2011, p. 3-19; Finnis, 2013d, p. 23-45; Finnis, 2020a, p. 56). De qualquer maneira, é o próprio Finnis quem reconhece o protagonismo da questão da normatividade, ao afirmar que “[...] o cerne da teoria do direito jusnaturalista é a sua explicação de como a produção de direito ‘puramente positivo’ pode criar obrigações morais que não existiam até o momento de sua promulgação” (Finnis, 2002, p. 21, tradução nossa).

O tratamento dado por Finnis à matéria será logo retomado. Antes, contudo, faz-se oportuno mobilizar alguns subsídios teóricos fundamentais sobre o tema da *normatividade* em geral, que nos são oferecidos por Joseph Raz. Eles proporcionarão maior clareza e precisão na descrição das teses sustentadas pelo próprio Finnis – o qual, diga-se, adotou explícita e nominalmente, em suas explicações sobre autoridade e obrigação jurídica, o conceito raziano de *razão excludente* (Finnis, 2011, p. 234 e 319; Raz, 1999, p. 35-48, 65, 77-78, 183-185; Raz, 1986, p. 37-38, 46), já apresentado na subseção 2.2.6, *supra*. Não por acaso, houve uma pujante interlocução entre os dois filósofos contemporâneos justamente nessa seara da normatividade do direito, com uma controvérsia retratada nos ensaios *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory* e *Law as Coordination*, de 1984 e 1989 respectivamente (Finnis, 2013d, p. 46-65 e 66-73), a ser apreciada mais adiante.

Voltando momentaneamente a atenção para Raz, pode-se afirmar que, a seu juízo, o conceito-chave e mais fundamental para se compreender a *normatividade* é o de *razões*. Essa tese já havia sido por ele defendida na obra *Practical Reason and Norms*, lançada em 1975 (Raz, 1999, p. 9-10) e foi sendo reforçada e lapidada ao longo dos anos, consolidando-se nos textos compilados em *From Normativity to Responsibility*, publicado em 2011 (Raz, 2013).

Várias passagens emblemáticas do último livro frisam essa tônica, esclarecendo que todos os demais conceitos normativos estão conectados e se explicam por meio de inevitável referência às razões: “A explicação da normatividade é a explicação das razões e da maneira que elas funcionam para tornar algumas respostas adequadas e outras inadequadas” (Raz, 2013, p. 5-6, tradução nossa). No mesmo sentido, tratando de outros conceitos normativos como direitos e deveres, propriedade e status, autoridade e promessas, virtude e justiça, direito, normatividade da linguagem, afirma Raz que “[...] a explicação da normatividade deles consiste em apontar como eles se relacionam a razões” (Raz, 2013, p. 6, tradução nossa). Por isso, segue o autor, “[...] a chave para a normatividade está no conceito de seguir uma razão” (Raz, 2013, p. 58, tradução nossa). O que, por sua vez, significa concretamente que “[...] todos fenômenos normativos são normativos na medida em que – e porque – fornecem razões ou são parcialmente constituídos por razões. Isso torna o conceito de razão chave para a compreensão da normatividade” (Raz, 2013, p. 85, tradução nossa). Enfim, a razão consiste na “[...] mais básica e simples propriedade normativa” (Raz, 2013, p. 104, tradução nossa).

Advogando uma concepção ‘realista’, Raz sustenta que *razões – explicativas* ou *normativas* – são *fatos, aspectos do mundo*. Todas elas sempre fornecem/constituem explicações e, no caso específico das *razões normativas*, atuam *contando a favor* de algo

(para o qual são razões), tendo o *potencial* de justificá-lo ou exigí-lo (Raz, 2013, p. 13-20, 103, 212).

Mas aqui se faz necessário abrir um parêntese, para duas breves considerações. Primeira: conforme já havia sido esclarecido em *Practical Reason and Norms*, *razão*, para Raz, tem a natureza de ‘*fato*’, mas fato em um *sentido amplo*, que designa “aquilo em virtude do que afirmações verdadeiras ou justificadas são verdadeiras ou justificadas”, tal como se usa o termo na frase ‘é um fato que...’. Portanto, “[...] nesse sentido, fatos não são contrastados com valores, mas os incluem (‘É um fato que a vida humana é o valor supremo’...)” (Raz, 1999, p. 16-18, tradução nossa). Assim, embora o próprio Raz reconheça que essa visão desperte alguma resistência, ela acaba se mostrando superior às teorias rivais, que concebem as *razões* não como *fatos*, mas como *crenças* ou *afirmações*. A segunda consideração a ser feita é que, com a qualificação acima mencionada – razão é fato, mas em sentido amplo, abrangendo inclusive valor –, a teoria de Raz, nesse ponto, compatibiliza-se com uma proposição basilar da ética jusnaturalista de Finnis, explorada ao longo da seção 2.2 desta dissertação, de que “[...] os valores básicos *são* as *razões* básicas para a ação” (Finnis, 2011, p. 443, tradução nossa).

Fechando aqui o parêntese e dando continuidade à exposição de algumas lições fundamentais sobre o fenômeno da normatividade, reconhece-se que nossa existência no mundo abrange não apenas nossas *ações*, mas também *crenças*, *pensamentos*, *imaginações*, *sentimentos*, *emoções* e outras atitudes sobre quem somos e sobre como o mundo é. Raz defende, então, (i) que somos *ativos* quando, por meio de nossos poderes racionais – quer dizer, da nossa *Razão* (capacidade humana geral e universal de, reflexivamente, identificar e responder a *razões*) –, controlamos as nossas ações, crenças, emoções etc. e; (ii) que nossas faculdades racionais (*Razão*) funcionam bem quando respondem, não acidentalmente, a *razões* (Raz, 2013, p. 1-2, 85-86). Logo, o sentido básico das *razões* – sejam elas razões para emoções, crenças, ações – é tornar certas respostas ou reações apropriadas, adequadas. Por conseguinte, em última instância, “A explicação da normatividade é sobre como existimos no mundo, a maneira com que nossa compreensão do mundo orienta reações a ele em nossas emoções, pensamentos, crenças e ações”; e, consoante já apontado alhures, ela consiste na “[...] explicação das razões e da maneira que elas funcionam para tornar algumas respostas adequadas e outras inadequadas.” (Raz, 2013, p. 5-6, tradução nossa).

Tudo que fornece uma (correta) resposta para questões sobre as razões pelas quais as coisas são como são ou se tornam o que se tornam, consiste em uma *razão*. Trata-se de um conceito inerentemente relacional, já que as razões constituem ou fornecem explicações sobre

algo ou alguém. Todas as razões são, enfim, *razões explicativas*. Mas existem algumas razões (explicativas) que também são razões em um segundo sentido: as *razões normativas*. Como referido acima, elas *contam a favor* de algo (para o qual são razões), tendo o *potencial* de justificá-lo ou exigí-lo, embora nem sempre efetivamente acabem por justificar ou exigir aquilo que favorecem. Razões normativas, então, são ‘fatos’ que possuem influência ou força normativa, servindo como pontos de partida no raciocínio sobre o que fazer (razão prática) ou no que acreditar (razão epistêmica). Elas figuram (aparecem) nas explicações das ações/crenças para as quais são razões, sendo como tais conscientemente reconhecidas, o que se denomina ‘nexo normativo/explicativo’ (Raz, 2013, p. 13-35).

As *razões normativas* subdividem-se em *razões adaptativas* (que incluem as *razões epistêmicas* e as *razões para emoções*) e *razões práticas* (que incluem as *razões para a ação* e as *razões para intenções*). As *razões adaptativas* “marcam a adequação de uma atitude no agente, independentemente do valor de ter tal atitude, sua adequação a como as coisas são”. A seu turno, as *razões práticas* “[...] determinam o que e como, à luz do valor das coisas, nós devemos mudar ou preservar em nós mesmos ou no mundo” (Raz, 2013, p. 47, tradução nossa). Em termos simplificados, as *razões práticas* estão baseadas em valores, enquanto as *razões adaptativas* adequam-se à realidade das coisas. Outra classificação distingue as *razões padrão* – aquelas que podemos seguir diretamente –, das *razões fora do padrão* (todas elas, necessariamente, razões práticas) – com as quais podemos nos conformar, mas sem segui-las diretamente (Raz, 2013, p. 36-58).

Enquanto ‘fatos’, aspectos do mundo, as razões são passíveis de entrar em conflito. Por isso, alerta Raz, sempre cabe falar em razões *pro tanto*: nas situações concretas, específicas, elas podem se revelar *suficientes* ou *adequadas* (quando não derrotadas por razões concorrentes) ou *conclusivas* (quando derrotarem as razões concorrentes). E muito do que se debate sobre o pensamento prático concerne exatamente a como responder adequadamente a tais conflitos (Raz, 2013, p. 103).

Em *Practical Reason and Norms*, Raz (1999, p. 33-35) ainda diferencia, no raciocínio prático, dois tipos de razões. As *razões operativas* são aquelas que implicam uma atitude prática crítica – são os *valores*, *desejos* ou *interesses*, sempre presentes nas razões completas. Já as *razões auxiliares* não implicam atitude prática crítica, prestando-se a funções diversas como, por exemplo, ajudar a identificar o ato que se tem razão para executar – *razões identificadoras* – ou a determinar, em caso de conflito de razões, qual a mais forte – *razões que afetam o peso*.

Contudo, em matéria de direito e autoridade, a mais relevante classificação proposta por Raz é aquela já aludida no tópico 2.2.6, acima, que resulta da estratificação do raciocínio prático em diferentes níveis: *razões de primeira ordem* e *razões de segunda ordem*. Uma razão de segunda ordem “[...] é qualquer razão para agir por uma razão ou para abster de agir por uma razão”, sendo que *razão excludente* é precisamente esse último tipo, ou seja, “[...] uma razão de segunda ordem para se abster de agir por alguma razão” (Raz, 1999, p. 39 e 183, tradução nossa). Conflitos apenas entre razões de primeira ordem são solucionados de acordo com seus pesos (equilíbrio/balanço das razões). Já as *razões excludentes*, enquanto razões para não agir por certas razões, prevalecem sobre razões de primeira ordem que estiverem dentro de seu escopo de exclusão (as quais, embora subsistam como razões válidas, não devem ser seguidas, ou seja, consideradas na motivação do agente; em outras palavras, elas são excluídas, mas não propriamente anuladas ou canceladas). O propósito das razões excludentes é evitar questões de peso, escapando da comparação linear de razões (Raz, 1999, p. 35-48, 182-190). E assim como as promessas, todas as diretivas emitidas pela *autoridade*, incluindo *normas/regras* (mandatórias), são espécies de *razões excludentes* (também chamadas de *razões preemptivas* ou *peremptórias*) que, normalmente, também estão combinadas com uma razão de primeira ordem para executar o ato pretendido, configurando, dessa forma, aquilo que Raz denominou *razões protegidas* (Raz, 1999, p. 47-48, 58-59, 62, 65, 77 e 191). Por isso, nos termos enunciados em *The Morality of Freedom* (Raz, 1986, p. 46, tradução nossa), “[...] o fato de uma autoridade exigir a execução de uma ação é uma razão para executá-la que não deve ser somada a todas as outras razões relevantes quando da avaliação sobre o que fazer, mas deve excluir e tomar o lugar de algumas delas”.

Importante notar, a partir de todo o exposto acima, que o emprego de um conceito atômico, mais básico e fundamental como o de *razões* (normativas), propicia um ganho teórico explicativo se comparado ao manejo de *princípios* e outras *proposições normativas*. Com efeito, através da deliberação sobre as *razões* aplicáveis, podemos alcançar uma variedade de *conclusões*: por exemplo, de que temos o *dever* de fazer algo, ou o *direito* a algo, ou de que certas opções são *aceitáveis*, de que seria *prudente* adotar certos atos e assim por diante. Salvo duas raríssimas exceções – apenas nas hipóteses (i) dos absolutos morais, para quem os admite (v. g. ‘torturar é sempre errado’) e (ii) das proposições conceitualmente verdadeiras (v. g. ‘não se deve assassinar’, se o assassinato é previamente conceituado como homicídio injustificado) –, nem sempre haverá necessariamente, nas situações concretas, particulares, *razões conclusivas* para seguir as *proposições gerais de dever ser* (v. g. não se deve mentir, as pessoas devem pagar suas dívidas pontualmente, os netos devem ser gentis

com os avós etc.), as quais inclusive podem eventualmente conflitar entre si em determinada ocasião. Assim, ao contrário das *proposições de dever ser*, as *proposições sobre razões* não estão abertas, isto é, são imunes às limitações das circunstâncias nas situações em que se aplicam (Raz, 2013, p. 23-26). Nos precisos dizeres do autor:

(...) as proposições de dever ser, diferentemente das proposições sobre razões, são sempre sensíveis às opções disponíveis nas situações a que se aplicam. Eu tenho razão para assistir o novo filme de Almodóvar. Ponto final. Isso é verdade mesmo que, como pode acontecer, eu nunca tenha a oportunidade de assisti-lo. Mas eu tenho uma razão conclusiva para (e, portanto, eu devo) assisti-lo somente se houver uma ocasião em que assistir o filme seja uma opção disponível e a razão para assisti-lo derrotar as razões (acaso existam) para seguir opções disponíveis alternativas. Uma razão conclusiva é aquela que derrota todas as razões concorrentes (se houver), nomeadamente todas as razões para cada uma das opções disponíveis. (Raz, 2013, p. 25, tradução nossa).

Posto isso, infere-se que “[...] as proposições de dever não são o centro do pensamento prático”; elas “não podem exercer nenhuma função fundamental na compreensão do pensamento prático” (Raz, 2013, p. 23 e 26, tradução nossa).

De modo consistente com esta conclusão, em *From Normativity to Responsibility*, Raz intencionalmente se abstém de recorrer a *princípios* – proposições gerais cuja invocação, segundo ele, mostra-se muitas vezes equivocada. Normalmente, princípios de direitos e deveres ou sobre o que fazer são apresentados como acarretando razões conclusivas para a ação ou crença – ‘não se deve enganar’ –, às vezes permitindo uma ou outra exceção (‘salvo para salvar a vida de alguém’). É raro encontrarmos princípios sob a forma ‘que uma ação pode enganar é uma razão contra ela’. Dessa maneira, considerando que “[...] o que alguém tem razões conclusivas para fazer ou crer depende das razões que se tem a favor e contra a ação ou a crença, princípios são conclusões sobre a existência de razões, e não podem ocupar, eles próprios, uma função fundamental na explicação da normatividade.” (Raz, 2013, p. 6-7, tradução nossa).

Dito isso, encerra-se aqui nossa imersão na teoria geral da normatividade de Joseph Raz. Sem prejuízo de futuros aditivos pontuais, os conceitos e ideias brevemente acima articulados afiguram-se suficientes para os propósitos deste trabalho, nomeadamente para catalisar e refinar a apreensão da visão jusnaturalista finnisiana sobre a obrigação jurídica.

E volvendo então o foco para Finnis, agora já munidos do cabedal teórico raziano, uma primeira constatação emerge de pronto: não foi por mero acaso que ele, ao iniciar no capítulo XI de NLNR sua análise sobre *obrigação*, associou-a a forma(s) de *necessidade racional*, a *exigências* (derivadas) de *razoabilidade* prática (Finnis, 2011, p. 297-298).

Realmente, como se viu à saciedade, “a chave para a normatividade”, na dicção de Raz (2013, p. 58), “está no conceito de seguir uma razão”.

Mas como uma promessa é capaz de vincular, de gerar obrigação? Por que isso é uma necessidade racional? Finnis (2011, p. 298-308) aponta três níveis de explicação. Pelo primeiro, fazer uma promessa (ato linguístico) é comunicar a disposição em se engajar em uma prática social, o que justifica certas expectativas e reações, como pressão por seu cumprimento e críticas pela inadimplência. Um segundo nível explicativo, que emerge como réplica à objeção de que se pode simplesmente abandonar a prática, é de matriz humeana: as convenções de promessa geram um novo motivo, pois quem descumpra o prometido não mais gozará da confiança dos concidadãos. Desse modo, cumprir a promessa é necessário para que eu tenha o que quero (contínua confiança em mim). O terceiro e mais elevado nível de explicação, contudo, é o que introduz a ideia (já examinada nos itens 2.1.2 e 2.2.3, acima) do *bem comum* – o bem-estar de todos os membros da comunidade e o conjunto de condições que o proporcionam. Foi visto que promover e favorecer o bem comum das próprias comunidades constitui um princípio de razoabilidade prática, que corresponde às exigências de justiça (itens 2.2.2, 2.2.3 e 2.2.4). Todos têm razão, portanto, para colaborar na busca pelo bem comum. E a prática ou instituição das promessas (seu cumprimento e a reprovação por eventual inadimplemento) é algo excelente para o bem comum, pois fornece um meio efetivo para se manter a cooperação pelo lapso de tempo necessário para a realização dos mais variados projetos humanos (desde construir uma ponte até educar uma família ou estabelecer um regime previdenciário). Como o direito, as promessas relacionam passado, presente e futuro previsível em uma ordem estável, embora em desenvolvimento, e elevam a autonomia dos indivíduos no próprio processo de aumento das suas obrigações. Portanto, se o indivíduo pretende contribuir para o *bem comum*, ele *deve* seguir a prática das promessas; e se não quer pegar uma ‘carona’ e se beneficiar apenas das vantagens das instituições sociais, refutando os encargos, ele *deve* honrar suas promessas (note-se pois, neste ponto, que a *obrigação*, a necessidade *racional* de cumprir a promessa, *não* é explicada pelo ato de *vontade* – manifestação/declaração intencional de vontade – que ocorre, em meio a outros fatos, para fazer emergir a obrigação). Ademais, as promessas colocam as partes em posições especiais, de modo que o inadimplemento constitui uma injustiça comutativa (item 2.2.4, *supra*), em detrimento do bem da parte individual (beneficiário da promessa), que consiste em uma parcela do bem comum. E as pessoas agem melhor em prol do bem comum não quando tentam estimá-lo em larga escala, mas quando cumprem suas responsabilidades e realizam

suas obrigações contratuais particulares, afinal, o bem comum é o bem dos indivíduos, que vivem juntos e dependem uns dos outros.

Adotando expressamente a terminologia de Raz, Finnis entende que uma promessa validamente feita “[...] é sempre uma razão excludente, ou seja, sempre fornece uma razão para se desconsiderarem *algumas* razões, que são genuínas e relevantes e que na ausência da promessa de se fazer \emptyset seriam suficientes para justificar não se fazer \emptyset ” (Finnis, 2011, p. 308, tradução nossa). Como razão excludente, no entanto, uma promessa pode ser derrotada por algumas razões contrárias (v.g., um grave e inesperado problema de saúde justifica a ausência em jantar combinado na casa de um amigo). Assim, no nível da linguagem e das práticas extrajurídicas, as obrigações derivadas das promessas ostentam certa flexibilidade, variando em sua força conforme as circunstâncias.

É precisamente aqui que, na analogia traçada por Finnis entre as promessas e o direito, emerge uma peculiaridade das *obrigações jurídicas*: elas possuem *força invariável*. As obrigações derivadas de todas as leis e negócios legalmente válidos são compreendidas como dotadas de mesma força jurídica: “Juridicamente falando, não há graus de obrigação jurídica, assim como não há [...] graus de validade jurídica” (Finnis, 2011, p. 309, tradução nossa). A contrapartida metodológica dessa invariabilidade da força formal de cada obrigação jurídica está no postulado de que não existem deveres jurídicos sobrepostos ou conflitantes: busca-se sempre definir os limites de cada potencial obrigação, de modo a se identificar uma única obrigação jurídica na situação concreta sob análise, descartando-se as demais. Nem mesmo princípios jurídicos gerais, irreduzíveis a regras definitivas, permitem um retorno irrestrito a considerações avaliativas do nível mais fundamental de razoabilidade prática. Essa qualidade de preto-ou-branco da obrigação jurídica (como a qualidade de tudo-ou-nada da validade jurídica) é uma característica que revela a insuficiência daqueles dois primeiros níveis de explicação da obrigação acima mencionados. Quanto ao primeiro nível, que não explicita a racionalidade subjacente à prática, uma vez que ele se sustenta em ‘pressões sociais’ – variáveis em sua intensidade e frequência, as explicações da promessa que ele gera não se coadunam com a ideia de obrigação invariável. Já as explicações de segundo nível – que focam nas reações à conduta inadimplente e se traduzem em teorias que reduzem a diretividade do direito à sua força coercitiva –, são igualmente insuficientes porque as ameaças de reações às violações das normas jurídicas também variam em urgência e severidade (Finnis, 2011, p. 308-314).

Então, atentando para a característica do direito de gerar obrigações (jurídicas) invariáveis, Finnis fornece uma explicação sobre sua normatividade naquele terceiro nível

(necessidade para realização do bem comum). Segundo ele, a resposta para o problema “[...] consiste na correta identificação do raciocínio prático do sujeito cumpridor das leis – raciocínio para o qual tal norma é dirigida e que ela pretende dirigir em um sentido distintamente ‘obrigatório’.” (Finnis, 2011, p. 315, tradução nossa).

Sugere-se, nesse contexto, um esquema silogístico, cuja estrutura simplificada é a seguinte: a) nós precisamos, para o bem comum, ser cumpridores do direito; b) mas onde \emptyset é definido pelo direito como obrigatório, a *única* maneira de sermos cumpridores do direito é fazendo \emptyset ; c) logo, nós precisamos (é obrigatório para nós) fazer \emptyset onde \emptyset foi juridicamente definido como obrigatório (Finnis, 2011, p. 316).

É central observar, contudo, que a força da premissa ‘a’ variará conforme as circunstâncias, haja vista que ela não corresponde a nenhum princípio básico de razoabilidade prática e que, em determinadas situações, o bem comum será mais bem preservado ou realizado afastando-se do direito. Ocorre que esse questionamento sobre a validade da premissa ‘a’ somente pode emergir – e isso há de ser enfatizado –, em um fluxo *completo, irrestrito* do raciocínio prático. Isto porque o direito, capitalizando sobre o esquema de raciocínio prático do bom cidadão, toma a premissa ‘a’ como um dogma, um postulado inquestionável, isolando-o, e avança, passando por ‘b’ até o resultado ‘c’. Nos dizeres de Finnis:

O direito, portanto, antecipa-se e busca capitalizar sobre, na verdade absorver e assumir, o esquema de raciocínio prático dos ‘bons cidadãos’, e lhe dar um status inquestionável ou dogmático. Ele tenta isolar o que eu chamei de ‘pensamento jurídico’ ou ‘pensamento puramente jurídico’ do restante do raciocínio prático. Mas o bom cidadão sempre pode resgatar o passo *A* do seu status, no pensamento jurídico, de postulado não discutido ou princípio estruturante. Recolocando o passo *A* no fluxo completo do raciocínio prático, dá-se a ele, como premissa, uma força moral. (Finnis, 2011, p. 318 tradução nossa).

Deste modo, navegando pelo raciocínio prático em seu fluxo integral, mediante acessão crítica ao nível mais elevado, e reconhecendo que o direito, voltado para o bem comum, oferece orientação diretamente aplicável e autoritativa para pessoas razoáveis e elimina a necessidade de elas ponderarem os prós e contras de muitos possíveis cursos de ação (tarefa já realizada pelos legisladores), o agente então toma uma *obrigação jurídica* como *obrigação moral*. O esquema de raciocínio prático acima apresentado, então, pode ser lido tanto em um sentido restrito – *sentido jurídico*, quanto em um sentido irrestrito – *sentido moral*.

Assim, conforme reforçado por Finnis em escrito ulterior, há “uma espécie ímpar de obrigação moral que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis ‘positivas’.

Ela pode ser chamada de *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral*.” Essa obrigação jurídico-moral (ou obrigação jurídica no sentido moral) “[...] deve ser diferenciada, embora normalmente a acompanhe, da *obrigação jurídica intrassistêmica* que as regras jurídicas particulares declaram criar.” (Finnis, 2002, p. 33, tradução nossa).

Nota-se que a complexidade imanente a essa temática é potencializada pela imprecisão terminológica nos debates que a tangenciam. Como bem advertido em NLNR, a expressão “obrigação de obedecer ao direito” pode ser tomada em pelo menos quatro diferentes sentidos, a saber: (i) responsabilidade empírica de se sujeitar a sanção em caso de descumprimento (único sentido reconhecido por John Austin em sua célebre passagem²¹ sobre o enforcamento do condenado por infringir lei do soberano cominada com pena de morte, ainda que ela seja perniciosa ou contra a vontade divina); (ii) obrigação jurídica no sentido intrassistêmico, em que a premissa da necessidade social de conformidade com o direito é isolada do restante do raciocínio prático; (iii) obrigação jurídica no sentido moral (obrigação moral presumível a partir da obrigação jurídica no sentido intrassistêmico) e; (iv) obrigação moral derivada não da juridicidade, mas de outra fonte, colateral. (Finnis, 2011, p. 354).

Enquanto a obrigação jurídica no segundo sentido (intrassistêmico) de cumprir cada lei é sempre invariável em sua aplicabilidade e força, no terceiro (sentido moral) ela varia conforme o seu objeto e as circunstâncias de sua possível violação, afirmando-se, em conclusão, que “[...] o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção” (Finnis, 2011, p. 319, tradução nossa). Em outras palavras, o direito gera razões excludentes presumidas e derrotáveis, sendo que “[...] a obrigação moral de conformação às obrigações jurídicas é relativamente pesada”. E assim como as promessas criam uma estrutura especial de referência entre as partes, conferindo ao promissário ou beneficiário a possibilidade de reivindicar o cumprimento pelo promitente, o direito faz o mesmo em favor daqueles diretamente responsáveis por supervisionar o bem comum, que têm a prerrogativa de exigir o cumprimento das leis, como algo devido à comunidade.

Na perspectiva mais ampla do raciocínio prático, que inclui mas vai além das fronteiras do raciocínio jurídico, assumem relevância os princípios de que “[...] o bem comum deve ser promovido, a determinação autoritativa para problemas de coordenação é para o bem

21 “Agora, dizer que as leis humanas que conflitam com a lei divina não são vinculantes, quer dizer, não são leis, é falar um completo absurdo. As leis mais perniciosas, e portanto aquelas que mais se opõem à vontade de Deus, foram e continuam sendo aplicadas pelos tribunais. Suponhamos que um ato inócua, ou benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer esse ato, eu serei julgado e condenado, e se eu me opuser à sentença, por ser contrária à lei de Deus, que ordenou que os legisladores humanos não devem proibir atos que não tenham más consequências, o tribunal de justiça irá demonstrar a inconclusividade do meu raciocínio enforcando-me em cumprimento da lei cuja validade impugnei.” (Austin, 1995, p. 158, tradução nossa).

comum e a regulação jurídica é (presumidamente) um bom método de determinação autoritativa” (Finnis, 2011, p. 335, tradução nossa). Constitui um equívoco, pois, a tese que identifica na *vontade* do legislador ou em suas intenções ou atos intencionais a suposta fonte da obrigação moral dos cidadãos de cumprir as leis. Na verdade, o fato de um legislador autoritativo ter decidido e estipulado que algo é juridicamente obrigatório apenas ocupa um lugar na estrutura do raciocínio prático do destinatário, a qual não é produzida pelo legislador:

[...] (a) da importância do direito como um meio específico de realizar um elemento fundamental do bem comum, isto é, uma ordem de interrelacionamentos humanos justa, previsível, positivamente colaborativa e flexivelmente estável e (b) do fato de que o direito não será efetivo para tal propósito exceto se seus destinatários estiverem geralmente dispostos a aceitar e agir conforme suas disposições (mesmo quando preferissem que fossem outras), segue (c) que onde o legislador autorizado definir que \emptyset é obrigatório, o efeito, para o operador do direito, é que \emptyset é obrigatório (não havendo graus ou níveis de obrigação jurídica), e o efeito para os cidadãos conscientes (sejam ou não também operadores do direito) é que \emptyset é (presumivelmente) moralmente obrigatório. [...] Tal estrutura não tem lugar para ‘intenções’ legislativas (ou ‘atos de vontade’) de retirar ou modificar obrigações morais. [...] intenções ou atos de vontade não produzem nenhum efeito, ou seja, são irrelevantes para o raciocínio moral sobre as obrigações de alguém enquanto cidadão.” (Finnis, 2011, p. 335-336, tradução nossa).

Acerca do assunto, Tomás de Aquino, ao decompor a ação humana livre e deliberada em diversos elementos interativos, identificou, entre a decisão de agir (atribuível à ‘vontade’) e o movimento físico de execução da decisão (a ação), um elemento de inteligência (‘razão’) denominado *imperium* (comando, imperativo), pelo qual o indivíduo coloca para si o curso de ação decidido (Finnis, 2011, p. 338-340; Finnis, 1998, p. 67-71). Nessa trilha – e retomando o foco para o direito –, o que importa sobre o *imperium* do legislador não é que ele materializa um ato de decisão, inclusive de impor obrigação, mas sim que ele “[...] representa ao destinatário um determinado padrão inteligível de ação, o qual, tendo sido escolhido pelo legislador como obrigatório, pode realmente ‘ser’ obrigatório aos olhos de um sujeito razoável” (Finnis, 2011, p. 338-341, tradução nossa), já que, em vista do bem comum, o cidadão pode razoavelmente tratar o *imperium* do legislador como se fosse seu próprio *imperium*.

Com esse pano de fundo, uma lei injusta – vale dizer, uma lei não no significado focal, mas em sentido defeituoso, por conter vício de finalidade (produzida no interesse particular da autoridade, e não do bem comum), competência (ato *ultra vires*), forma (em desconformidade com o Estado de Direito) ou conteúdo (injustiças distributivas ou comutativas) –, não cria obrigação moral derivada especificamente de sua legalidade (*lex injusta non est lex*), ou seja, por implicação da existência em si da obrigação jurídica intrassistêmica (baseada no bem de o

indivíduo ser cumpridor das leis), ainda que possa, conforme as circunstâncias, suscitar obrigação moral de obediência por força de outra fonte ‘colateral’, como, por exemplo, para se evitar o colapso do sistema jurídico como um todo (Finnis, 2011, p. 352-354, 360-361, 365 e 476).

A presumida força moralmente obrigatória das estipulações da *autoridade* advém da necessidade do *direito* (e da conformação a ele) para se assegurar e realizar o *bem comum*, uma *exigência de razoabilidade prática*. A autoridade para criar leis e impor sua aplicação é reconhecida aos governantes, portanto, em prol do bem comum. Logo, se eles “[...] usam sua autoridade para fazer estipulações contra o bem comum, ou contra qualquer dos princípios básicos de razoabilidade prática, qualquer estipulação dessas carece completamente da autoridade que de outro modo teria em virtude de provir deles” (Finnis, 2011, p. 359-360, tradução nossa). Assim, ainda que se trate de leis ‘juridicamente válidas’ ou ‘juridicamente obrigatórias’ no sentido restrito (intrassistêmico), elas “não possuem autoridade para vincular” (Finnis, 2011, p. 359-360).

Então, pode-se concluir que a teoria apresentada em NLNR acerca da normatividade do direito, acima descrita, propõe que as leis positivas juridicamente válidas (criadoras de obrigações jurídicas em sentido restrito, intrassistêmicas, que são dotadas de força invariável) fornecem *razões morais ‘fortemente excludentes’* para a ação, com *força variável* (conforme o objeto regulado e as circunstâncias de sua eventual infringência), as quais são *presumidas e derrotáveis*. O direito – a partir da escolha feita pela autoridade, entre múltiplas opções razoáveis disponíveis, de determinado esquema particular para resolução de problema de coordenação na comunidade – cria presumível *obrigação jurídica no sentido moral* (ou *obrigação jurídico-moral*). Isso se justifica pela necessidade da instituição, manutenção e conformação ao sistema jurídico, com as características que lhe são próprias, para realização da justiça e promoção do bem comum na comunidade – um princípio metodológico de razoabilidade prática que viabiliza a participação de seus membros nos valores ou bens humanos básicos, os quais constituem as razões últimas para a ação. Especificamente quanto às leis positivas que, apesar de juridicamente válidas e obrigatórias (no sentido intrassistêmico), sejam injustas ou corruptas (casos periféricos de leis), elas ‘não possuem autoridade para vincular’, inexistindo, na espécie, a referida obrigação jurídica no sentido moral (*lex injusta non est lex*).

Essas formulações, todavia, merecem um olhar crítico mais próximo e atento. Conforme exposto mais acima, os subsídios teóricos ofertados por Raz (1999, p. 9-10; 2013, p. 5-7, 23-26, 58, 85, 104) sustentam que o conceito-chave e mais fundamental para se

compreender a *normatividade* é o de *razões*, ao qual necessariamente se ligam todos os demais conceitos normativos. Como visto, as proposições de dever ser, mesmo que específicas – por exemplo, ‘eu tenho a obrigação jurídico-moral de fazer \emptyset ’ (em decorrência da obrigação jurídica intrassistêmica de fazer \emptyset) – não são o centro e nem exercem função fundamental na compreensão do pensamento prático, muito menos os princípios (proposições gerais ou universais de dever ser) – v. g. ‘deve-se cumprir as leis, salvo se injustas’. As razões (normativas) é que servem de ponto de partida na deliberação sobre o que fazer. E elas podem ser expressas em proposições categóricas, independentemente das opções disponíveis nas situações de sua aplicabilidade: ‘eu tenho uma *razão* (moral) para fazer \emptyset (pelo simples fato de \emptyset ser uma obrigação jurídica no sentido intrassistêmico); ponto final. Isso não significa, necessariamente, que tenho na situação uma *razão conclusiva* para fazer \emptyset , ou seja, o *dever* ou a *obrigação* (moral) de fazer \emptyset , afinal, é possível que, diante de um conflito, aquela razão seja suplantada/derrotada por uma razão concorrente mais forte. Enfim, *princípios* e demais *proposições de dever ser* consistem apenas em *conclusões* (gerais ou específicas) sobre a existência ou ausência de *razões*. E repisemos novamente: enquanto ‘fatos’, aspectos do mundo, as razões são passíveis de entrar em conflito, cabendo falar-se sempre, por isso, em razões *pro tanto*. Nas situações concretas, específicas, elas podem se revelar *suficientes* ou *adequadas* – quando não derrotadas por razões concorrentes, ou *conclusivas* – quando derrotarem as razões concorrentes (Raz, 2013, p. 103).

A propósito de desacertos com o vocabulário – e mesmo de divergências teóricas – na seara da normatividade, George Letsas afirma, por exemplo, que *razões* morais não se confundem com *obrigações ou deveres* morais, nos seguintes termos, que reputo incompatíveis, ao menos em parte, com a visão de Raz:

O que alguém tem razão moral para fazer não pode nunca superar seu dever moral deontico. Suponha que o interesse dos meus alunos em educação e aprendizado seja uma razão para que eu programe uma aula adicional de revisão e que, no equilíbrio das razões morais, eu lhes deva ministrá-la. Isso é diferente de afirmar que eu tenho um dever moral de oferecer aos alunos uma aula de revisão porque, por exemplo, eu prometi ou porque seja parte de meus deveres funcionais. Em caso de conflito, deveres deonticos prevalecem sobre o que se tem mais razão para fazer. A distinção é relevante na discussão sobre a normatividade: uma coisa é perguntar se uma prática deflagra razões morais e outra coisa diferente é perguntar se ela deflagra deveres morais. (Letsas, 2019, p. 173, tradução nossa).

De todo modo, o que se quer destacar aqui é que a superficialidade ou imprecisão na abordagem da matéria e o uso de certas expressões ambíguas – como, por exemplo, ‘obrigação *prima facie*’ – justificam uma investigação mais cuidadosa para adequada apreensão e descrição da teoria finnisiana a respeito do tema.

Convém, neste ponto, reproduzir, *ipsis litteris*, algumas assertivas feitas por Finnis não somente em NLNR, mas em artigos ulteriores, que expressam seu pensamento acerca da normatividade – ou autoridade moral – do direito.

De acordo com Finnis, a autoridade do direito gera uma “[...] obrigatoriedade moral presumida (genérica, *prima facie*, derrotável)” (Finnis, 2013d, p. 6-7, tradução nossa); de modo que “[...] é moralmente necessário aos cidadãos tratar o direito de sua comunidade como presumivelmente obrigatório”, obrigação essa “[...] derrotada (a) por responsabilidades morais opostas, sérias o suficiente para tornar o inadimplemento justo, e (b) por injustiça séria e relevante na formação ou no conteúdo da lei” (Finnis, 2013d, p. 8, tradução nossa). No mesmo sentido, o autor afirma expressamente que “[...] o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção” (Finnis, 2011, p. 319, tradução nossa). Como, nessa visão, “[...] a obrigação jurídica implica, presumivelmente, uma obrigação moral” (Finnis, 2011, p. 357, tradução nossa), “[...] o fato de uma disposição ser juridicamente válida dá alguma razão, embora não conclusiva, para tratar como moralmente obrigatório ou moralmente permitido agir de acordo com ela” (Finnis, 2011, p. 359, tradução nossa). Esta derrotabilidade não significa, contudo, vacuidade: “[...] a obrigação moral genérica de obedecer ao direito, apesar de seu caráter presumível e sua derrotabilidade para responsabilidades morais concorrentes, não é vazia de significado para o cidadão moralmente correto. Pois ela nunca é superada por considerações de conveniência, desejo ou preferência” (Finnis, 2013d, p. 373, tradução nossa). Em resumo, Finnis entende que, “[...] para o propósito de avaliar as obrigações jurídicas no sentido moral, está-se autorizado a descontar leis que sejam injustas” (Finnis, 2011, p. 360, tradução nossa) e que o cumprimento da lei injusta “[...] não é justificado ou exigido pelo princípio de razoabilidade prática, derivado e derrotável, de que as leis impõem obrigações morais” (Finnis, 2011, p. 365, tradução nossa).

Considero que os excertos acima transcritos, lidos com as cautelas terminológicas sugeridas e à luz do esquema teórico raziano, já sinalizam que, conforme o jusnaturalismo de Finnis, o direito positivo – leis juridicamente válidas, inclusive (algumas, quiçá todas) leis injustas –, pelo simples fato de se tratar do *direito* da comunidade, com as características e propósitos que lhe são ínsitos, e não exatamente pelo seu conteúdo (mérito de suas soluções particulares para problemas de coordenação), *sempre* fornece uma *razão* moral para conformação com seus preceitos (cuja força, normalmente intensa e pesada, é variável). Essa razão, contudo, *não é necessariamente conclusiva* (daí falar-se em ‘obrigação jurídico-moral presumida, genérica, *prima facie*, derrotável’).

Essa hipótese pode ser testada – e a meu ver corroborada – à vista de três textos específicos de Finnis, que abordam a temática com maior proximidade.

O primeiro deles é de 1984: *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, republicado com o nome *Law's Authority and Social Theory's Predicament* (Finnis, 2013d, p. 46-65). Neste texto, Finnis se dedica a apontar a fragilidade estrutural da argumentação de alguns jusfilósofos – como Rolf Sartorius, Smith e Joseph Raz, esse último em *The Obligation to Obey the Law* (Raz, 2011, p. 233-249) –, que passaram a defender, a partir da década de 1970, que “[...] o direito, mesmo o bom direito, não cria razão moral para obediência apenas por ser direito”, que não haveria “nenhuma obrigação moral genérica, nem mesmo prima facie ou presumível ou derrotável, para obedecer ao direito” (Finnis, 2013d, p. 47, tradução nossa). Raz sustentara que a autoridade moral de um esquema de cooperação – pessoas não poluírem um rio, por exemplo – deriva integralmente da própria prática de cooperação, e não do fato de ela ter sido estipulada pelo direito. Finnis rebate, aduzindo, no exemplo, que agricultores e produtores às margens do rio, a princípio não convencidos por campanhas e pressão de grupos ou mesmo do governo de que teriam razão suficiente para deixar de poluir suas águas, mudam sua postura com a aprovação de uma lei nesse sentido. Mesmo acreditando que a nova lei não atende aos interesses próprios ou mesmo da sociedade, eles entendem que devem cumpri-la, afinal, como cidadãos, auferem vantagens do sistema jurídico em que vivem: se colhem os benefícios do direito, também devem se sujeitar aos seus encargos; quando através do processo político for futuramente aprovada uma lei que se conforme aos seus interesses, também esperam que os demais a ela se sujeitem. O direito, portanto, apresenta-se como uma teia inconsútil, que liga e beneficia todos os membros da comunidade, não sendo dado ao cidadão escolher, seletivamente, apenas os dispositivos e prescrições jurídicas que lhe convêm (Finnis, 2013d, p. 48-51).

No mesmo artigo, Finnis relembra que a *autoridade* é a única alternativa à *unanimidade* para os problemas de coordenação, os quais admitem múltiplas soluções razoáveis. No dado exemplo do rio, existem diferentes vantagens e desvantagens em cada opção suscetível de escolha sobre o regime de seu aproveitamento (rio com águas completamente puras e limpas; rio totalmente disponível para uso livre e gratuito como esgoto; rio disponível para disposição ilimitada de resíduos, mediante pagamento de taxa; rio disponível para uso limitado de resíduos etc.). E ao *direito* é reconhecida a autoridade moral (normatividade) para resolução desses problemas de coordenação precisamente por sua *qualidade* de saliência geral. O sistema jurídico apresenta-se como uma identificação pública e privilegiada de solução para esses variados e dinâmicos problemas; mais que isso, combina

velocidade e clareza em seu oferecimento; ademais, suas instituições asseguram justiça mediante soluções estáveis, exequíveis e gerais (não discriminatórias), as quais são por elas impostas aos ‘caroneiros’ e desviantes, através de processos que minimizam a arbitrariedade. Em resumo, “[...] são os valores do Estado de Direito que dão ao sistema jurídico sua distintiva autorização para ser tratado como a fonte das soluções autoritativas” (Finnis, 2013d, p. 63-64, tradução nossa). Os produtores e demais cidadãos têm ‘interesse compartilhado’ (ou seja, *razão*, digo eu) em manter o sistema jurídico, pois ele soluciona com *padrões adequados* os ‘problemas de coordenação’ (conceito aqui compreendido sem as restrições da ‘teoria dos jogos’, limitada à racionalidade instrumental) da comunidade. O direito instancia o valor da amizade e oferece um método justo de relacionar pessoas, encargos e benefícios, o que consiste em um bem (comum), inteligível para o raciocínio prático (Finnis, 2013d, p. 63-64).

O argumento acima foi mais bem apresentado e defendido cinco anos depois, em *Law as Coordination* (Finnis, 2013d, p. 66-73). Nesse ensaio, como já mencionado na subseção 2.2.6, *supra*, Finnis reforçou que o conceito adequado de ‘problema de coordenação’ para a filosofia política e do direito, cuja solução visa ao bem comum, é mais rico e abrangente que o conceito empregado pela teoria dos jogos²². A concepção, aqui, (i) inclui casos nos quais não há convergência ou compartilhamento de interesses das partes em relação à situação em si e (ii) leva em consideração um tipo de interesse sistematicamente excluído da teoria dos jogos, qual seja: a equidade do jogo e do resultado, que qualquer jogador pode preferir ao incremento da realização dos próprios interesses.

Retomando então sua controvérsia com Raz a respeito da normatividade (autoridade moral) do direito, Finnis assevera, com clareza, que “[...] a existência da ordem jurídica cria um interesse compartilhado que dá a cada um razão moral para colaborar com as soluções de coordenação do direito, ou seja, razão moral para considerar o direito (moralmente) autoritativo” (Finnis, 2013d, p. 71, tradução nossa). E isso ocorre, segundo ele, por dois tipos interligados de razões – que não se referem aos méritos das soluções particulares dadas pelo direito, mas sim às suas características próprias, que lhe conferem saliência na identificação e solução dos problemas de coordenação –, a saber: (i) o direito se apresenta como uma teia inconsútil, proibindo que os sujeitos escolham seletivamente, e; (ii) o direito possui certas características procedimentais (oferece a perspectiva de apresentar soluções relativamente rápidas, claras e sutis, de efetivamente aplicá-las e de punir os desviantes, dando assim satisfação aos colaboradores, mediante processos justos e não arbitrários). Trata-se, enfim, de um “[...] método justo de relacionar benefícios a encargos e pessoas a pessoas em um

22 *Vide* item 1.3.9

conjunto extremamente amplo, complexo e duradouro, embora dinâmico, de pessoas e transações – um método que apenas o direito plausivelmente oferece.” (Finnis, 2013d, p. 71-72, tradução nossa).

À objeção de Raz – segundo a qual o direito, voltado para a massa de pessoas, às vezes simplifica demais em suas soluções coordenativas, de modo que alguns indivíduos conhecedores da situação *não* teriam *razão* para se conformar a ele e o inadimplemento, assim como acontece nas infrações sequer descobertas, não ameaçaria a efetividade do governo e do direito – Finnis retorque com uma pergunta: ‘efetividade’ para que? Argumenta, então, que o propósito do direito não é apenas assegurar a sobrevivência do governo, mas proporcionar efetiva justiça aos membros da comunidade, contribuindo para o bem comum (Finnis, 2013d, p. 72). Especificamente quanto à alegação raziana de que o entendimento superior do indivíduo sobre o que é necessário na situação particular regulada pela lei, justificando a violação ao direito, retirar-lhe-ia a autoridade moral, Finnis replica:

(...) em algumas circunstâncias um indivíduo pode melhor servir à equidade ou outros aspectos do bem comum através da violação, do que da conformidade [ao direito]. Mas a afirmação de Raz de que em tais situações o direito ‘não fornece razão’ para fazer o que ele comanda, ou seja, *não* possui autoridade moral alguma, parece extravagante. A tese que Raz e outros negam é que o direito cria uma obrigação moral genérica *prima facie* e, portanto, possui autoridade moral *prima facie* e genérica. Embora por essa tese uma razão *prima facie* e autoridade dessa espécie possam ser *superadas* por razões opostas, não existe razão para dizer que, moralmente falando, o direito (e sua autoridade) nunca se estendeu às situações em que foi superado.

A razão (que propus) para levar o direito a sério em toda a extensão de seu significado e pretendido alcance – e nunca o considerar como *não* fornecendo razão para fazer o que ele comanda – é uma razão conectada com aquela irreduzível multiforiedade dos bens humanos (e aquela pluralidade de pessoas humanas) que impõe intrínsecas limitações no raciocínio prático humano e torna absurdos (e injustos) projetos totalitários.” (Finnis, 2013d, p. 73, tradução nossa).

Esse trecho me parece importante e elucidador. Em outras palavras, o que Finnis está dizendo é que mesmo nos casos concretos em que a *obrigação jurídica intrassistêmica* não corresponda, ao fim e ao cabo, a uma *efetiva (conclusiva) obrigação jurídico-moral* (pois consistindo em ‘obrigação’ com força variável, apenas ‘*prima facie*’, presumida e derrotável, ela acabou sucumbindo, na situação particular, diante de razões opostas mais fortes), ainda assim *o direito fornece uma razão moral* (derrotada). A normatividade (ou autoridade) moral do direito, portanto, opera em alguma medida, ainda que eventualmente não prevaleça na situação concreta, isto é, não seja uma razão conclusiva.

No ponto, aliás, vale recordar que, como ensina Raz (2022, p. 131), a conclusividade de uma razão não é característica inerente a ela, mas relativa à situação: depende do agente e

das opções que lhe estão abertas em um determinado momento. Assim, uma mesma razão pode ser conclusiva em certa situação, mas não em outra.

A pergunta que se coloca então é: haveria alguma hipótese excepcional em que uma *obrigação jurídica intrassistêmica*, mais do que não deflagrar uma *efetiva (conclusiva) obrigação jurídico-moral*, não forneceria nem mesmo sequer *uma razão moral* (derrotada)? Indagando de outra forma: existe algum caso em que o direito positivo válido carece de mínima normatividade, deixando de gerar qualquer razão moral, mesmo que sucumbente?

Reputo dúbia a posição de Finnis sobre essa questão. Eventual resposta afirmativa estaria necessariamente restrita, decerto, ao universo das leis injustas, que são leis apenas em sentido periférico (*lex injusta non est lex*). Ainda assim, caberia esclarecer se a completa falta de normatividade (moral) atingiria todas ou apenas algumas leis injustas e, nessa última hipótese, especificar quais delas e expor os fundamentos para a discriminação. Mas repiso: não descarto a possibilidade de que a resposta finnisiana para a pergunta seja negativa, afinal, a proposição incontroversa de que uma lei extremamente injusta, corrupta, impregnada de grave vício (por exemplo, de conteúdo) não gera *efetiva (conclusiva) obrigação jurídico-moral* não pressupõe a premissa de que essa mesma lei não tenha sequer *gerado* (pelo fato de ser direito, produzindo obrigação jurídica no sentido intrassistêmico) *uma razão moral* derrotada.

O problema torna-se ainda mais complexo quando se tem em mente que Finnis admite que a obrigação *moral* de cumprir o *direito* pode derivar ‘não da juridicidade’ em si (obrigação jurídica intrassistêmica), mas de ‘outra fonte colateral’ – como o fato de que a desobediência a certa lei pode levar ao enfraquecimento e colapso do sistema jurídico como um todo (Finnis, 2011, p. 354, 361-362 e 476). Mesmo que se aceite o critério de distinção proposto e se admita a ‘colateralidade’, observo que essa espécie de obrigação *moral* necessariamente pressupõe a existência de uma obrigação *jurídica intrassistêmica*, ou seja, também está inevitável e diretamente associada, ainda que de outro modo, ao *direito*. Esse quadro reforça a possibilidade, em tese, de que uma lei (ainda que extremamente) injusta, mesmo sem gerar *efetiva (conclusiva) obrigação moral* (seja ela uma ‘obrigação jurídico-moral’, seja uma ‘obrigação moral colateral’), gere entretanto, pelo simples fato de ser direito, *uma razão moral* derrotável.

A obscuridade apontada é percebida mesmo dentro do âmbito limitado da ‘obrigação jurídico-moral’, sem se considerar a ‘obrigação moral colateral’ de obedecer ao direito.

Veja-se, a propósito, que quando tratou em NLNR das quatro espécies já abordadas de leis injustas – leis com vícios de finalidade (produzida no interesse particular da autoridade, e

não do bem comum), competência (ato *ultra vires*), forma (em desconformidade com o Estado de Direito) ou conteúdo (injustiças distributivas ou comutativas) –, Finnis afirmou que elas “[...] falham [...] em criar qualquer obrigação moral”, “carecem da autoridade moral que em outros casos simplesmente decorre de sua origem, ‘pedigree’ ou fonte formal” e que “para o propósito de avaliar as obrigações jurídicas no sentido moral, está-se autorizado a descontar leis que sejam injustas em qualquer das formas acima mencionadas” (Finnis, 2011, p. 360, tradução nossa). Essas passagens, entretanto, não soam tão incisivas quanto a seguinte: se os governantes “[...] usam sua autoridade para fazer estipulações contra o bem comum, ou contra qualquer dos princípios básicos de razoabilidade prática, *qualquer estipulação tal carece completamente* da autoridade que de outro modo teria em virtude de provir deles” (Finnis, 2011, p. 359-360; grifos e tradução nossos). NLNR transmite, pois, uma impressão de que a resposta para a indagação suscitada seria de que *toda e qualquer lei injusta* (porquanto necessariamente afrontosa ao bem comum e, por consequência, a princípio de razoabilidade prática) *careceria completamente de normatividade moral, não fornecendo sequer uma razão moral* (derrotável).

Essa primeira percepção, todavia, é frontalmente contraditada por um trecho da introdução do volume IV da coletânea de ensaios que, por ironia, reportando-se justamente a NLNR, consigna, de modo literal, que a presumida obrigação jurídico-moral “[...] é derrotada (a) por responsabilidades morais opostas sérias o suficiente para tornar o inadimplemento justo e (b) por *injustiça séria e relevante* na formação ou conteúdo do direito” (Finnis, 2013d, p. 08; grifos e tradução nossos). Tal segmento indica que, na pior das hipóteses, não somente as *leis justas*, mas também todas as *leis injustas maculadas por injustiça que não seja ‘séria e relevante’* são dotadas de *normatividade* (moral), pois fornecem *uma razão moral* (derrotável) para conformação com seus termos. Dúvida remanesceria apenas em relação às *leis injustas* acometidas de *injustiça ‘séria e relevante’*, que embora certamente não gerem *efetiva (conclusiva) obrigação jurídico-moral*, em tese poderiam ser capazes de gerar, pelo simples fato de ser direito, *uma razão moral* derrotável (derivada da ‘juridicidade’ ou, como explicado mais acima, da ‘colateralidade’, em qualquer dos dois casos baseada no direito).

Aproximadamente na mesma linha, em *Natural Law: The Classical Tradition*, Finnis aduz que “[...] *um grau suficiente de injustiça* no conteúdo [da lei] irá negar a peremptoriedade-para-a-consciência” e que as exigências jurídicas carecem de autoritatividade para a consciência (último julgamento racional) “quando *radicalmente injustas*” (Finnis, 2002, p. 23, tradução nossa).

Alimentando uma certa dubiedade, o fragmento alhures transcrito de *Law as Coordination*, embora não se refira especificamente a leis injustas, reveste-se de uma generalidade e uma incisividade que militam em favor da tese de uma necessária normatividade (moral) do direito (alcançando inclusive casos de leis seriamente injustas, capazes de gerar razões, mas que acabam derrotadas). Ali, Finnis defendeu “[...] levar o direito a sério em toda a extensão de seu significado e pretendido alcance – e nunca o considerar como não fornecendo razão para fazer o que ele comanda” e que “[...] não existe razão para dizer que, moralmente falando, o direito (e sua autoridade) nunca se estendeu às situações em que foi superado.” (Finnis, 2013d, p. 73, tradução nossa).

Chego então, na busca de mais subsídios, ao terceiro e último artigo que considere de maior pertinência com a matéria: *Natural Law Theories* (Finnis, 2020b). A respeito do ponto que aqui interessa, Finnis assinala, logo de início, que entre outras principais teses jurídicas propostas pelos adeptos da teoria clássica da lei natural, estão as de que (i) as regras jurídicas presumivelmente (derrotavelmente) criam obrigações morais que não existiam antes de sua positivação e de que (ii) essa espécie de obrigação jurídico-moral “é derrotada por uma *séria imoralidade (injustiça)* da regra positiva”. Faz-se, ao longo do texto, uma retrospectiva histórica da visão jusnaturalista clássica, a qual aponta a autoridade política como remédio contra a anarquia, a injustiça e o empobrecimento – ou seja, como uma necessidade para promoção do bem comum –, e indica, como melhor meio para seu exercício, o ‘governo (primazia/supremacia) das leis’, ao invés do ‘governo dos homens’. O caso central de autoridade prática, para Aristóteles, é o governo de uma *polis* por meio do direito, ao passo que o caso central de direito, segundo Tomás de Aquino, é aquele que coordena tratando seus sujeitos como parceiros na razão pública, por meio de seu caráter público (promulgação), de clareza, generalidade, estabilidade e praticabilidade. Trata-se dos elementos do estado de direito – *rule of law* –, que foram depois desenvolvidos por Lon Fuller em *The Morality of Law* e que, para além da questão da mera efetividade, como muitos pensaram, também se revestiam de uma conotação moral, pois concerniam à reciprocidade na relação entre governantes e governados (Finnis, 2020b, item 1.3; Fuller, 1969, p. 200-224; Postema, 2011, p. 155-159).

Em seguida, Finnis incursiona naquela explicação sobre a normatividade das leis puramente positivas, destacando que a *determinatio* (concretização de um princípio, mediante escolha da autoridade) funciona, no silogismo do raciocínio prático, como uma segunda premissa, de natureza fática (ser): unida a uma primeira premissa de natureza normativa (dever ser) – o princípio de que o bem comum (cujo conteúdo é dado pelos princípios

fundamentais de razão prática) exige a atuação autoritativa das instituições –, resulta na inferência de que a regra específica concretizada, produto da *determinatio*, deve ser cumprida. Assim,

Fatos sociais fazem de uma regra jurídica positiva uma razão para a ação porque a deseabilidade da autoridade como meio para assegurar o bem comum, e a deseabilidade do ‘governo das leis, e não dos homens’, são razões sólidas e poderosas para reconhecer tais fatos como um exemplo de legislação válida que fornece razões presumivelmente suficientes para cumprimento. Uma lei puramente positiva que é juridicamente válida é (presumivelmente e derrotavelmente) válida e vinculante moralmente – tem a forma ou sentido moral de obrigatoriedade jurídica – quando e porque toma seu lugar em um esquema de raciocínio prático, cujo ponto de partida próximo é a necessidade moral de justiça e paz, e cujo ponto de partida mais fundamental é a gama de formas básicas pelas quais o bem-estar humano pode ser promovido e protegido, a forma escolhida nos primeiros princípios de razão prática. (Finnis, 2020b, item 1.5, tradução nossa).

Até aí, nenhuma novidade: as *razões* últimas que figuram como primeiras premissas no pensamento prático são os *valores* ou *bens* humanos básicos, vale dizer, as formas ou aspectos básicos do florescimento humano e/ou os correspondentes *preceitos primários* da lei natural ou razão prática (subseção 2.2.1). Menos remotos, viabilizando a participação naqueles bens básicos, também integram o esquema completo de raciocínio prático do sujeito os *princípios (metodológicos) de razoabilidade prática* (subseção 2.2.2), incluindo as exigências de *justiça* e promoção do *bem comum* (subseções 2.2.3 e 2.2.4). E ainda mais próxima da *inferência de obrigatoriedade moral* de se cumprir determinado preceito legal, produto da escolha do legislador (premissa fática – *determinatio*), está a *necessidade* do uso da *autoridade* e da instituição e manutenção do *direito*, com suas características próprias, para resolver problemas de coordenação em prol do bem comum (subseções 2.2.6 e 2.3.3). Cuidase, enfim, de uma leitura moral (irrestrita) daquele esquema silogístico simplificado apresentado em NLNR, já exposto anteriormente (Finnis, 2011, p. 316): a) nós precisamos, para o bem comum, ser cumpridores do direito; b) mas onde \emptyset é definido pelo direito como obrigatório, a *única* maneira de sermos cumpridores do direito é fazendo \emptyset ; c) logo, nós precisamos (é obrigatório para nós) fazer \emptyset onde \emptyset foi juridicamente definido como obrigatório.

Mas voltando ao artigo *Natural Law Theories* (Finnis, 2020b), identifica-se ali um tópico (1.5.1) que, embora curto, é dedicado exclusivamente à ‘obrigatoriedade presumida e derrotável’ do direito. Fazendo referência nominal ao magistério doutrinário de Hart e Raz, Finnis aduz que as razões práticas produzidas pela ordem jurídica são *excludentes, peremptórias ou preemptivas* (ou seja, razões que não se somam simplesmente a outras já previamente disponíveis ao agente, mas que excluem e tomam o lugar de algumas delas) e

também *independentes de conteúdo* (o caráter excludente/peremptório/preemptivo não é derivado do conteúdo atrativo da razão, mas sim de sua fonte autoritativa). Precisamente essa independência de conteúdo que implica a *obrigatoriedade presumida, derrotável* das razões autoritativas. Finnis segue, completando que “se uma pretensa razão autoritativa proferida (positivada)”, vale dizer, uma lei juridicamente válida, “*conflitar de modo suficientemente claro*” com “*as necessidades e os bens humanos básicos*” e “*princípios e normas morais básicos*”, então “sua força excludente é exaurida ou superada e sua *pretensa obligatoriedade derrotada*”.

O que colho dessa passagem – que fala explicitamente em *razões, conflito e derrota* – é que mesmo uma lei (‘razão autoritativa’) que ‘conflita de modo suficientemente claro’ com ‘as necessidades e os bens humanos básicos’ e com ‘princípios e normas morais básicos’ ostenta, ainda assim, uma ‘pretensa obligatoriedade’ – a qual, todavia, acaba ‘derrotada’. Ora, se há um *conflito* prático, é porque existem *razões* em ambos os polos da contenda, inclusive no lado sucumbente. Impende observar que esse eventual choque de uma lei positiva com ‘as necessidades e os bens humanos básicos’, referido por Finnis, somente pode dizer respeito, inevitavelmente, ao *conteúdo* da regra jurídica, vale dizer, à norma jurídica enquanto *razão de primeira ordem* (razão para executar o ato exigido pela regra), afinal, como já explicado, uma *razão excludente*, enquanto razão de segunda ordem, consiste apenas em um razão para não agir por certas razões (Raz, 1999, 35-48, 183-185). Sozinha, uma razão excludente não ‘conflitaria de modo suficientemente claro’ com ‘as necessidades e os bens humanos básicos’. Recordemo-nos de que as regras são *razões protegidas*, ou seja, uma *combinação* de uma razão para executar o ato exigido pela regra (razão de primeira ordem) com uma razão para não agir por certas razões (razão excludente, de segunda ordem) (Raz, 1999, p. 77 e 191; Raz, 2011, p. 18 e 22). Sendo certo que em conflitos práticos de razões excludentes com razões de primeira ordem as razões excludentes, por serem de uma ordem mais elevada, ‘sempre prevalecem’ sobre as razões de primeira ordem que estiverem dentro de seu escopo, excluindo-as (Raz, 1999, p. 46), então o que Finnis está sustentando é que uma lei injusta claramente afrontosa aos valores humanos básicos *não* funciona como *razão excludente* – “sua força excludente é exaurida ou superada” (limitação do escopo das normas jurídicas enquanto razões excludentes) –, e que a *razão de primeira ordem* veiculada pela mesma lei – qual seja, a ‘razão para executar o ato exigido pela regra’ – *sucumbe* no balanço das razões, por uma questão de *peso*, diante dos preceitos primários da lei natural (bens básicos). Explica Raz (1999, p. 77, tradução nossa):

[...] Nós não devemos nos esquecer, contudo, de que a maioria das normas também são razões de primeira ordem – uma razão não somente para desconsiderar outras razões, mas também para praticar o ato normativo quando as condições de sua aplicação se fizerem presentes. Em um caso no qual se aplica uma razão incompatível com a norma, mas não excluída por ela, determina-se o que se deve fazer por meio do equilíbrio das razões, comparando-se o peso da norma como razão de primeira ordem com o peso da razão concorrente.

Se assim for, a posição de Finnis, traduzida e examinada à luz da teoria geral da normatividade de Raz, reconhece que todas as leis positivas válidas – justas e injustas, inclusive as acometidas de injustiças mais graves (porquanto diretamente atentatórias aos valores humanos básicos) – são sempre dotadas, pelo simples fato de serem direito, de alguma normatividade (moral), pois necessariamente geram uma razão moral que, com força variável (conforme inclusive o grau de eventual injustiça da lei), é derrotável ou superável por razões opostas. Dificilmente alguém terá razão *conclusiva* para negar tratamento fúnebre digno para o cadáver de um familiar próximo; mas o fato de uma prescrição nesse sentido derivar de uma lei positiva válida do sistema jurídico da comunidade (e não de outra fonte qualquer) a qualifica como uma razão, conquanto derrotada²³. Conforme visto, foi o próprio Finnis quem afirmou que “[...] não existe razão para dizer que, moralmente falando, o direito (e sua autoridade) nunca se estendeu às situações em que foi superado.” (Finnis, 2013d, p. 73, tradução nossa).

Enfim, a respeito das ambiguidades assinaladas até aqui, concluo em resumo que a teoria de Finnis acerca da normatividade do direito ganharia em clareza e poder explicativo se fosse veiculada mediante associação explícita e mais frequente de suas ideias ao conceito-chave mais básico e fundamental de *razões*. O vocábulo *obrigação* foi por ele utilizado em referência a uma situação normativa *não conclusiva*, qual seja, a *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral* – que, tal como a ‘obrigação promissória’, possui *força variável*, sendo *presumível* e *derrotável*. Nenhum problema haveria se fosse bastante a mera substituição automática do termo *obrigação* por *razão*. Mas não é o caso. O grau de detalhamento ou refinamento das explicações, que sempre giram em torno do conceito bruto e não acabado de ‘obrigação jurídico-moral’, mostra-se insuficiente para esclarecer com exatidão qual a posição do autor sobre a capacidade do direito de fornecer razões morais (normatividade), especificamente em algumas hipóteses dentro do universo em que a *obrigação jurídica em sentido intrassistêmico* (sempre invariável) *não gera razão conclusiva*

23 O conflito nos remete à literatura grega clássica. No trágico e famoso caso de Antígona, peça de Sófocles escrita no século V a. C., a personagem se vê diante de “dois conjuntos de obrigações e leis. Sente-se obrigada pelas leis divinas a sepulturar o irmão, ao mesmo tempo que as leis de Tebas obrigam-na a deixá-lo insepulto.” (Morrison, 2006, p. 26).

para a ação. Fica a dúvida: para Finnis, toda obrigação jurídica em sentido intrassistêmico, pelo tão só (relevante) fato de ser direito, necessariamente produz (em decorrência de sua ‘juridicidade’ ou por ‘fonte colateral) *razão* para a ação (*não conclusiva, derrotável, variável em força*, podendo inclusive ser bastante fraca, em proporção à sua injustiça)? Ou, inversamente, é possível que em alguma situação (v.g. de radical injustiça) o direito válido, mesmo gerando obrigação jurídica intrassistêmica, não forneça *absolutamente nenhuma razão* moral derrotável para a ação, sequer com pouca força ou de baixo peso (carência absoluta de normatividade)?

Talvez, a relevância dessa questão esteja sendo superestimada e o cogitado aprimoramento da exposição teórica finnisiana padeça de valor significativo. Alguns podem sugerir que tudo se reduz a um único problema, bastante restrito, periférico e de somenos importância, quiçá de natureza meramente verbal: dizer se em certos casos nos quais *não* exista *razão conclusiva* para se cumprir o direito, mais especificamente em situações extremas (como de leis radicalmente injustas), a *obrigação jurídico-moral* ‘foi derrotada’ ou, ao revés, ‘nem sequer nasceu’. Empiricamente, as duas hipóteses não se distinguem: o resultado final no raciocínio prático será sempre o mesmo. Outros eventualmente venham a associar essa preocupação a uma postura metafísica e essencialista sobre o conceito de direito, incompatível com a própria metodologia finnisiana. Assim, a questão seria apenas de grau ou intensidade, que toma como referência os casos centrais de lei (significado focal): quanto mais injusta (periférica, aguada, corrompida etc.) for determinada lei positiva válida, menor a força da razão moral que ela produz. De qualquer modo, seja como for, não é meu objetivo aqui reescrever, reformular, criticar, refutar ou aprimorar a teoria do direito de Finnis (muito menos elaborar e defender uma nova versão, antecipando-me a potenciais objeções), mas sim buscar compreendê-la em sua máxima extensão e descrevê-la com a maior fidelidade possível, valendo-me, para tanto, de um olhar atento e detalhado sobre seus escritos, permeado por conceitos e categorias importantes da teoria da normatividade.

Nesse contexto, mais cabe realçar as ideias centrais que inequivocamente formam a teoria finnisiana sobre a normatividade do direito. Já examinadas ao longo desta subseção, passo a pontuá-las sinteticamente: (i) as *obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico*, ou em sentido *restrito* (obrigações que as próprias regras jurídicas declaram criar) são dotadas de mesma força jurídica, ou seja, são *invariáveis* em sua força e aplicabilidade (juridicamente falando, não há graus de obrigação jurídica, assim como não há graus de validade jurídica); (ii) em uma *obrigação jurídica no sentido intrassistêmico*, a *premissa* normativa da necessidade social de conformidade com o direito é tomada como um *dogma e isolada* do

restante do raciocínio prático (o direito busca absorver ou capitalizar sobre o esquema de raciocínio prático do bom cidadão); (iii) por sua vez, a *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral* é uma espécie ímpar de obrigação moral, que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis positivas; ela é presumida da obrigação jurídica intrassistêmica (da qual, portanto, deve ser diferenciada); (iv) as *obrigações jurídico-morais*, que tomam lugar apenas no *fluxo completo e irrestrito* do raciocínio prático, são *variáveis* em sua força, podendo-se dizer que o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, ‘razões morais fortemente excludentes’ (obrigatoriedade moral presumida, genérica, *prima facie*, derrotável); (v) se uma lei positiva juridicamente válida ‘conflitar de modo suficientemente claro com as necessidades e bens humanos básicos e os princípios e normas morais básicos, sua força excludente é exaurida ou superada e sua pretensa obrigatoriedade derrotada’; (vi) a presumida força moralmente obrigatória das estipulações da autoridade *não* advém propriamente da *vontade* do legislador (que não produz a estrutura do raciocínio prático do destinatário, mas apenas ocupa um lugar nela, como uma *premissa fática*), e sim de sua conjugação com *premissas normativas*, que apontam para a *necessidade do direito* para se assegurar e realizar o *bem comum*, uma *exigência de razoabilidade prática* (ou seja, *princípios* como ‘o bem comum deve ser promovido’, ‘a determinação autoritativa para problemas de coordenação é para o bem comum’ e ‘a regulação jurídica é presumidamente um bom método de determinação autoritativa’); (vii) dessa maneira, o que importa sobre o *imperium* (comando, imperativo) do legislador não é que ele materializa um ato de decisão, mas que ele representa um padrão inteligível de ação que, escolhido pela autoridade diante de uma multiplicidade de opções viáveis alternativas, pode realmente ser obrigatório aos olhos de um sujeito razoável (que, assim, trata o *imperium* do legislador como se fosse o seu próprio); (viii) a *determinatio* (concretização de um princípio, mediante escolha da autoridade) funciona, no silogismo do raciocínio prático, como uma segunda premissa, de natureza fática (ser): unida a uma primeira premissa de natureza normativa (dever ser) – o princípio de que o bem comum exige a atuação autoritativa das instituições –, resulta na inferência de que a regra específica concretizada, produto da *determinatio*, deve ser cumprida; (ix) mais remotamente, as razões últimas que figuram como primeiras premissas no pensamento prático, que culminam com essa inferência de obrigatoriedade moral de se cumprir determinado preceito legal, fruto da *determinatio*, são os valores ou bens humanos básicos (formas ou aspectos básicos do florescimento humano) e/ou os correspondentes preceitos primários da lei natural; eles são seguidos dos princípios (metodológicos) de razoabilidade prática, que incluem as exigências de justiça e promoção do bem comum, e se

densificam até o reconhecimento da *necessidade* do uso da *autoridade* e da instituição e manutenção do *direito* para resolver problemas de coordenação em prol do bem comum; (x) o que confere saliência ao *direito* na identificação e solução dos problemas de coordenação da comunidade política, justificando que ele seja tratado como moralmente autoritativo, são suas características próprias (e não os méritos de suas soluções particulares); notadamente, o direito (a) apresenta-se como uma teia inconsútil, proibindo que os sujeitos escolham seletivamente, e (b) dá a perspectiva de oferecer soluções relativamente rápidas, claras e sutis, de efetivamente aplicá-las e de punir os desviantes em processos justos e não arbitrários; em outras palavras, são os valores do Estado de Direito que dão ao sistema jurídico sua distintiva autorização para ser tratado como a fonte das soluções autoritativas; (xi) a obrigação moral de cumprir o direito pode derivar não somente da juridicidade em si (obrigação jurídica intrassistêmica), mas de outra ‘fonte colateral’ – como o fato de que a desobediência a certa lei pode levar ao enfraquecimento e colapso do sistema jurídico como um todo.

Finalmente, um aspecto adicional que merece ser referido foi objeto da atenção de Maris Köpcke Tinturé no artigo *Finnis on Legal and Moral Obligation*, que integrou a obra *Reason, Morality and Law*, em tributo a Finnis, editada por John Keown e Robert George (2015). No texto, Tinturé manifestou sua surpresa por Finnis ter expressamente refutado, em ocasião mais recente, uma proposição que, segundo ela, parecia decorrência lógica da teoria exposta em NLNR, qual seja: o direito reivindica ser moralmente obrigatório. Para Tinturé (2015, p. 394, tradução nossa), é plausível “[...] atribuir ao direito a reivindicação de que ele é moralmente vinculante de modo não derrotável, vinculante *semper et ad semper*” porque, ao contrário do que ocorre com as normas morais gerais – que deixam para o indivíduo o juízo moral de discernir o tempo, lugar e outras circunstâncias de sua diretividade –, na obrigação jurídica isso não acontece, pois o que o direito faz é precisamente promover essa especificação (*determinatio*).

Em réplica, Finnis (2015, p. 554, tradução nossa) reafirma sua posição de que embora o direito deva (moralmente) ser tal que implique obrigatoriedade moral, “[...] sua reivindicação é somente de que ele é *juridicamente* legítimo, autoritativo e vinculante/obrigatório. [...] ele não *pretende ser* (ou *não ser*) moralmente obrigatório.” Assevera que o significado de *obrigação* e *obrigatório* no direito não é exatamente o mesmo de *obrigação* e *obrigatório* no raciocínio e juízos morais e explica que a razoabilidade (e não obrigatoriedade moral) reivindicada pelo direito relaciona-se com sua sistematicidade. Argumenta, em sequência, que sustentar que o direito “[...] reivindica obrigatoriedade *moral* não derrotável (em paralelo à sua reivindicação de obrigatoriedade *jurídica* não derrotável)

seria defender que o direito – mesmo um caso central de direito – materializa e afirma uma falsidade moral.” (Finnis, 2015, p. 554-555, tradução nossa). Isto porque, para ele, conforme já visto, a (presumida) obrigação moral criada e imposta pelo direito é derrotável tanto (i) pela injustiça em sua elaboração ou conteúdo, quanto (ii) por responsabilidades morais concorrentes do sujeito nas ocasiões particulares, sérias o suficiente para prevalecer sobre as ‘razões morais fortemente excludentes’ geradas pelo direito.

É nesse sentido que deve ser compreendida a assertiva, constante de *Comensuration and Public Reason*, de que “[...] o direito não merece o lugar que ele reivindica em nossas deliberações, salvo se ele, também, atender a certos padrões” (Finnis, 2013a, p. 233, tradução nossa). O direito, ao se isolar do restante do raciocínio prático (geral, irrestrito, ‘extra-jurídico’) com aquela já apontada premissa dogmática da necessidade de que todos os sujeitos sejam cumpridores das leis, apresenta seus princípios e regras como obrigatórios apenas no sentido intrassistêmico (obrigação jurídica invariável, conclusiva, não derrotável, peremptória). E isso se aplica às diferentes espécies de raciocínio prático: tanto do bom cidadão (que explica a necessidade de submissão ao direito em termos de bem comum), quanto do cidadão servo acrítico do sistema (para sustentação do regime), do juiz carreirista (para enriquecimento e promoção na carreira) ou do cidadão criminalmente oportunista (para evitar punições). Mas essa obrigação jurídica em sentido *jurídico*, embora *prática* – capaz, por si só, de orientar a conduta –, não é, *enquanto tal*, a obrigação jurídica no sentido *moral* (variável e derrotável), que somente emergirá conforme a leitura do sujeito (Finnis, 2015, p. 555-556, tradução nossa):

[...] qualquer que seja o raciocínio prático em que ele se encaixar, o esquema do direito para compreensão prática das obrigações jurídicas que o direito reivindica articular e impor é um mesmo e único – prático, mas não *em si mesmo*, *enquanto tal*, moral (no caso central): sempre *apto* a uma leitura moral pelo sujeito moralmente interessado, mas longe de ser vazio de orientação, enquanto não opcional, para aqueles desinteressados em questões morais.

Com isso, conclui-se a terceira e última seção do segundo capítulo da dissertação, voltada a examinar a teoria jusnaturalista de John Finnis acerca do *direito* e sua *normatividade*, tudo em conformidade com as bases éticas e políticas que já haviam sido apresentadas na seção anterior. O terceiro capítulo, a se iniciar, retrata algumas iniciativas contemporâneas que, sem nenhum exagero no modo de expressar, caminham em sentido diametralmente oposto. Elas negam – ou, no mínimo, subestimam – a normatividade jurídica, chegando a propor o abandono do conceito doutrinário de direito.

3 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO DIREITO E À SUA NORMATIVIDADE

3.1 Prelúdio

O capítulo anterior foi integralmente dedicado a uma detalhada exposição da teoria da lei natural de John Finnis. Iniciando por algumas noções propedêuticas e passando por sua filosofia moral e política, aportamos ao final em sua teoria jurídica, examinando de perto e com maior profundidade a visão do autor sobre o *direito* e sua *normatividade*.

Neste terceiro capítulo, abordaremos, em contraposição, uma tendência doutrinária contemporânea cética que, de maneira contundente e ostensiva, vem colocando o direito e/ou sua normatividade em xeque. Foram selecionados, como representativos dessa linha de pensamento, quatro artigos científicos, a saber: (i) *Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy*, de Hillary Nye (2022); (ii) *The End of Jurisprudence*, de Scott Hershovitz (2015); (iii) *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser (2015), e; (iv) *Is General Jurisprudence Interesting?*, de David Enoch (2019).

Em linhas gerais, os três primeiros autores – Nye, Hershovitz e Kornhauser – autoproclamam-se *eliminativistas*²⁴. Conforme restará explicado, eles negam a existência de um domínio próprio e distintivo de normatividade *jurídica* (não moral), defendendo, grosso modo, a eliminação ou dispensa do *conceito doutrinário de direito*. No raciocínio prático, não se identifica ‘o direito’ (o que ele exige, proíbe, permite ou cria, vale dizer, quais as obrigações, direitos ou poderes ‘jurídicos’). Ao revés, devemos nos atentar diretamente para os resultados ou consequências *morais* desencadeados pelas nossas ‘práticas jurídicas’ ou ‘materiais jurídicos’ (textos das leis, regulamentos e precedentes judiciais). O eliminativismo propõe, assim, o abandono da pergunta sobre a natureza metafísica do direito (‘o que é o direito?’), isto é, o problema de seus fundamentos (condições de veracidade das proposições jurídicas, ou seja, o que determina o conteúdo do direito), que absorveu a filosofia do direito nas últimas décadas, com a disputa entre positivistas e não positivistas (‘debate Hart-Dworkin’).

Diferentemente, Enoch, à parte qualquer controvérsia sobre sua eventual afinidade com algum aspecto do eliminativismo, não nega a normatividade do direito. Porém,

24 A respeito da terminologia, Nye (2022, p. 53, nota de rodapé n. 88) ressaltou em nota que, embora a palavra “eliminativismo” não fosse a ideal para retratar sua posição, utilizou-a porque o termo ganhou popularidade na filosofia do direito. Esclareceu que, em outras áreas da filosofia, “eliminativismo é uma posição metafísica substantiva, que defende a eliminação de certas *entidades*.” E acrescentou: “Meu argumento aqui iria pressionar contra o eliminativismo desse tipo. Mas ele também pode ser usado para se referir a eliminar a *fala* sobre certas entidades, e esse é o sentido no qual pretendo usá-lo”.

classificando-a como meramente *formal*, aduz que, nesse quesito, o direito – ao contrário da moral, que é dotada de uma normatividade genuína, mais forte, denominada robusta ou puro-sangue (*full-blooded*) – em nada se diferencia de discursos e práticas sociais normativas como os jogos, a moda ou a etiqueta.

Pois bem. Os conteúdos específicos dos quatro ensaios acima referidos estão apresentados na seção seguinte, de modo individualizado e com suficiente grau de detalhamento. Trata-se de um passo necessário para adequada compreensão dessa nova tendência doutrinária, que ao final permitirá cotejar suas interseções e colisões com a teoria do direito jusnaturalista de Finnis – tarefa a ser executada no quarto capítulo da presente dissertação.

3.2 Tipologia

3.2.1 O Eliminativismo de Hillary Nye

Em recente artigo – intitulado *Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy* –, Hillary Nye (2022) defende que sejamos eliminativistas sobre o direito, abandonando o problema de seus fundamentos. Ela assinala que a pergunta ‘o que é o direito?’ passou a ser interpretada pelos jusfilósofos como uma questão sobre a *natureza do direito*, respondida através do método da *análise conceitual*. Entretanto, argumenta Nye, tal abordagem é equivocada, pois o método não é responsivo à experiência: como as intuições sobre o conceito (de direito) são estabelecidas primariamente, os debatedores não conseguem convencer uns aos outros, pois os contraexemplos dados são simplesmente reclassificados. A autora propõe, assim, o *eliminativismo*, a saber, o abandono da pergunta irrespondível sobre a natureza metafísica do direito e a adoção de um pluralismo conceitual para responder a questões normativas (v.g. o que devemos fazer ante os comandos governamentais) ou preditivas/empíricas (v.g. como os juízes irão decidir).

Esse é, em apertada síntese, o argumento de Nye. Para melhor compreendê-lo, passo doravante a esmiuçá-lo, consignando que o contexto no qual se insere é o do renitente debate travado na filosofia do direito entre positivistas e não positivistas: enquanto os primeiros propugnam que o direito, em última instância, é determinado apenas por fatos sociais, os últimos sustentam que fatos morais também integram os fundamentos do direito (Shapiro, 2013, p. 27). Essa controvérsia (‘divergência teórica’) sobre o que determina a existência e o

conteúdo do direito ficou conhecida, na terminologia de Dworkin (2014a, p. 5-8), como o problema dos ‘fundamentos do direito’ (tipos de proposições que tornam as proposições jurídicas verdadeiras).

Com o desiderato de revelar o que é o direito – ou o que o fundamenta –, teóricos passaram a buscar, para além do que é observável empiricamente nas práticas judiciais, algo mais profundo: a *natureza* do direito. E para se saber qual a *natureza* do direito – o que é necessariamente verdadeiro sobre ele –, procede-se a uma análise do seu *conceito*, partindo-se de intuições ou truísmos. Daí se falar no *método da análise conceitual* (*vide* subseção 2.3.2). Entre os adeptos dessa metodologia arrolados por Nye estão Joseph Raz, Julie Dickson, Jules Coleman e Kenneth Himma, todos eles interpretando a pergunta ‘o que é o direito?’ como uma questão metafísica. Há certa controvérsia se Hart e Dworkin estariam ou não engajados nesse tipo de projeto; e embora a autora acredite que não, o entendimento majoritário é no sentido afirmativo. Desse modo, está amplamente difundido na filosofia do direito hodierna que devemos perquirir a natureza do direito e que isso se faz mediante análise conceitual (Nye, 2022, p. 33-36). Segundo Frank Jackson, na sua versão modesta e defensável, esse método nos orienta a começarmos a investigação com nossa concepção ordinária sobre a coisa em questão, a partir daquilo que nos aparenta ser mais óbvio e central; depois, pensamos através de exemplos hipotéticos que podem nos conduzir a rejeitar ou repensar a descrição inicial, conforme nossas intuições. Já nos termos de Shapiro, reúne-se um conjunto de ‘truísmos’ (proposições que são verdades ‘autoevidentes’) sobre o direito e se desenvolve uma teoria compatível com a maior quantidade possível deles (Shapiro, 2013, p. 13-22). Assim, descreve-se o direito em uma linguagem mais fundamental, testando essa imagem contra as intuições supostamente compartilhadas acerca do objeto de investigação (Nye, 2022, p. 37).

Ocorre que nossas intuições sobre a correta aplicação do conceito de direito divergem entre si, gerando, assim, diferentes teorias sobre a natureza do direito. E esse conflito, segundo Nye, leva a um impasse sem nenhuma perspectiva de solução, pois o método da análise conceitual não fornece resposta para o problema de decidir quais intuições descartar e quais reter. Primeiramente se adota um ponto de vista teórico estabelecendo o que conta como direito e como categorizar os particulares; e se outrem discorda desses contornos e defende uma teoria concorrente, nada na experiência é capaz de resolver a divergência. Há uma prioridade da teoria sobre a experiência. É precisamente isso que ocorre na disputa entre o positivismo jurídico e o não positivismo. Positivistas como Raz e Shapiro, por exemplo, afirmam que todo o direito é baseado exclusivamente em fatos sociais (tese das fontes) e que os apelos dos juízes a argumentos morais e avaliativos configuram exercício de

discricionariedade (criação do direito). Do outro lado, não positivistas alegam que o direito inclui princípios morais e que o juiz, ao decidir os casos, encontra a resposta correta já existente no sistema jurídico (aplicação do direito). Todos concordam, pois, que fatores morais devem ser levados em conta nas decisões judiciais, de modo que o problema dos fundamentos do direito está reduzido a uma questão de mera descrição, que não pode ser resolvida empiricamente, qual seja: se os juízes estão ‘criando o direito’ ou, alternativamente, ‘encontrando o direito’. Trata-se, nas palavras de Nye (2022, p. 40, tradução nossa), de “[...] um desacordo sobre quem tem a descrição correta da verdadeira natureza do direito, não a correta descrição de quaisquer fatos observáveis. É difícil enxergar por que isso deveria importar”.

Argumenta Nye (2022, p. 44-50) que, em desacordos empíricos, os fatos no mundo representam os dados neutros que permitem aos interlocutores solucioná-los. Discordando as partes, por exemplo, sobre quais sabores de sorvete são vendidos na sorveteria local, basta ir até o estabelecimento e checar: há perspectiva de resolução e um método aceito para tanto. Diferentemente, uma divergência sobre se sorvete pode *realmente* ser uma refeição ou apenas uma guloseima, é insuscetível de solução, pois as intuições de cada um sobre os conceitos (no caso, de ‘sorvete’, ‘refeição’ e ‘guloseima’) ostentam precedência, bastando negar que um contraexemplo da outra parte realmente instancie o conceito (reategorizando-o), de modo a isolar e proteger a teoria. Pelo método da análise conceitual, a teoria fica infensa a falsificação, pois se ela falha em explicar alguns dados, o que se descarta não é a teoria, como ocorre nas ciências, mas sim os próprios dados, que são reclassificados para manutenção da teoria inicial. Toma-se como exemplo um dispositivo legal que define como ilícito um ato contra os bons costumes: para um não positivista, cuida-se de expressão da natureza entrelaçada de direito e moral; para um positivista includente, a regra ilustra a incorporação da moral pelo direito através de um fato social; já para um positivista excludente, depara-se na espécie com uma lacuna no direito, que autoriza o juiz a exercer discricionariedade. O desacordo entre eles, insolúvel pela experiência, deriva de intuições diferentes sobre a verdade metafísica acerca do direito, que está fora do alcance de qualquer evidência experimental. À vista disso, a autora defende a adoção do *eliminativismo*, ou seja,

[...] a ideia de que nós não precisamos de uma descrição dos fundamentos do direito e podemos e devemos dispensá-la em favor de um conjunto de perguntas mais bem formuladas que irão abordar todas as questões importantes: questões normativas sobre o que os juízes e os sujeitos de direito devem fazer, questões preditivas sobre o que pode acontecer conosco e assim por diante. (Nye, 2022, p. 50, tradução nossa).

As respostas dadas pelos positivistas e não positivistas à questão ‘o que é o direito?’, embora impliquem diferentes formas de descrição da atividade jurisdicional (‘criação do direito’ ou ‘aplicação do direito’), produzem um mesmo e idêntico resultado empírico (os juízes se utilizam de considerações morais para decidir). Portanto, a divergência teórica não tem nenhuma relevância para o sujeito normativo. Estando além da nossa experiência, a pergunta metafísica sobre se o direito inclui ou não princípios morais afigura-se espúria, sendo irrespondível (ao contrário, por exemplo, da questão normativa ‘a que materiais deve o juiz recorrer para proferir a decisão’) (Nye, 2022, p. 50-52). Para confirmar sua tese da irrelevância do desacordo teórico sobre os fundamentos do direito, Nye (2022, p. 52-53) cita o “método da eliminação”, apresentado por David Chalmers: vetando-se o emprego da expressão ‘direito’ em favor de ‘direito 1’ (versão positivista) e ‘direito 2’ (versão não positivista), a divergência desaparece, evidenciando que a disputa é meramente verbal.

Segundo Nye (2022, p. 53), o *eliminativismo* – vale repisar, “a ideia de que podemos nos livrar do desacordo sobre os fundamentos do direito, e assim seguir sem responder à questão de o que é o direito” – vem sendo proposto explicitamente por nomes como Scott Hershovitz e Lewis Kornhauser (*vide* subseções 3.2.2 e 3.2.3), além de ostentar compatibilidade, em maior ou menor medida e em diferentes aspectos, com as abordagens de Dan Priel, Brian Tamanaha, Raff Donelson, Brian Leiter, Mark Greenberg, Ronald Dworkin (os dois últimos adeptos da versão unissistemática, em que os direitos jurídicos são vistos como uma subespécie de direitos morais) e, quiçá, David Enoch (subseção 3.2.4, *infra*). As visões eliminativistas ostentam diferentes compromissos e motivações. E o *eliminativismo* de Hillary Nye, como restou claro, possui fundamento *metodológico*:

[...] a metodologia amplamente adotada de se buscar a natureza do direito através da análise conceitual, que se apoia em intuições, gera um impasse. A questão dos fundamentos do direito é, portanto, espúria: ela nos convida a ir além da experiência, o que significa que somos deixados sem meios para decidir entre visões concorrentes. Portanto, devemos abandonar completamente a questão dos fundamentos do direito. (Nye, 2022, p. 55, tradução nossa).

Nesse cenário, Nye sugere substituir a *questão metafísica* da natureza do direito (‘o que é o direito’) por *questões normativas* (‘o que os fatos institucionais nos demandam moralmente?’; ‘como devemos estruturar nossos sistemas?’; ‘que tipos de coisas devem estar sujeitas a coerção?’; ‘como melhor nos organizaremos nas áreas sobre as quais decidimos legislar?’) e *questões preditivas* (‘o que os agentes públicos provavelmente farão?’). Para responder a tais indagações, adota-se um *pluralismo conceitual*, a fim de desambiguar conceitos equívocos (tal como fez Dworkin, por exemplo, ao diferenciar quatro conceitos de

direito – doutrinário, sociológico, taxonômico e aspiracional; Dworkin, 2010b, p. 4-9). Ponto importante é que o eliminativismo alega responder a tais questões normativas e preditivas, “[...] desistindo de fazer quaisquer afirmações sobre o conteúdo do direito em vigor.” (Nye, 2022, p. 58, tradução nossa).

É importante notar que a argumentação desenvolvida por Nye até aqui para defender o eliminativismo fundou-se em uma razão metodológica: a inadequação da análise conceitual. Sem embargo, conforme admitido pela própria autora, (2022, p. 59, tradução nossa), “[...] o eliminativismo implica um compromisso mais amplo, de desistir de qualquer fala em direito”, de modo que “[...] aqueles cujas visões não estejam abarcadas por meus argumentos anteriores ainda podem recusar a adoção de uma abordagem eliminativista”.

Assim, no esforço de mostrar a plausibilidade da ideia, Nye (2022, p. 59-78) expõe e refuta um total de 13 (treze) objeções deduzidas contra o eliminativismo, notadamente por Liam Murphy. De modo sintético, passo a pontuá-las, uma a uma: (i) *primeira objeção*: precisamos de uma visão sobre os fundamentos do direito para descobrirmos o conteúdo do direito em vigor; *réplica*: não precisamos dessa resposta, seja porque não a temos e convivemos com isso, seja porque ela é desnecessária para solução das questões (normativas ou preditivas) que se apresentam; (ii) *segunda objeção*: diferentes descrições não são igualmente convincentes; *réplica*: ao priorizar as intuições em detrimento da experiência, a metodologia adotada coloca em pé de igualdade as diferentes visões; (iii) *terceira objeção*: é possível que no futuro se chegue a uma convergência sobre a correta descrição do direito; *réplica*: a eventual convergência de crenças sobre a natureza do direito, possivelmente explicável por fatores psicológicos, não significaria sua verdade e nem obscureceria o caráter espúrio da questão metafísica; (iv) *quarta objeção*: o direito não é um fenômeno do mundo físico, mas uma realidade social, constituída por crenças e atitudes dos indivíduos, de modo que suas intuições são relevantes; *réplica*: a despeito disso, os indivíduos, ainda assim, discordam entre si; e mesmo na hipótese de convergência, é preciso apelar para observação empírica a fim de se sustentarem afirmações sobre quais são as atitudes dos indivíduos engajados na prática; por fim, mesmo que o direito consista em um fenômeno social, o projeto metafísico transcende nossa experiência compartilhada sobre ele, sendo que nossas intuições somente podem nos dizer sobre o que devemos fazer e pensar acerca do direito – não sobre o que ele é; (v) *quinta objeção*: a teoria geral do direito, como um ramo da investigação metanormativa (‘investigação metajurídica’), não lida apenas com metafísica, mas também com questões de linguagem e epistemologia; *réplica*: a teoria geral do direito como investigação metanormativa baseia-se na ideia de ‘pensamento, fala e realidade jurídicas

universais’ – o que pressupõe definir as fronteiras do direito, remetendo-nos justamente ao impasse que o eliminativismo propõe descartar; (vi) *sexta objeção*: conhecer o conceito de direito nos auxilia a identificar nossos deveres morais; *réplica*: isso não ocorre, uma vez que “[...] colocar algo em uma categoria não parece fazer avançar nossas deliberações sobre o que isso significa para nossas obrigações morais, consideradas todas as coisas, em determinado caso” (Nye, 2002, p. 68, tradução nossa); (vii) *sétima objeção*: a posição eliminativista é particularmente implausível no campo do direito penal, pois se compromete com a proposição absurda de que não existem crimes, mas tão somente boas ou más decisões e predições sobre o que ocorrerá com as pessoas; Murphy aventava então uma hipótese que a redefinição eliminativista não capturaria (tipificação de ato homossexual como crime, mas sem efetiva aplicação dessa lei penal, obstando assim que os homossexuais dela reclamassem); *réplica*: os homossexuais poderiam sim reclamar daquele ato governamental, independentemente de classificá-lo como direito ou não; (viii) *oitava objeção*: o direito exerce um importante papel na vida de muitas pessoas, que o tratam como válido e o aceitam, tomando o ponto de vista interno; elas adotam a política permanente de seguir *o direito*, não uma atitude de avaliação casuística de custo-benefício de conformação a ele; *réplica*: o eliminativismo não nega a existência de certas práticas e instituições normalmente denominadas ‘jurídicas’ (como promulgação de leis, decisões judiciais etc.) e afirmaria que os indivíduos tomam a atitude de aceitação daquilo que é moralmente exigido por elas; (ix) *nona objeção*: equiparar ‘aceitação do direito’ a ‘aceitação das decisões judiciais’ é problemático, pois inviabiliza a afirmação de que se aceita o direito como ele é, mas que os tribunais devem modificá-lo (superando um precedente ou invalidando uma lei), obscurecendo assim o aspecto criativo da decisão judicial, uma alegada virtude do positivismo; *réplica*: o estado de coisas não muda porque foi descrito como ‘criação de direito’, ao invés de ‘aplicação do direito’; as descrições positivistas e não positivistas podem ser reformuladas para uma mesma afirmação de que o juiz tem o poder de ‘determinar os resultados dos casos’; (x) *décima objeção*: a administração pública não tem como saber o que lhe é exigido sem conhecer o conteúdo do direito; *réplica*: a partir do conjunto de regras, normas e princípios, os agentes públicos precisam apenas formular juízos morais sobre o que devem fazer em suas funções institucionais, o que não lhes exige definir a natureza do direito (se ele abrange abrange ou não princípios morais); (xi) *décima primeira objeção*: os legisladores acreditam que com sua atividade estão criando direito – e não outra coisa; *réplica*: a variação dos possíveis conteúdos da crença do legislador de que está criando ‘direito’ – se ele está produzindo algo com uma lacuna a ser preenchida pelo juiz usando raciocínio moral (positivismo) ou algo que já inclui um termo moral

controvertido a ser interpretado pelo juiz (não positivismo) – é irrelevante para as consequências, que serão idênticas; (xii) *décima segunda objeção*: a extensa reformulação exigida pelo eliminativismo – com o abandono de um conceito que, desenvolvido pelas pessoas, é por elas visto como útil e importante (direito) – não leva a prática a sério, mostrando-se implausivelmente artificial; *réplica*: o uso do conceito de direito é equívoco (podendo retratar tanto a ideia de poder, enfatizada pelo positivismo, quanto o aspecto não positivista de sua limitação a certos padrões), de modo que eliminar a busca por uma única resposta, descartando-se a questão irrespondível e inacessível da natureza do direito, não é artificial; ao contrário, as visões que mantêm o ‘direito’ no cenário (inclusive a Teoria Jurídica do Impacto Moral, de Mark Greenberg) é que se revestem de artificialidade; (xiii) *décima terceira objeção*: o argumento eliminativista não se aplica apenas ao direito, tendo um potencial avassalador, com a capacidade de alcançar quaisquer tipos sociais; *réplica*: podemos, sim, ser eliminativistas sobre diversas coisas além do direito – democracia, etiqueta, dinheiro ou um hospital –, desambiguando conceitos e apresentando questões substitutivas à questão espúria sobre o que elas realmente são.

Em epítome conclusivo, Nye (2022, p. 78, tradução nossa) refuta o método da análise conceitual, aduzindo que “[...] podemos pensar sobre como compreendemos nosso sistema e instituições, sobre o que eles nos demandam moralmente, mas não sobre sua natureza metafísica”. Dessa maneira, conclui a autora, “[...] devemos abandonar o problema dos fundamentos do direito e ser eliminativistas sobre o direito. Isso significa desistir de responder a questões ‘jurídicas’” (Nye, 2022, p. 78, tradução nossa). O caminho alternativo é identificar, por meio da desambiguação de conceitos, quais as questões normativas e preditivas – cujas respostas, estas sim, são suscetíveis de veracidade – estão por trás das questões ‘jurídicas’.

3.2.2 O Eliminativismo de Scott Hershovitz

Antes de Hillary Nye, o *eliminativismo* já havia sido defendido por Scott Hershovitz no artigo *The End of Jurisprudence*, publicado em 2015. Hershovitz pode ser classificado como um eliminativista porque – e na medida em que – ele nega a existência de uma entidade que as tradicionais concepções teóricas do direito pressupõem: um domínio próprio e distintivo de normatividade jurídica.

Com efeito, segundo o autor (Hershovitz, 2015, p. 1160), as práticas jurídicas *não* geram direitos e obrigações *distintamente jurídicos*; se tanto, produzem direitos e obrigações

morais, que rotulamos de jurídicos. E foi a adoção dessa premissa equivocada da existência de direitos e obrigações propriamente *jurídicos* que deu ensejo ao debate Hart-Dworkin, o qual dominou a teoria geral do direito por mais de quarenta anos: de um lado, Hart e demais positivistas dizendo que em última instância o conteúdo do *direito* – conjunto de direitos, obrigações, privilégios e poderes em vigor em um certo sistema jurídico – é determinado exclusivamente por fatos sociais; de outro lado, Dworkin e outros antipositivistas (ou não positivistas) sustentando que os fatos *morais* também tomam parte nessa definição.

Para Hershovitz (2015, p. 1162-1167), o debate está obsoleto, sendo necessário – e possível – que a teoria geral do direito avance, deixando para trás essa encruzilhada. Parafraseando Wittgenstein (1979, p. 108), é possível ‘à mosca sair do vidro’. Nessa analogia, a garrafa de vidro que prende a mosca é a ideia, rejeitada por Hershovitz, da existência de uma normatividade ou ‘quase-normatividade’ distintamente *jurídica*, que não seja moral (ou prudencial). A pretensão de dar uma explicação metafísica para o *direito* (vale dizer, para os direitos, obrigações, privilégios e poderes *jurídicos*) é o ponto em comum das três correntes do debate: positivismo jurídico excludente (o conteúdo do direito é determinado apenas por fatos sociais), antipositivismo (o conteúdo do direito é determinado por fatos sociais e *morais*) e positivismo jurídico includente (o conteúdo do direito pode ser também determinado por fatos *morais*, mas desde que em última instância fatos sociais – e somente eles – assim o estabeleçam).

Hershovitz então propõe, para escaparmos desse debate, “[...] simplesmente abandonar o pensamento [...] de que, em acréscimo aos seus resultados *morais* e *prudenciais*, as práticas jurídicas possuem resultados distintamente jurídicos” (Hershovitz, 2015, p. 1173, tradução nossa). Segundo ele, continuamos a perguntar o que o direito exige de nós, mas com a diferença de que estaremos engajados em uma investigação *moral*, ou talvez *prudencial*, e *não* distintamente *jurídica*. Indagamos, em outras palavras, sobre as razões *morais* ou *prudenciais* para a ação que as práticas jurídicas nos fornecem.

Muitas pessoas consideram óbvio que o direito possui normatividade distintiva. Isso ocorre porque frequentemente nos deparamos com conflitos entre exigências jurídicas e *morais*, e a maneira mais direta de darmos sentido a essa experiência é supondo que as práticas jurídicas geram direitos, obrigações, privilégios e poderes próprios, que diferem de seus equivalentes *morais*. Essa simples e poderosa imagem, todavia, é contestada por Hershovitz, que se utiliza, na argumentação em defesa de sua tese, da analogia do direito com outras práticas que com ele se assemelham, “[...] no que visam a formar normas que regem nossas vidas”. Para ele, “[...] nós não consideramos que a grande maioria dessas práticas dêem

origem aos seus próprios e distintos domínios de normatividade, ou mesmo quase-normatividade, no sentido que essa imagem supõe que as práticas jurídicas fazem.” (Hershovitz, 2015, p. 1174, tradução nossa).

Primeiramente, dá-se o exemplo hipotético de regras anunciadas no letreiro de uma casa de praia alugada (*‘Regras da Casa’*) – como ‘proibido fumar’, ‘retire o lixo quando sair’, ‘divirta-se’, ‘faça o check-out às 11h, sob pena de multa no valor de uma diária’, ‘o gerente está autorizado a efetivar as Regras da Casa e aplicar sanções’ e assim por diante. Segundo Hershovitz, a situação desencadearia resultados morais ou prudenciais, mas não haveria razão para se postular uma pretensa classe distintiva de obrigações ‘locacionais’, não morais, tampouco para se atribuir um ‘ponto de vista’ ao letreiro ou às regras da casa. Essas ideias são desnecessárias para a compreensão do modo como as pessoas se envolvem com as regras estipuladas em uma casa alugada. Do mesmo modo, conclui Hershovitz (2015, p. 1179, tradução nossa), “[...] talvez nós não precisemos apelar a elas para compreendermos como as pessoas se envolvem com o direito”.

Igualmente, *promessas* não dão origem a um domínio distintivo e único de normatividade ou quase-normatividade, separado das consequências morais e prudenciais que elas, enquanto fatos sociais, deflagram. Ao fazermos promessas ou estabelecermos regras para uma casa alugada, visamos formar normas para regência de nossas vidas por meio da alteração de fatos sociais com consequências morais – e não através da criação de novos tipos de normatividade. Se o direito for contínuo a tais práticas, pode-se esperar o mesmo em relação a ele (Hershovitz, 2015, p. 1179-1181).

Outra prática mencionada por Hershovitz é a dos *jogos*. Ao contrário das hipóteses anteriores (fazer promessas e estabelecer regras), os jogos buscam sujeitar as pessoas a um *sistema* de normas – e não a normas isoladas ou a pequenos conjuntos de normas fracamente interrelacionadas. Nesse aspecto, os jogos mais se assemelham às práticas jurídicas. Tomando então como exemplo o jogo de xadrez, indaga-se se as regras oficiais publicadas pela Federação Internacional de Xadrez (FIDE) dão azo a um domínio distintivo de normatividade. Pode-se querer concentrar na questão mais estreita de como agir à luz das regras da FIDE, já se pressupondo haver razões para tanto. Assim, caberia cogitar-se de uma ‘quase-normatividade’ associada às regras da FIDE ou de um ‘ponto de vista’ da FIDE sobre como jogar xadrez. Hershovitz, entretanto, recusa essa alternativa, argumentando que esse modo de falar, além de desnecessário, mostra-se inconveniente, pois causa grande confusão. As razões que as pessoas têm para observar as regras da FIDE afetam tais padrões, o que suscita relevantes questões interpretativas. Portanto, “[...] é melhor perguntarmos as consequências

normativas diretamente, ao invés de imaginarmos um ponto de vista que possa ou não influenciar no que as pessoas devem fazer.” (Hershovitz, 2015, p. 1186, tradução nossa).

A análise dessas outras práticas normativas sugere, por conseguinte, ceticismo quanto à criação, pelo direito, de um domínio próprio e distintivo de normatividade. Entretanto, conforme mencionado alhures, essa posição parece contraintuitiva, afinal, nós falamos de obrigações jurídicas e reconhecemos que elas podem conflitar com obrigações morais. Como, então, explicar isso?

Segundo Hershovitz (2015, p. 1186-1189), uma das principais explicações, entre outras possíveis, é a de que nós marcamos nossas *obrigações morais* pelas suas *fontes*. Por não comparecer à festa de um amigo para cuidar da saúde de minha avó, justifico a ausência alegando uma *obrigação familiar*. Não é que a família possua seu próprio domínio de normatividade ou quase-normatividade, mas sim que a obrigação moral (de cuidar da saúde da avó) emerge do contexto familiar. O mesmo ocorre em relação às obrigações originadas de promessas, denominadas *obrigações promissórias*. E assim por diante. Nesse sentido, obrigações morais geradas pelas práticas jurídicas são *obrigações jurídicas*. Distinguir obrigações morais decorrentes das práticas jurídicas (‘obrigações jurídicas’) das demais obrigações morais, derivadas de outras fontes, é algo relevante para o raciocínio prático: permite-nos diferenciar, por exemplo, o dever moral (jurídico) de pagar determinado imposto ou contribuição e o dever moral de doar aos pobres recursos financeiros disponíveis que sobejarem.

Ademais, as obrigações morais criadas pelas práticas jurídicas podem conflitar com as outras obrigações morais. E falar em ‘obrigações jurídicas’, assim como em ‘obrigações promissórias’ – que a rigor comportam exceções conforme as circunstâncias particulares dos casos –, é uma simplificação, que funciona como recurso heurístico para identificação de nossas responsabilidades morais. Conquanto uma proposição normativa geral do tipo ‘o juiz deve aplicar as leis’ certamente admita exceções (não apenas leis formalmente inconstitucionais, por exemplo, mas também leis moralmente repugnantes), há razões práticas para se afirmar a existência daquela obrigação jurídica, mesmo não sendo conclusiva (v.g. para não estimular nos juízes a ideia de que eles são árbitros morais das decisões dos legisladores). Em outras palavras, queremos, nesse exemplo, que os juízes experimentem o conflito; “[...] frequentemente temos razões para sermos moralmente obtusos sobre nossas obrigações morais” (Hershovitz, 2015, p. 1192, tradução nossa). Resumindo, conclui Hershovitz (2015, p. 1192, tradução nossa) que “[...] mesmo as práticas jurídicas não dando origem a um domínio distintivamente jurídico de normatividade, [...] ainda assim teríamos

boa razão para falar em obrigações jurídicas; distingui-las de obrigações morais; e reconhecer que as duas podem conflitar.”

Hershovitz (2015, p. 1193-1195) arrola três virtudes da visão por si advogada, de que não existe uma normatividade distintamente jurídica. A primeira delas é que podemos apresentar o direito como contínuo às demais práticas normativas, como jogos, estabelecer regras e fazer promessas. Os opositores, dessa maneira, têm o ônus de demonstrar por que o direito seria diferente. Em segundo lugar, a imagem proposta é ontologicamente econômica – “[...] uma espécie de *eliminativismo*, na medida em que nega a existência de uma entidade – um distintivo domínio jurídico de normatividade, ou quase-normatividade, que os retratos mais tradicionais pressupõem.” (Hershovitz, 2015, p. 1193, tradução nossa). Se tal domínio não existe, ficamos liberados do encargo de explicar o que ele é e como seu conteúdo é constituído, ou seja, de tomar partido dentro do debate Hart-Dworkin. Finalmente, a visão eliminativista permite adotar o que cada teoria do direito tem de mais vantajoso: do positivismo, seu realismo e falta de romantismo, no que reconhece como direito qualquer lei ou sistema jurídico, independentemente de seu mérito moral; do antipositivismo, sua explicação sobre o papel da moralidade na prática social.

O cerne da visão de Hershovitz é que “[...] nossas práticas sociais não dão origem a novos tipos de normatividade; ao contrário, elas fundamentam novos juízos normativos do velho tipo familiar [...] mesmo quando a prática social em questão envolva positivar regras.” (Hershovitz, 2015, p. 1197, tradução nossa). Essa mesma concepção subjaz argumento deduzido por Dworkin contra a teoria de Hart no artigo ‘Modelo de Regras II’, no sentido de que as práticas sociais não *constituem* as regras, mas ajudam a *justificá-las*. O conteúdo da prática, desse modo, não coincide necessariamente com o da regra. Nas palavras de Dworkin (2010a, p. 92), “A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo *conteúdo* que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome.” Diversamente, supondo-se que a prática justifica a regra, “[...] então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática; pode ficar aquém da prática ou ir além dela” (Dworkin, 2010a, p. 92). Hershovitz explica:

Nós vimos repetidamente que isso é verdade com as práticas sociais que questionamos. As regras postadas em uma casa alugada podem ou não gerar obrigações para agir conforme determinado. Uma promessa pode ou não gerar uma obrigação para agir conforme prometido. Redigir regras para um jogo pode ou não gerar uma obrigação de agir como demandado. Tudo depende do conteúdo e contexto da prática, e as obrigações que são justificadas pela prática podem ir além ou ficar aquém das obrigações que são postuladas dentro dela. Mas são as obrigações justificadas pelas nossas práticas com que temos razão para preocupar;

qualquer interesse que temos com as obrigações postuladas dentro delas é, quando tanto, derivada. (Hershovitz, 2015, p. 1197, tradução nossa) .

Dworkin, contudo, voltou a pressupor o domínio distintivamente jurídico da normatividade em *Law's Empire* – ‘O Império do Direito’ (Dworkin, 2014a), defendendo o papel da moralidade na determinação dos direitos, obrigações, privilégios e poderes jurídicos. Somente ao final de sua vida, no livro *Justice for Hedgehogs* – ‘A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor’ (Dworkin, 2014b), ele enfim se deu conta do equívoco da imagem do direito e da moral como dois diferentes sistemas de normas, passando a conceber uma visão unissistemática, em que o direito figura como um ramo da moral, que concerne aos direitos cuja efetivação as pessoas estão autorizadas a exigir nos tribunais. E consoante Hershovitz, Dworkin “[...] deveria ter acrescentado, embora não o tenha feito, que aqueles direitos não são constituídos por nossas práticas jurídicas, mas sim justificados por elas. A função dos tribunais é descobrir quais direitos e obrigações são garantidos pelas práticas jurídicas”, que podem ficar aquém ou ir além dos direitos e obrigações declarados dentro delas (Hershovitz, 2015, p. 1198, tradução nossa).

Essa imagem unissistemática, porém, foi pouco desenvolvida por Dworkin. Jeremy Waldron trabalhou um ponto essencial: o fato de os direitos jurídicos serem uma espécie de direitos morais não implica que o direito seja moralmente perfeito. É o mesmo que ocorre com as promessas: elas podem ser moralmente repugnantes (v.g. a promessa de acobertar um caso de traição conjugal), mas ostentam relevância moral (v.g. gerar a obrigação de avisar ao marido adúltero antes de contar a verdade para a mulher inocente). Mas de relevo ímpar nessa seara é a chamada *teoria jurídica do impacto moral*, de Mark Greenberg, que também rejeita um domínio distintivamente jurídico de normatividade. Para ele, os direitos, obrigações, privilégios e poderes gerados pelas práticas jurídicas (de maneira ‘juridicamente adequada’) são morais. Segundo Hershovitz (2015, p. 1198-1200), a despeito desse virtuoso aspecto eliminativista, a teoria de Greenberg erra ao sustentar que as práticas jurídicas criam algo – o conteúdo do direito –, que há um corpo de ‘direito existente’, o qual abrange o conjunto inteiro de direitos, obrigações, privilégios e poderes em vigor em um sistema jurídico em determinado momento. Ocorre que esse pensamento não exerce nenhum papel na prática jurídica. Os advogados e juristas não consultam “o direito” para verificar quais obrigações jurídicas as pessoas têm; ao revés, consultam as leis, os precedentes e semelhantes e constroem argumentos sobre quais obrigações, como resultado, as pessoas têm. Hershovitz, então, esclarece:

Para ser claro, eu não me oponho a falar sobre o que o direito exige. O que eu me oponho é à suposição de que existe uma entidade única chamada *o direito* a que toda essa fala se refere. [...] estou de acordo em permitir que alguns de nossos direitos, obrigações, privilégios e poderes morais sejam utilmente rotulados de ‘jurídicos’. [...] Se quisermos indicar a fonte de nossos direitos, então o vocabulário de Greenberg pode ser útil. Mas se quisermos indicar quais instituições têm a responsabilidade por vindicar nossos direitos, então juntar-se a Dworkin na distinção entre direitos jurídicos e direitos políticos pode ajudar. [...] eu não vejo por que devemos nos sentir pressionados a pegar apenas uma forma de caracterizar o domínio jurídico. (Herskovitz, 2015, p. 1202, tradução nossa).

Em conclusão, Herskovitz (2015, p. 1203, tradução nossa) propõe que a teoria geral do direito descarte a metafísica e se prenda à moral, buscando responder “[...] como nossas práticas jurídicas afetam nossos direitos, obrigações, privilégios e poderes morais”. Para ele, inexistente boa razão para se pensar que as práticas jurídicas criam um domínio distintivamente jurídico de normatividade, de modo que “[...] a questão metafísica colocada no debate Hart/Dworkin foi uma distração”. O debate chegou ao seu término e a filosofia do direito precisa de um novo fim, com maior preocupação sobre as consequências morais das nossas práticas jurídicas.

3.2.3 O Eliminativismo de Lewis Kornhauser

Outro texto acadêmico de matiz eliminativista que também remonta ao ano de 2015 é *Doing Without the Concept of Law*, de autoria de Lewis Kornhauser. Conforme será detalhado a seguir, defende-se no artigo, em apertada síntese, o descarte, porque desnecessário, do conceito doutrinário de direito. Pela visão tradicional, o raciocínio prático de agentes públicos e cidadãos comuns opera em duas etapas: primeiramente, o agente identifica o que o direito exige; depois, ele examina se existem outras razões para a ação que imponham uma decisão diferente. Propõe-se, então, substituir esse protocolo de duas etapas para um protocolo em fase única: o agente avalia globalmente todas as razões para a ação, sem proceder à determinação intermediária do que o direito exige.

Para delimitar com precisão o alcance de seu argumento, Kornhauser parte daqueles quatro diferentes conceitos de direito propostos por Dworkin em *Justice in Robes* – ‘A Justiça de Toga’. São eles: conceito *doutrinário* (sentido associado à produção de certos efeitos: o que o direito de certa localidade exige, proíbe, permite ou cria); conceito *sociológico* (um tipo específico de estrutura socioinstitucional); conceito *taxonômico* (direito como um conjunto distinto de outros padrões normativos) e; conceito *aspiracional* (correspondente ao valor da legalidade, ou juridicidade) (Dworkin, 2010b, p. 04-10). Kornhauser ainda faz referência a um

conceito ‘popular’ de direito, “[...] que reflete o uso complexo do termo ‘direito’ pelos leigos” (Kornhauser, 2015, p. 09, tradução nossa).

O debate Hart-Dworkin, que por décadas dominou a literatura na filosofia do direito, girou em torno do conceito *doutrinário* de direito, o qual Kornhauser propõe eliminar. Em suas exatas palavras (2015, p. 01, nota de rodapé n. 3, tradução nossa), “[...] o ensaio argumenta primariamente pela eliminação do conceito doutrinário [de direito], embora também sugira ser desnecessário um conceito social científico de direito”, esse último correspondendo, grosso modo, ao conceito *sociológico* na terminologia de Dworkin (Kornhauser, 2015, p. 05, nota de rodapé n. 16). Isto porque, segundo ele, embora a ciência social exija um conceito de governança (ideia relevante em seu argumento), não é óbvio que também reclame um conceito de direito (Kornhauser, 2015, p. 01-02).

Da mesma maneira que Kornhauser (2015, p. 02-03), vários jusfilósofos revelaram insatisfação com o debate Hart-Dworkin: em seu lugar, Brian Leiter sugeriu a ‘naturalização’ das investigações em filosofia do direito e Liam Murphy concluiu pelo abandono dos debates conceituais ante a insignificância das consequências práticas da adoção de uma ou outra corrente. Mais recentemente, autores como Jeremy Waldron, Mark Greenberg e Scott Hershovitz (*vide* subseção 3.2.2, *supra*) desenvolveram a visão tardia de Dworkin apresentada em *Justice for Hedgehogs* (Dworkin, 2014b), que Kornhauser chamou de visão ‘protoeliminativista’.

Concordando com eles, mas indo além, Kornhauser defende dispensar o conceito doutrinário de direito:

[...] Eu concordo com Murphy que os juízes não têm a necessidade de um conceito de direito, mas defendo que os outros agentes públicos e os cidadãos também não têm. Dworkin restringe o conceito de direito aos direitos e deveres exigíveis pelos tribunais. Tanto ele quanto Greenberg buscam então moralizar o conceito de direito, mas eu quero dissolvê-lo e realocar suas preocupações morais [...] em um conceito avaliativo de direito que articule o valor da legalidade. Portanto, em minha explicação, nós não precisamos saber o que é o direito, mas precisamos identificar o valor da legalidade e então identificar aquelas estruturas de governança que, sob condições específicas, realizam o valor da legalidade. (Kornhauser, 2015, p. 3, tradução nossa).

O argumento eliminativista de Kornhauser baseia-se no reconhecimento de que a governança nas sociedades contemporâneas está distribuída entre diversas instituições, sendo que as principais ‘instituições jurídicas’ – poderes legislativo, executivo e judiciário – e os textos por elas produzidos – leis, regulamentos e sentenças/acórdãos – exercem função de coordenação para os agentes públicos e os cidadãos. Todavia, “[...] esses artefatos são textos,

não uma ordem normativa. As obrigações a cargo de cada funcionário dependem do conteúdo desses textos, mas também de outros fatos.” (Kornhauser, 2015, p. 4, tradução nossa).

Kornhauser (2015, p. 04 e 14-15) aponta três versões para o *eliminativismo*, aduzindo que sua argumentação no artigo é suficiente para sustentar a primeira delas, embora também milite em favor das demais, especialmente da segunda. São elas: (i) *versão mais fraca*, a qual afirma simplesmente que o conceito doutrinário de direito pode ser substituído por um conjunto de teorias que não fazem referência a ele; (ii) *versão intermediária* ou *semiforte*, que sustenta que essa substituição não apenas pode, mas deve ser feita, sendo melhor descartarmos o conceito doutrinário de direito; (iii) *versão mais forte*, segundo a qual sequer existe conceito doutrinário de direito a ser substituído – tese essa com dramáticas implicações, pois se não existem proposições de direito, então também não existem condições de sua veracidade (fundamentos do direito) e nem obrigação geral de obediência ao direito (mas somente obrigações individuais de decidir ou agir de certas maneiras).

A ideia de governança é central no argumento do autor (Kornhauser, 2015, p. 4 e 9-13). Para ele, a ciência social precisa de um conceito de governança ou, mais precisamente, de uma estrutura de governança. Frequentemente, o direito é caracterizado dessa forma. Hart, por exemplo, assim o fez quando contrastou sociedades que dispõem de regras secundárias (regras de adjudicação, de modificação e de reconhecimento) com comunidades primitivas mais simples, relativamente estáveis, que dispensam tais regras para adequado funcionamento (Hart, 2009, p. 118-128). O grau de diferenciação institucional de funções na sociedade é uma dimensão para classificação de estruturas de governança. Mas há outras dimensões possíveis: o tamanho ou outras características do grupo (como língua, religião e diversidade étnica), as características das instituições (como seus processos de recrutamento ou mecanismos de controle) ou as normas produzidas pela estrutura de governança – que são chamadas de ‘direito’ quando se revestem de certas características (materiais ou formais). Todas essas classificações são motivadas por razões normativas, que tentam identificar estruturas de governança boas, louváveis. E Kornhauser (2015, p. 12, tradução nossa) assinala que as estruturas de governança “[...] não geram uma (única) ordem normativa. Um simples conjunto de materiais jurídicos gera demandas que variam com a posição institucional do indivíduo.”

Pois bem. A correta identificação do conceito doutrinário de direito, ou seja, das condições de veracidade das proposições jurídicas (se em última instância elas se baseiam apenas em fatos sociais, como defende o positivismo jurídico, ou se também se fundamentam, necessariamente, em considerações morais, conforme Dworkin), parece, à primeira vista, imprescindível. Afinal, “[...] os juízes, assim como os outros agentes públicos, *aplicam o*

direito; os advogados aconselham seus clientes sobre suas obrigações jurídicas e os cidadãos geralmente esforçam-se para obedecê-lo.” (Kornhauser, 2015, p. 14, tradução nossa).

Essa aparência, entretanto, não se confirma na visão do autor. Segundo Kornhauser, podemos dispensar o conceito doutrinário de direito através da substituição do modelo tradicional bifásico do processo de tomada de decisão (em que primeiro se define o que o direito exige para depois consultar outras razões concorrentes, que eventualmente possam suplantá-lo) por um procedimento de etapa única, em que todas as razões são sopesadas de uma vez. Nele, “[...] o agente consulta os materiais jurídicos através dos quais todos os agentes coordenam suas atividades; esses materiais jurídicos, contudo, não são normas jurídicas no sentido convencional.” (Kornhauser, 2015, p. 15, tradução nossa).

Assim, uma teoria da decisão judicial não precisa se apoiar em uma teoria do direito. Ela pode ser independente: a tarefa de decidir casos tem prioridade sobre ‘identificar o direito’. Os juízes devem compreender seu papel e posição na estrutura de governança da sociedade e decidir adequadamente, a partir dos ‘materiais jurídicos’ (leis, regulamentos e precedentes), considerando a interação de suas ações e decisões com as dos demais funcionários e cidadãos. É desnecessário, nesse quadro, classificar as razões como ‘jurídicas’ e ‘não jurídicas’:

O juiz [...] precisa apenas consultar todas suas razões para uma decisão; ele não precisa classificá-las como razões ‘jurídicas’ ou ‘não jurídicas’. A ‘prática jurídica’ o direciona não para o ‘direito’, mas para os ‘materiais jurídicos’, textos que denominamos leis, regulamentos e precedentes. Ele decide à luz do conteúdo desses textos, das estruturas das instituições que os produzem, e da relação entre tais instituições. O juiz não precisa tirar uma conclusão intermediária de que ‘o direito exige X’. (Kornhauser, 2015, p. 16, tradução nossa).

O mesmo se dá em relação aos demais agentes públicos, que consultam os ‘materiais jurídicos’ e tomam decisões à luz desses textos e de sua posição institucional. Eles também não precisam de uma teoria do direito, mas de uma teoria da decisão conforme a função em que estão investidos (policiais, promotores e juízes, por exemplo, respondem diferentemente às leis penais e processuais penais).

Importante sublinhar que esses materiais jurídicos “[...] não funcionam como uma ordem normativa que expressa um conjunto de proibições e exigências”, mas sim como “diretrizes para coordenação das ações” de todos os agentes públicos e particulares (Kornhauser, 2015, p. 18, tradução nossa).

O eliminativismo, dessa maneira, implica teorias de tomada de decisões que substituem uma teoria do direito. Enfatiza-se, todavia, que o protocolo de decisão em fase

única do eliminativismo, porque em alguma medida limita a conduta do agente, não pode ser equiparado ao jogo hartiano do ‘árbitro do marcador’(Hart, 2019, p. 186); igualmente, não se confunde com a ideia holmesiana do direito como pura predição daquilo que farão os tribunais (Holmes, 1897, p. 6 e 9), afinal, o eliminativismo prega que não existe direito a ser previsto (Kornhauser, 2015, p. 19).

Liam Murphy formulara quatro objeções contra este eliminativismo, acusando-o de (i) não acomodar os aspectos expressivistas do direito, (ii) eliminar não apenas o direito, mas sua função de guia da conduta individual, (iii) falhar em explicar a legislação e (iv) ser muito complexo, conduzindo a um excesso de protocolos de decisões, um para cada função institucional e um para cidadãos. Kornhauser replicou-as (2019, p. 20-26) com dois argumentos gerais comuns, afirmando que ‘os materiais jurídicos’ servem para coordenar e focar as respostas, como ‘o direito’ faz, e que muitos dos problemas levantados também se fazem presentes quando se pressupõe a existência de obrigações jurídicas. De maneira mais específica, confrontando cada uma das quatro objeções em particular, observada a sequência apresentada acima, Kornhauser respondeu que: (i) o eliminativismo não retira a força ou os poderes expressivistas/comunicativos das leis (‘materiais jurídicos’), que remanescem ao alcance dos juízos coletivos (ademais, a expressão coletiva não se limita à forma jurídica, muito menos às suas partes dispositivas, podendo se dar em preâmbulos de leis, nos fundamentos das decisões, em discursos políticos etc.); (ii) para o eliminativismo, o papel de orientação aos agentes públicos e aos cidadãos (sejam esses movidos por razões prudenciais ou morais), ao invés de recair sobre o ‘direito’, recai sobre os ‘materiais jurídicos’, que são o ponto de partida no processo decisório; (iii) identificar algumas obrigações como ‘direito’ não auxilia o legislador em nada a mais do que já fazem os materiais jurídicos (eliminar o ‘direito’ não afeta as previsões dos legisladores sobre como os funcionários e cidadãos irão responder aos textos promulgados); (iv) quanto à complexidade, o eliminativismo exige exatamente o mesmo número de protocolos de decisões que as abordagens não eliminativistas do direito (pois essas preveem uma segunda etapa no processo de raciocínio prático, que se refere às razões não jurídicas que irão confrontar-se com o direito).

Kornhauser (2015, p. 26-29) ainda dedicou um tópico do ensaio para defender a interpretação de que, em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin despontou como um protoeliminativista em dois aspectos. Primeiramente, ao incluir considerações morais no raciocínio do juiz que culmina com o pronunciamento do direito, Dworkin reduziu o procedimento decisório para uma fase única (eliminando a necessidade de prévia determinação sobre o que o direito exige). Segundo: ao limitar o direito a normas para solução

de conflitos nos tribunais, ele liberou os demais agentes públicos do conceito doutrinário de direito (que passam a ter obrigações políticas, e não necessariamente jurídicas). A diferença é que o eliminativismo explicita a redundância do conceito doutrinário de direito: uma teoria da decisão judicial não precisa primeiro identificar o direito e só depois determinar aos demais atores sociais o que fazer. Além disso, a visão eliminativista separa (e elimina) o conceito *doutrinário* de direito do conceito avaliativo ou *aspiracional* do direito, já que para o eliminativismo, a realização do valor da legalidade/juridicidade é um critério de boa governança. De modo oposto, no modelo unissistemático defendido em *Justice for Hedgehogs* (Dworkin, 2014b), Dworkin fundiu o primeiro com o segundo, definindo o direito como um aspecto do valor moral e político. De acordo com Kornhauser (2015, p. 28-31), o fato de o eliminativismo iluminar essa lacuna (obscurecida por Dworkin) entre o real funcionamento das instituições e o critério avaliativo é algo que conta em seu favor, contribuindo para eventualmente se defender uma versão intermediária ou semiforte do eliminativismo.

No entanto, como já mencionado, o argumento desenvolvido no artigo melhor suporta o “[...] eliminativismo fraco, que sustenta, simplesmente, que podemos descartar o conceito doutrinário de direito; podemos dizer tudo que precisamos dizer sobre ‘direito’ sem referência a um conceito doutrinário” (Kornhauser, 2015, p. 29, tradução nossa). Tal conceito é substituído por “[...] um conjunto de protocolos de tomada de decisão – uma teoria da decisão judicial, uma teoria do aconselhamento, uma teoria da legislação etc.” (Kornhauser, 2015, p. 29, tradução nossa), todos com etapa única, em que há o sopesamento das razões de uma só vez, sem prévia identificação do que ‘o direito’ exige.

3.2.4 O Ceticismo de David Enoch sobre a Normatividade do Direito

David Enoch sustentou, no ensaio *Is General Jurisprudence Interesting?* (Enoch, 2019, p. 65-86), que a teoria geral do direito é desinteressante se comparada à metaética. E o argumento central²⁵ por ele adotado para defender sua posição foi o de que, ao contrário da moral – que possui uma normatividade genuína, mais forte, denominada robusta ou puro-

25 Outros dois argumentos utilizados por Enoch são: (i) na metaética, existe um debate teórico candente sobre se as propriedades e os fatos morais são dependentes-de-resposta ou independentes-de-resposta – o que não ocorre na teoria geral do direito, onde é incontroverso que a validade jurídica é dependente-de-resposta (a legislação, as decisões judiciais determinam, ao menos parcialmente, o direito); (ii) a visão metaética perfilhada faz diferença na ética normativa, ao passo que na teoria geral do direito a adoção do positivismo ou do não positivismo parece irrelevante para implicações nas questões normativas (Enoch, 2019, p. 79-83).

sangue (*full-blooded*) –, o direito ostenta meramente uma normatividade fraca, em sentido mais brando ou meramente formal.

Segundo o autor (2019, p. 70, tradução nossa), “[...] quando você tem uma razão moral para \emptyset , você, *desse modo*, tem uma razão para \emptyset – uma *verdadeira* razão para \emptyset , uma razão *sans phrase* para \emptyset , o tipo de razão que genuinamente conta em favor de fazer \emptyset ”. Essa espécie de normatividade, dita robusta ou puro-sangue (*full-blooded*)²⁶, é encontrada na moral – e, talvez, também na prudência e em alguma parte da epistemologia (Enoch, 2019, p. 69-71).

Diferentemente, a normatividade formal se faz presente “[...] sempre que houver qualquer critério relevante de correção.” Basta por exemplo criar um jogo e definir que ninguém é autorizado a pisar nas linhas: imediatamente algumas ações passarão a ser corretas (pisar entre as linhas) e outras não (pisar sobre as linhas). E “[...] isso será suficiente para o uso de alguma linguagem em tom normativo (‘Não, você não deve pisar nas linhas!’; ‘Sim, você está certo, você não pisou em nenhuma linha’; e assim por diante).” (Enoch, 2019, p. 69, tradução nossa). Nesse sentido, são normativos, entre outros, os discursos dos jogos, da moda, da etiqueta e do direito.

A moral, em virtude de sua natureza, é *necessariamente* normativa: ao reconhecermos que determinada ação é moralmente errada, já admitimos que existe razão para não a executar (Enoch, 2019. p. 72-73). O mesmo não ocorre, conforme Enoch, em relação aos jogos, à moda e ao direito, que apenas *frequentemente* ou *algumas vezes*, quando exigem que alguém faça \emptyset , fornecem-lhe razão para fazer \emptyset . Uma regra da moda pode ditar que não se usem trajes coloridos ou carnavalescos em um evento fúnebre; entretanto, “[...] isso deixa completamente aberto se você tem alguma razão” para vestir roupas pretas – e não coloridas ou extravagantes – no velório, “[...] se há algo a ser dito sobre essa política, se faz sentido endossá-la” (Enoch, 2019. p. 70, tradução nossa). O discurso da moda é normativo, mas não no sentido de que ela necessariamente suscita conformidade. Especificamente sobre o direito, exemplos de leis estúpidas ou corruptas comprovariam a tese do autor:

Obviamente, algumas vezes quando o direito exige que você \emptyset , consegue por isso te fornecer uma razão para \emptyset . Mas também é óbvio que às vezes esse não é o caso: pense em leis excepcionalmente estúpidas ou corruptas, talvez em sistemas jurídicos excepcionalmente estúpidos ou corruptos. Lembre-se: nós estamos lidando agora com uma tese sobre o que é *necessariamente* verdadeiro sobre o direito. Então, tudo o que deve ser demonstrado para estabelecer a falsidade da proposição de que o direito é normativo de modo puro sangue é um caso possível (metafísica ou mesmo conceitualmente) em que o direito – *qualquer* lei – exija que você \emptyset e ainda assim

²⁶ *Full-blooded normativity* foi expressão utilizada por David Plunkett e Scott Shapiro em ‘Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Theory’. *Ethics* 128: 37-68, 2017.

you não tenha razão para \emptyset . E eu não vejo como se possa seriamente duvidar de que existem tais possíveis casos. (Enoch, 2019, p. 72-73, tradução nossa).

Portanto, não haveria, sob o aspecto da *normatividade*, nada a diferenciar o direito da moda, dos jogos, da etiqueta e de diversos outros discursos ou práticas que, ao criarem critérios de correção, são dotados de normatividade meramente formal. Mesmo que haja algo em comum que confira normatividade formal a todos esses sistemas, de maneira a tornar esse fenômeno um tipo filosófico, digno de reflexão dessa profundidade, isso ainda assim não salvaria a teoria geral do direito: “Se você está interessado em normatividade formal, o direito não é um exemplo inferior se comparado com muitos outros. Mas também não é superior. E isso, na verdade, é tudo o que ele é: meramente ‘um exemplo’ de um fenômeno muito mais amplo” (Enoch, 2019, p. 77, tradução nossa). Nessa linha argumentativa, afirma-se que embora o direito seja em muitos sentidos especial e reconhecidamente mais importante que, por exemplo, a etiqueta, não o é para efeito de sua normatividade, igualmente apenas formal (Enoch, 2019, p. 78).

Ainda para refutar a analogia entre *teoria geral do direito e metaética*, negando à primeira o status de ‘interessante’ que atribui à segunda, David Enoch oferece um argumento subsidiário. Ele mantém firme sua posição mesmo admitindo, por hipótese, que “o direito seja, afinal, normativo de modo puro-sangue. Talvez porque o direito ‘seja somente’ uma parte da moral, ou algo do gênero”, como defendido por Mark Greenberg (teoria jurídica do impacto moral) e também por Scott Hershovitz (subseção 3.2.2, *supra*) e por Ronald Dworkin em sua visão mais tardia, em *Justice for Hedgehogs*. Enoch sustenta que, em tal compreensão, a teoria geral do direito seria apenas uma instância específica da metaética e,

[...] dessa maneira, não fica claro porque nós deveríamos estar especialmente interessados em teoria geral do direito, ou na parte da metaética aplicável ao direito, em comparação com outras instâncias particulares da metaética (por exemplo, uma parte da metaética que se aplique especificamente à incorreção das ações realizadas pelo agente com o braço esquerdo). (Enoch, 2019, p. 76, tradução nossa).

Hillary Nye assinala que “[...] não está claro se devemos compreender Enoch como um eliminativista: ele argumenta contra o eliminativismo do tipo defendido por Hershovitz” mas, por outro lado, “[...] parece querer eliminar os tipos de questões que eu busco dissolver e ele também argumenta que deveríamos explorar questões em teoria moral e política [no lugar da metafísica]” (Nye, 2022, p. 55, nota de rodapé n. 98, tradução nossa).

Com efeito, Enoch (2019, p. 82, tradução nossa) aduz que Hart e Dworkin podem se distinguir em relação à “[...] melhor descrição do que acontece quando um juiz [...] exerce

(algum tipo de) discricionariedade, mas não está claro se o que o juiz deve fazer em tais casos depende de se Hart ou Dworkin está certo”. Igualmente, a divergência entre positivistas e não positivistas acerca da (in)validade jurídica de normas suficientemente injustas não afeta a resposta sobre a obrigação de cumpri-las. No entanto, para Enoch, a preocupação ontológica de Hershovitz com a normatividade própria (formal) do direito ou da moda é injustificada:

[...] não há espaço para preocupações ontológicas sobre os deveres-da-moda ou razões-da-moda ou normatividade-da-moda – embora sua sociologia seja complexa, a metafísica das condições de correção da moda é clara o suficiente [...]. Uma visão não factualista ou eliminativista deles – como em Hershovitz [...] fica assim totalmente injustificada” (Enoch, 2019, p. 70, nota de rodapé n. 14).

Enfim, embora concordando que é chegado o momento de a teoria geral do direito descartar o projeto metafísico sobre a natureza do direito e se dedicar à moral, Enoch (2019 p. 84, nota de rodapé n. 52) ressalva que o faz “por razões bastante diferentes” das de Hershovitz.

4 RESPONDENDO AOS DESAFIOS À LUZ DO JUSNATURALISMO DE JOHN FINNIS

4.1 Fixação da Perspectiva

Este derradeiro capítulo abriga uma *análise crítica* das asserções formuladas pelos autores céticos tratados no capítulo precedente – Hillary Nye, Scott Hershovitz, Lewis Kornhauser e David Enoch – *à luz da teoria da lei natural de Finnis*, exposta no capítulo segundo.

Adota-se, portanto, uma perspectiva bem definida, a qual, ainda que possa corresponder contingentemente à visão deste subscritor, a ela não corresponde de modo necessário. Em outras palavras, o paradigma adotado para a avaliação ora proposta é uma doutrina alheia.

Nada obstante, dado que esse empreendimento implica o exercício de atividade intelectual de alta carga interpretativa, já que Finnis, no que logrei apurar, não chegou a tratar direta e especificamente das ideias advogadas por esses autores (até porque os textos ora analisados são bastante recentes), o uso da primeira pessoa do singular, daqui em diante, tornar-se-á a regra na redação.

Nesse sentido, irei explicitar em tópicos, nas subseções que seguem, os pontos de colisão das proposições céticas ou eliminativistas do direito e sua normatividade com a teoria jusnaturalista finnisiana, manejando argumentos em favor dessa última. Ocasionalmente, serão utilizados alguns subsídios teóricos ofertados por outros autores, em especial Joseph Raz e George Letsas. Começarei respondendo à posição de Enoch – que, diferentemente dos três autointitulados eliminativistas Nye, Hershovitz e Kornhauser, não chega ao extremo de negar uma ontologia do direito. Como visto (subseção 3.2.4), ele reconhece a existência de um domínio próprio de normatividade jurídica afirmando, todavia, que, sendo meramente formal, ela não possui nada de especial se comparada à normatividade de um jogo de tabuleiro.

4.2 Réplicas

4.2.1 Retorquindo Enoch com a Dupla Normatividade do Direito: Formal e Robusta

Tal como explicado no tópico 3.2.4, acima, David Enoch (2019, p. 65-86) sublinhou o contraste entre duas diferentes espécies de normatividade. Tem-se, de um lado, a chamada normatividade *puro-sangue* (*full-blooded*), robusta, forte ou real, que é característica da moral: seus ditames geram, necessariamente, genuínas razões para a ação.²⁷ De outro lado, fala-se em normatividade meramente *formal*: uma normatividade mais fraca, em sentido brando que, para se fazer presente, basta haver a definição de qualquer critério de correção. Enoch atribui essa normatividade formal a práticas sociais como os jogos, a moda, a etiqueta e o direito: segundo ele, assim como é uma questão aberta se existe verdadeira razão para seguir determinada regra da moda, o mesmo ocorre no direito: às vezes as leis (como, por exemplo, leis corruptas ou injustas em sistemas jurídicos perversos) não fornecem razão para agir em conformidade com elas.

Essa distinção – entre normatividade puro-sangue e formal – tem sido consagrada pela literatura especializada. David Plunkett (2019, p. 113, tradução nossa) refere-se a uma normatividade *robusta* ou *autoritativa* – “[...] a mais autoritativa noção de normatividade que temos (grosso modo, a espécie que frequentemente parecemos invocar quando falamos sobre ‘genuínas razões normativas para a ação’ na ética, ou ‘genuínas razões normativas para crença’ na epistemologia)” –, em contraposição à normatividade *formal* ou *genérica* – “[...] a ideia genérica de um padrão com o qual alguém (ou algo) não precisa se conformar, e que (em muitos casos) pode [...] ser usado como um guia para a conduta e a ação”.

A temática também é enfrentada por Stephen Finlay (2019, p. 204-208), o qual, entretanto, adota uma visão perspectivista: juízos normativos robustos se diferenciam dos não robustos não pelos tipos de fatos e propriedades sobre os quais incidem, mas porque são formulados de uma perspectiva relevantemente motivada. Assim, os ‘juízos morais’ de um amoralista, independente de seu conteúdo, seriam apenas formais, ao passo que os juízos engajados de obrigação familiar de um mafioso seriam robustos.

George Letsas – que no ensaio *How to Argue for Law’s Full-Blooded Normativity* lançou-se no debate com Enoch para contra-argumentar em favor da normatividade robusta do direito –, assinala que a normatividade formal, segundo a doutrina, pertenceria a “[...] normas feitas pelos homens, que governam práticas convencionais (tais como jogos, moda e etiqueta), ou atividades tais como planejamento e exercício de autoridade”, enquanto que “[...]”

27 Pressupõe-se, aqui, um racionalismo moral ou internalismo de razões: “Alguns filósofos aceitam o que Stephen Darwall chama de *internalismo moral/de razões*. (Essa tese é às vezes também chamada de uma versão do ‘racionalismo moral’). Darwall caracteriza o internalismo moral/de razões do seguinte modo: ‘se S deve moralmente fazer A, então necessariamente existe razão para S fazer A, consistindo ou no fato de que S deve moralmente assim agir, ou em considerações que fundamentam tal fato.’” (Plunkett, 2019, p. 109, tradução nossa).

a normatividade puro-sangue, em contraste, é dita ser um atributo essencial das normas morais”. A principal diferença entre elas estaria “[...] relacionada à sua capacidade de dar razões: regras feitas pelo homem não fornecem necessariamente razões objetivas para a ação, enquanto que normas de moralidade crítica necessariamente o fazem.” (Letsas, 2019, p. 166, tradução nossa).

Letsas aduz que “[...] a visão de que o direito possui normatividade formal se tornou uma espécie de ortodoxia na filosofia do direito. Já a visão contrária, de que o direito apresenta a mesma normatividade puro-sangue da moral, recebe pouca atenção na literatura relevante” (Letsas, 2019, p. 166, tradução nossa). Assim, ele se propõe a estimular o entendimento de que o direito possui normatividade robusta, mas sem subscrever a afirmação de que toda regra legal fornece ao agente uma razão moral para observá-la pelo simples fato de ela ser juridicamente válida. Diz ele: “[...] essa é somente uma maneira de acolher a proposição de que o direito possui normatividade puro-sangue e ela está longe da mais plausível” (Letsas, 2019, p. 166, tradução nossa).

Compartilhando da premissa de que a moralidade como um todo tem normatividade puro-sangue, Letsas adverte que um debate profícuo sobre a matéria exige partir-se da ideia de que *fatos não normativos* da realidade é que *desencadeiam* (ou, na visão dele, *constituem*) *razões morais*. Se o elemento crucial para a normatividade do direito residisse nas *regras* em si, descritivamente identificadas, a resposta seria simples e inequívoca, a depender da corrente perfilhada pelo pesquisador. Para o juspositivista que concebe o direito como um conjunto de padrões identificáveis apenas por fatos sociais, regras jurídicas estúpidas ou moralmente abomináveis não fornecem razões para seu cumprimento e, portanto, “[...] as chances de o direito possuir normatividade puro-sangue são zero, desde o início.” Ao contrário, para um não positivista como Dworkin, que inclui no direito princípios político-morais que melhor se adequam e justificam a prática na comunidade, então, “[...] se tais princípios são princípios morais, segue que eles possuem normatividade puro-sangue” (Letsas, 2019, p. 167-168, tradução nossa). Letsas argumenta então que a *prática jurídica*, em sua *dimensão factual*, funciona *necessariamente* como *gatilho moral*, participando da normatividade puro-sangue da moral ao desencadear *obrigações de papel/função* (obrigações dos cidadãos, membros de uma comunidade política):

[...] Em princípio, nada impede que o direito nos forneça razões morais, objetivas e não contingentes. O direito possui uma dimensão factual e, como argumentado por David Enoch, são fatos não normativos que desencadeiam razões morais. O fato de eu ter prometido escrever este artigo desencadeou meu dever moral de fazê-lo. Em um sistema jurídico funcional, o direito preenche nosso cenário não normativo com uma miríade de fatos (leis, decisões judiciais, atos administrativos) e seria

extremamente surpreendente se tais fatos, como o movimento de planetas distantes, não desencadeassem razões morais. Onde a reivindicação de normatividade puro-sangue do direito parece vacilar não é em sua capacidade geral de desencadear razões morais (*qualquer* fato tem esse potencial), mas na sugestão de que os fatos jurídicos *necessariamente* servem, em virtude de serem jurídicos, como gatilhos morais. O que nós consideramos como fatos jurídicos e o tipo de razões para agir que eles desencadeiam é, portanto, crucial.

Nessa contribuição, eu pretendo estimular a visão de que o direito possui normatividade puro-sangue, no sentido de cima para baixo. Eu pretendo começar pela moralidade e desembrulhar a visão de que uma prática pode ser necessariamente normativa, em um sentido puro-sangue. [...] Meu foco será no que significa dizer de uma prática *específica* que ela participa da normatividade da moral. [...]

A explicação que eu irei desenvolver se baseia na ideia de obrigações de papel. Uma prática, irei argumentar, possui normatividade puro-sangue quando ela instancia um conjunto distinto de obrigações, o qual pertence a pessoas em uma condição particular, tais como de amigos, pais, médicos ou professores.

[...]

Existem então quaisquer funções normativas e relacionamentos especiais nas cercanias do direito? A melhor candidata aqui é a cidadania, compreendida como pertencimento a uma comunidade política [...]. (Letsas, 2019, p. 167 e 179, tradução nossa).

Ao longo de sua argumentação, George Letsas (2019, p. 175-177) procurou melhor decifrar a *relação existente entre a normatividade robusta e a normatividade formal*. Sustentou que algumas práticas, como a *paternidade* por exemplo, têm normatividade robusta, gerando genuínas razões morais para os pais (deveres de cuidado em relação aos filhos), que entretanto *não estão necessariamente atreladas* à sua normatividade formal (conteúdo das regras ou padrões constantes de livros ou manuais, com ampla aceitação, sobre como cuidar de bebês e crianças). Mas há casos diferentes, em que *as regras da normatividade formal podem ser parte das razões morais*: se a *moda* exige o uso de gravatas finas e o trabalhador prometeu ao seu patrão trajar-se conforme a moda, ele terá uma genuína razão (derivada do princípio moral geral de que se deve cumprir as promessas) para seguir a regra da moda. Outras práticas – como a *etiqueta*, a *gramática* e os *jogos* – revelam uma *conexão entre normatividade formal e robusta ainda mais próxima*. Se uma regra de *etiqueta* impõe às pessoas que apertem as mãos ao se conhecerem e isso é considerado uma forma de expressão de respeito, emerge daí uma razão moral para que eu assim me conduza, a fim de não ofender os outros. A seu turno, proporcionar uma comunicação precisa e verdadeira justifica que os indivíduos observem as regras da *gramática* (normatividade formal), o que denota sua normatividade robusta (a despeito do reduzido peso moral de seguir as regras da gramática, facilmente suplantável por razões morais opostas). O mesmo raciocínio se aplica aos *jogos*, uma vez que seguir as suas regras (normatividade formal) corresponde aos fortes interesses éticos na realização dos valores do lazer e da sociabilidade (normatividade robusta).

Por isso, argumenta Letsas (2019, p. 176, tradução nossa), alguns ‘exemplos paradigmáticos’ de normatividade formal – como etiqueta, linguagem e jogos – “[...] acabam não sendo tão formais assim: uma infinidade de considerações morais explicam porque suas regras sistematicamente formam parte de nossas razões morais para a ação”. Para ele, a ‘marca registrada’ das práticas denominadas convencionais é que “[...] elas existem porque nos permitem conformar com nossas razões de tipo puro-sangue”, sendo que seu significado moral não é meramente contingente, afinal, “[...] poderíamos ter regras gramaticais diferentes ou jogos diversos, mas não ficar completamente sem a linguagem ou os jogos” (Letsas, 2019, p. 176-177, tradução nossa). Enfim, a normatividade das práticas convencionais está relacionada com a normatividade robusta da moral, de modo que o contraste entre elas há de ser bem compreendido e situado:

[...] Eu sempre achei intrigante que a normatividade de práticas convencionais como etiqueta, linguagem ou jogos esteja sendo contrastada com a normatividade puro-sangue da moral. Existe um contraste aqui, sem dúvida, mas que se dá *dentro* da normatividade puro-sangue: às vezes nossas razões morais para a ação não incluem o que os outros fazem e aceitam mediante convenção; entretanto, às vezes elas incluem, e devem também incluir as regras que se consideram válidas dentro da prática. (Letsas, 2019, p. 177, tradução nossa).

Uma vez que as regras da etiqueta, da linguagem e dos jogos consistem em fatos que necessária e sistematicamente constituem razões genuínas para a ação, de acordo com as explicações morais disponíveis, afirma-se então que tais práticas convencionais possuem normatividade robusta. Nas palavras de Letsas (2019, p. 177, tradução nossa), “[...] a normatividade puro-sangue é central mesmo em práticas de normatividade dita formal, tais como etiqueta, linguagem ou jogos” e “[...] a normatividade formal, na medida em que se pretende contrastada com normatividade puro-sangue, acaba sendo um mito”.

Essas considerações, que me parecem bastante esclarecedoras sobre a matéria, coadunam-se, em alguns importantes aspectos, com as proposições teóricas de Finnis acerca da normatividade do direito, contribuindo para melhor compreensão da análise que inicio a seguir. É verdade que, no ensaio, Letsas prossegue com sua argumentação, agregando elementos diversos para subsidiar uma possível defesa da normatividade puro-sangue do direito. Entretanto, como o propósito desta subseção não é apresentar – muito menos defender – a visão de Letsas nessa seara, as referências a ele têm a função de mostrar como a estrutura de sua resposta geral ao desafio de Enoch já se encontrava presente em um argumento análogo integrante na teoria jusnaturalista de Finnis.

Voltemos então a Finnis, recordando o que foi exposto sobre a normatividade do direito no tópico 2.3.4, notadamente aquela distinção entre *obrigação jurídica em sentido intrassistêmico* (ou *restrito*) e *obrigação jurídica no sentido moral* (*obrigação jurídico-moral*). Em minha interpretação, a primeira (obrigação jurídica intrassistêmica) nada mais é que o resultado da chamada *normatividade formal*, ao passo que a segunda (obrigação jurídico-moral) corresponde à *normatividade robusta* do direito.

Conforme visto, Finnis oferece o seguinte esquema simplificado de como opera o raciocínio prático do bom cidadão: a) nós precisamos, para o bem comum, ser cumpridores do direito; b) mas onde \emptyset é definido pelo direito como obrigatório, a *única* maneira de sermos cumpridores do direito é fazendo \emptyset ; c) logo, nós precisamos (é obrigatório para nós) fazer \emptyset onde \emptyset foi juridicamente definido como obrigatório (Finnis, 2011, p. 316). A força da premissa ‘a’, como também já explanado, varia de acordo com as circunstâncias, pois ela não corresponde a nenhum princípio básico de razoabilidade prática (afinal, em determinadas situações o bem comum pode ser mais bem preservado ou realizado afastando-se do direito). Todavia, esse juízo de validade da premissa ‘a’ somente pode ser formulado no fluxo completo, irrestrito ou extra-jurídico do raciocínio prático do bom cidadão, já que o direito procura dele isolar o pensamento puramente jurídico, no qual a premissa ‘a’ figura como um dogma, um postulado inquestionável. Deste modo, navegando pelo raciocínio prático em seu fluxo integral, mediante acessão crítica ao nível mais elevado, e reconhecendo que o direito, voltado para o bem comum, oferece orientação diretamente aplicável e autoritativa para pessoas razoáveis e elimina a necessidade de elas ponderarem os prós e contras de muitos possíveis cursos de ação (tarefa já realizada pelos legisladores), o agente então toma uma *obrigação jurídica* como *obrigação moral*. Por isso, o mesmo esquema de raciocínio prático apresentado pode ser lido tanto em um sentido restrito – *sentido jurídico*, quanto em um sentido irrestrito – *sentido moral* (Finnis, 2011, p. 316-319).

A propósito, também foi consignado, no final da mesma subseção 2.3.4, que o direito, ao se isolar do restante do raciocínio prático (geral, irrestrito, ‘extra-jurídico’) com a apontada premissa dogmática da necessidade de que todos os sujeitos sejam cumpridores das leis, apresenta seus princípios e regras como obrigatórios apenas no sentido intrassistêmico (obrigação jurídica invariável, conclusiva, não derrotável, peremptória). E isso se aplica às diferentes espécies de raciocínio prático: tanto do bom cidadão (que explica a necessidade de submissão ao direito em termos de bem comum), quanto do cidadão servo acrítico do sistema (para sustentação do regime), do juiz carreirista (para enriquecimento e promoção na carreira) ou do cidadão criminalmente oportunista (para evitar punições). Mas essa obrigação jurídica

em sentido *jurídico*, embora *prática* – capaz, por si só, de orientar a conduta –, não é, *enquanto tal*, a obrigação jurídica no sentido *moral* (variável e derrotável), que somente emergirá conforme a leitura do sujeito (Finnis, 2015, p. 555-556). Daí a afirmação, igualmente já trazida antes, de que há “uma espécie ímpar de obrigação moral que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis ‘positivas’. Ela pode ser chamada de *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral*.” Essa obrigação jurídico-moral (ou obrigação jurídica no sentido moral) “[...] deve ser diferenciada, embora normalmente a acompanhe, da *obrigação jurídica intrassistêmica* que as regras jurídicas particulares declaram criar” (Finnis, 2002, p. 33, tradução nossa).

Ora, se a *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral* a que se refere Finnis é uma espécie de obrigação *moral* (genérica, *prima facie*, com força variável, derrotável), que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis positivas, e que (presumidamente) acompanha a obrigação jurídica intrassistêmica, concluo então que se está lidando aqui com genuínas razões para a ação, ou seja, com a chamada *normatividade robusta*, forte ou puro-sangue (*full-blooded*), que é característica da moralidade.

Com efeito, tem-se, sob uma perspectiva, a *obrigação jurídica intrassistêmica* (com força invariável), que as *regras jurídicas declaram criar*. Ela é produto da denominada *normatividade formal* do direito (conforme critérios de correção/validade interna do sistema jurídico). Entretanto, vistas por outro ângulo, essas mesmas regras jurídicas são simultaneamente concebidas, no raciocínio prático integral (extrajurídico) do agente, como *fatos* (*premissas fáticas*) – escolhas do legislador (*determinatio*) – e ali conjugadas com *premissas normativas* que apontam a necessidade do direito para se assegurar e realizar o bem comum, uma exigência de razoabilidade prática (vale dizer, conjugadas com *princípios* como ‘o bem comum deve ser promovido’, ‘a determinação autoritativa para problemas de coordenação é para o bem comum’ e ‘a regulação jurídica é presumidamente um bom método de determinação autoritativa’ – Finnis, 2011, p. 335). A inferência resultante do silogismo é que se deve (moralmente) cumprir a regra jurídica. É esse, “[...] à vista do bem comum, [...] o significado, para a razoabilidade prática, [d]o fato de um legislador autoritativo ter decidido e estipulado que \emptyset é ‘juridicamente obrigatório’” (Finnis, 2011, p. 335, tradução nossa). Reitero, sobre a questão, passagem de Finnis já transcrita alhures:

Fatos sociais fazem de uma regra jurídica positiva uma razão para a ação porque a deseabilidade da autoridade como meio para assegurar o bem comum, e a deseabilidade do ‘governo das leis, e não dos homens’, são razões sólidas e poderosas para reconhecer tais fatos como um exemplo de legislação válida que fornece razões presumivelmente suficientes para cumprimento. Uma lei puramente positiva que é juridicamente válida é (presumivelmente e derrotavelmente) válida e

vinculante moralmente – tem a forma ou sentido moral de obrigatoriedade jurídica – quando e porque toma seu lugar em um esquema de raciocínio prático, cujo ponto de partida próximo é a necessidade moral de justiça e paz, e cujo ponto de partida mais fundamental é a gama de formas básicas pelas quais o bem-estar humano pode ser promovido e protegido, a forma escolhida nos primeiros princípios de razão prática. (Finnis, 2020b, item 1.5, tradução nossa).

Essa estrutura do raciocínio prático é amplamente aceita, não causando nenhuma surpresa. Em tom bastante didático, Joseph Raz (2013, p. 164, tradução nossa) escreveu que “[...] fatos fornecem razões quando considerações gerais avaliativas ou normativas determinam que eles o fazem”. E logo deu um exemplo: “[...] o fato de eu dirigir um carro me impõe um dever, que deriva das consequências (de dirigir carros) de considerações gerais sobre nossas responsabilidades em relação aos outros”.

A seu turno, as teses finnisianas de que “[...] a obrigação jurídica implica, *presumivelmente*, uma obrigação moral”, de que “[...] o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões *fortemente excludentes* para a ação ou abstenção” (Finnis, 2011, p. 357 e 319, tradução nossa) e de que a obrigação moral de cumprir o direito pode derivar ‘não da juridicidade’ em si (obrigação jurídica intrassistêmica), mas de ‘outra fonte colateral’ (Finnis, 2011, p. 354, 361-362 e 476) evidenciam que, conforme exaustivamente estudado na subseção 2.3.4, o *direito fornece* – senão *sempre*, na pior das hipóteses *sistematicamente* – *razões morais* (ainda que eventualmente não conclusivas) para a ação. Isso basta, na linha argumentativa de Letsas (2019, p. 172-174, 177 e 181), para associarmos o *direito* à *normatividade robusta*, sendo “[...] um erro pressupor que uma prática possui normatividade puro-sangue se, e somente se, houver razão moral para seguir todas e cada uma de suas regras” (Letsas, 2019, p. 181, tradução nossa).

Aliás, como lembrado por Letsas, o próprio Enoch admitira que “talvez, possa-se dizer que o direito é mais sistematicamente relevante”, que ele “afeta [...] o que faz sentido para todos nós fazermos [...] e o que temos razão para fazer em [...] um sentido mais holístico” (Enoch, 2019, p. 75, tradução nossa). Sem prejuízo de tudo quanto já apresentado na subseção 2.3.4 acerca das qualidades do direito que lhe conferem saliência geral para resolução dos problemas de coordenação (valores do Estado de Direito), destaco uma característica inerente aos sistemas jurídicos: eles são abrangentes, ou seja, “[...] reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento” (Raz, 1999, p. 150, tradução nossa). À vista de tudo isso, a sistematicidade/recorrência da participação do direito na normatividade puro-sangue da moral desponta como insofismável.

Outro ponto digno de menção nos remete ao tópico 2.3.2, onde restou esclarecida a metodologia empregada por Finnis para elaboração de sua teoria jurídica. Viu-se, ali, que ele combina o uso da ferramenta aristotélica do *significado focal* dos conceitos teóricos – que permite distinguir *casos centrais* de *casos periféricos* – com a adoção do ponto de vista prático/interno do participante.

Lançando mão deste dispositivo metodológico em referência, é possível afirmar que a *normatividade robusta* ou *puro-sangue* – aquela que concerne a razões autênticas e genuínas para a ação, ou seja, razões morais, consideradas todas as coisas (*all things considered*) – consubstancia o *significado focal* do conceito de normatividade. Diferentemente, a *normatividade formal* retrata um sentido periférico, aguado, diluído ou corrompido de normatividade.

Nessa linha de entendimento, o próprio Finnis chegou a declarar que “[...] a autoritatividade do direito, no sentido focal de ‘autoritativo’, é apenas sua autoritatividade moral. [...] Leis que, por conta de sua injustiça, carecem de autoritatividade moral, não são juridicamente autoritativas no sentido focal de ‘autoritativo’” (Finnis, 2002, p. 22, tradução nossa).

Mas frise-se: isso nem de longe significa que as duas normatividades do direito – robusta e formal – não possam coexistir. Já ficou claro que, ao revés, é exatamente essa coexistência que em geral se verifica quando tomamos como parâmetro o ponto de vista da pessoa praticamente razoável (caso central do ponto de vista jurídico), vale dizer, do bom cidadão que, preocupado com a realização do bem comum, é cumpridor das leis. Cuida-se de uma questão de perspectiva: intrassistemicamente, lida-se com a normatividade formal; já no âmbito do raciocínio prático integral (moral), que se estende para além dos confins do pensamento apenas jurídico, fala-se em normatividade robusta. Presumidamente, uma obrigação jurídica intrassistêmica gera uma obrigação jurídico-moral.

Desse modo, nada obstante haja uma tendência de sobreposição (entre obrigação jurídica intrassistêmica e obrigação jurídico-moral), cuida-se aí de uma *relação* – o que necessariamente pressupõe *dois entes distintos*, que contrastam entre si em alguns aspectos. Não se pode obscurecer, assim, que a teoria de Finnis reconhece aqueles dois distintos domínios de normatividade, ambos associados, de maneiras diferentes, ao direito. Justamente nesse sentido, reportando a seu antigo embate com Joseph Raz sobre a normatividade do direito, objeto dos artigos *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory* e *Law as Coordination* (Finnis, 2013d, p. 46-65 e 66-73; vide subseção 2.3.4, acima), Finnis acusa explicitamente, em nota na introdução ao quarto volume de sua coletânea de

ensaios, ser um erro acreditar que “[...] a moral e a prudência egoísta exaurem o domínio das razões e que não pode haver normatividade (e portanto obrigação) que seja *jurídica* (e enquanto tal não moral)” (Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13, tradução nossa). Ele complementa asseverando que em NLNR se argumentou precisamente pela existência dessa normatividade jurídica (não moral), “[...] embora sua independência do fluxo geral do raciocínio prático seja incompleta e provisória. E claro [...], uma moral consistente sustenta que leis geradoras de obrigações, não flagrantemente injustas, presumem-se, derrotavelmente, criadoras de obrigação moral [...]” (Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13, tradução nossa).

Concluo assim, ante o exposto, que a teoria jusnaturalista de John Finnis atribui ao direito ambas as espécies de normatividade identificadas pela doutrina, a depender da perspectiva considerada. Dentro dos limites do raciocínio estritamente jurídico, onde a obrigação jurídica é tomada no sentido intrassistêmico, o direito ostenta apenas a denominada *normatividade formal*. Todavia, quando o agente extravasa tais fronteiras e opera o raciocínio prático integral, em seu fluxo completo, o direito sistematicamente toma parte na *normatividade puro-sangue* da moral, fornecendo ao sujeito razões genuínas para agir conforme por si determinado, razões as quais, entretanto, podem sucumbir diante de outras razões morais concorrentes (o direito – senão sempre, no mínimo sistematicamente – fornece razões morais para a ação, que se revelam fortemente excludentes, mas derrotáveis – obrigação moral genérica *prima facie*).

O outro desfecho a que chego, imbricado com o primeiro, é que a visão cética de David Enoch a respeito da normatividade do direito, supostamente apenas formal, reflete uma compreensão equivocada sobre a relação entre as práticas sociais baseadas em regras e a moralidade. Nos dizeres de Finnis (2002, p. 33, tradução nossa), “[...] a separação ‘obrigação jurídica’ versus ‘obrigação moral’ é muito grosseira”. Como já referido acima, bem observou Lestas (2019, p. 168) que não se deve buscar a normatividade puro-sangue do direito nas regras jurídicas enquanto tais, mas sim na dimensão factual da prática jurídica, já que fatos não normativos da realidade desencadeiam (ou constituem) razões morais. E em consonância com o jusnaturalismo de Finnis (2011, p. 314-320 e 334-336; 2020b, item 1.5), a escolha autoritativa do legislador (*determinatio*), que se expressa na regra da lei juridicamente válida, é um *fato* que, ocupando lugar na estrutura do raciocínio prático integral e irrestrito (extrajurídico) do destinatário, combina-se com premissas normativas (que associam o direito e a autoridade à realização do bem comum e outras exigências de razoabilidade prática) para conduzir à inferência da obrigação moral de se cumprir a regra do direito positivo. A propósito, cabe recordar valiosa lição finnisiana, passada ao se enfatizar a relevante distinção,

no direito, entre a terceira ordem da realidade (existencial, moral) e a quarta ordem (cultural, técnica), no sentido de que “Poucas escolhas moralmente importantes podem ser realizadas sem se empregar alguma técnica construída culturalmente” (Finnis, 2013a, p. 218, tradução nossa). Enfim, uma vez que o direito sistematicamente participa da normatividade puro-sangue da moral, assim produzindo genuínas razões para que os indivíduos ajam em conformidade com as regras jurídicas, o ceticismo de Enoch sobre a normatividade do direito (pretensamente apenas formal) revela-se um erro.

4.2.2 A Inconsistência do Argumento de Nye para o Eliminativismo

A subseção 3.2.1 abordou o texto *Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy*, da lavra de Hillary Nye (2022). No presente tópico, não irei, a rigor, refutar o conteúdo da tese eliminativista ali defendida. Meu objetivo será somente demonstrar que o argumento central deduzido pela autora para justificar sua proposta de adesão ao eliminativismo não alcança a teoria jusnaturalista de Finnis e, mais que isso, constitui uma falácia.

Recordemos que Nye propugna pelo eliminativismo – deixar de perguntar ‘o que é o direito?’ (questão dos fundamentos do direito) – por considerar inadequado o *método da análise conceitual*, utilizado pelos jusfilósofos na busca pela natureza metafísica do direito. Segundo ela, o método não é responsivo à experiência: como as intuições sobre o conceito (de direito) são estabelecidas primariamente, os debatedores, que divergem em suas intuições, não conseguem convencer uns aos outros, pois os contraexemplos dados são simplesmente reclassificados. Daí o impasse, sem nenhuma perspectiva de solução, instalado entre positivistas e não positivistas.

Nye notou que, além de assumirem diferentes compromissos, as diversas visões eliminativistas que têm emergido na filosofia do direito “[...] também possuem bases diferentes, no sentido de que são dadas diferentes razões pelas quais devemos ser eliminativistas” (Nye, 2022, p. 55, tradução nossa). Ademais, a autora complementou estas considerações, na sequência, dizendo que sua argumentação conduz ao eliminativismo com base em um fundamento metodológico – a inadequação da análise conceitual. Senão, veja-se:

Os argumentos que apresentei até agora levam ao eliminativismo por fundamentos metodológicos: sustentei que a metodologia amplamente adotada de se buscar a natureza do direito através da análise conceitual, que depende de intuições, gera um impasse. A questão dos fundamentos do direito é, portanto, espúria: ela nos convida a ir além da experiência, o que significa que ficamos sem meios para decidir entre

visões concorrentes. Então, devemos abandonar completamente a questão dos fundamentos do direito.

Quando eu digo que devemos abandonar a questão dos fundamentos do direito, quero dizer que devemos abandoná-la, compreendida como uma questão metafísica.” (Nye, 2022, p. 55, tradução nossa).

Naturalmente, uma primeira objeção logo se oferece a todos aqueles que, sem renunciar a uma teoria e um conceito do direito e sua normatividade, rejeitam o método da análise conceitual, adotando caminho alternativo. É que esse universo não está abrangido pela premissa do argumento de Nye. Logo, a conclusão em favor do eliminativismo não os alcança.

Tanto assim que, mais adiante no mesmo artigo, a própria Nye admitiu que “[...] o eliminativismo implica um compromisso mais amplo, de desistir de qualquer fala em direito”, de modo que “[...] aqueles cujas visões não estejam abarcadas por meus argumentos anteriores ainda podem recusar a adoção de uma abordagem eliminativista.” (Nye, 2022, p. 59, tradução nossa).

John Finnis é um dos que se encontram nesse universo de autores imune ao argumento de Nye. Conforme visto à saciedade na subseção 2.3.2, ele refuta com veemência o método da análise conceitual na teoria do direito (‘positivismo metodológico’) e nas demais ciências sociais, proclamando aberta e explicitamente que “[...] teoria do direito não é uma questão de ‘análise conceitual’; seu assunto é a realidade de pessoas humanas como sujeitos e objetos dos propósitos inteligentes de se assegurar paz, justiça e prosperidade” (Finnis, 2011. p. 426, tradução nossa). E arremata: “Análise conceitual, simplesmente como tal, só pode produzir história local, lexicografia, etnografia.” (Finnis, 2011. p. 426, tradução nossa).

Repito aqui, em brevíssimas linhas, o resumo de alguns dos principais aspectos metodológicos da teoria finnisiana, extraíveis de inúmeros textos do autor (Finnis, 2011, p. 03-22 e 426-438; Finnis, 1998, p. 20-55; Finnis, 2013d, p. 23-45; Finnis, 2020a, p. 38-58). Como já expus na subseção 2.3.2, para Finnis, uma *teoria* que *almeja generalidade* e *pretende descrever ações humanas* – equivale a dizer, atos resultantes de livres escolhas, por pessoas que têm propósitos, objetivos, fins, valores – será necessariamente *avaliativa no método*: não há como ser normativamente inerte na adoção de um determinado conceito de *direito*, em meio a outros tantos disponíveis. E a *melhor* maneira de se *descrever* ‘o que é direito’ (fornecer o conceito teórico de direito em seu *significado focal*) é respondendo à pergunta ‘*por que* (introduzir, ter, apoiar, manter, aplicar e se conformar ao) direito’, na visão de alguém (i) que esteja engajado na prática (ponto de vista interno), (ii) que tome a obrigação jurídica como uma obrigação moral presumível e, para além disso, (iii) que seja uma pessoa

praticamente razoável (ou seja, coerente, atenta a todos os aspectos e oportunidades do florescimento humano e de sua limitada comensurabilidade, preocupado em solucionar os problemas e ciente das condições econômicas e materiais nas interações sociais). Esse é o *caso central do ponto de vista jurídico*, a ser tomado como referência pelo teórico que tem o propósito de descrever o direito. ‘Teorizar’ – digo, selecionar questões para estudo e articular seus resultados – também consiste em um ‘fazer’ e, como tal, igualmente se submete às exigências de razoabilidade prática.

Note-se que, não por mero acaso, a acusação de Nye contra a não sindicabilidade dos diferentes conceitos de direito ofertados pelos adeptos da análise conceitual é compartilhada por Finnis. Segundo ele, “[...] não há razão para se tentar definir direito (senão estipulativamente ou lexicograficamente) antes de compreender as razões para se ter direito, e algumas dessas razões são do terceiro domínio [...] que chamamos de moral: atentas aos bens humanos intrínsecos” (Finnis, 2020a, p. 55, tradução nossa). Nesse sentido, as definições de direito propostas pelos positivistas metodológicos têm uma notória marca de arbitrariedade:

Então: as definições de direito autointituladas ‘positivistas’ são mais ou menos arbitrárias na medida em que elas, sem disfarce, precedem uma avaliação moral da necessidade de direito e instituições jurídicas e tentam descrever a natureza e as instituições características do direito sem o auxílio de se compreender aquele conjunto de necessidades – aquele conjunto de razões fundacionais para as razões (proposições) articuladas sobre ação, que nós razoavelmente denominamos leis. (Finnis, 2020a, p. 55, tradução nossa).

Consoante já outrora mencionado, pressupor que se pode responder à questão ‘o que é o direito’ antes de enfrentar a questão ‘*porque* ter, criar, manter e se conformar ao direito’ constitui, para Finnis, um “erro filosófico” (Finnis, 2013d, p. 45).

Em suma, o artigo de Hillary Nye ora criticado (2022, p. 29-78) dedica-se a propor uma *solução* (adotar-se o eliminativismo) para a transposição de um *problema metodológico* (inadequação da análise conceitual) que, como apontei acima, *não acomete a teoria do direito finnisiana*. Embora seja desde sempre igualmente objetor do método da análise conceitual, Finnis nem por isso sustentou qualquer visão eliminativista sobre o direito, tendo elaborado, como apresentei ao longo do segundo capítulo desta dissertação, uma *descrição teórica bastante diferente* da sugerida por Nye.

Com isso, quero chamar a atenção para um ponto importante: o puro e simples fato de uma determinada proposição teórica ser (alegadamente) falsa (no caso, as teorias jurídicas fundadas no método da análise conceitual) não conduz, por si só, à inferência de que uma outra proposição teórica qualquer, com ela incompatível (no caso, o eliminativismo), seja

verdadeira (ainda mais quando existem outras proposições concorrentes e inconciliáveis: no caso, a teoria jurídica finnisiana, construída a partir do método do significado focal dos conceitos e da adoção do ponto de vista prático dos sujeitos morais envolvidos). Dito de modo mais preciso: *sozinha*, a *premissa* de que é incorreto tentar identificar ‘o direito’ mediante investigação metafísica sobre sua natureza (método da análise conceitual) *não permite concluir*; sem um salto lógico, que então ‘o direito’ não existe, que qualquer meio de tentar identificá-lo será incorreto ou que todo conceito de direito será necessariamente falso – a justificar, assim, a adoção do eliminativismo. Nesse formato, o silogismo está incompleto e o argumento é obviamente falacioso.

Nye afirmou que a “[...] filosofia jurídica moderna [...] enfrenta um problema sério [...] um impasse, que decorre da metodologia que teóricos com inclinação metafísica adotam”, acrescentando que “[...] irá defender, *à luz disso*, que devemos adotar o que foi chamado de ‘eliminativismo’” (Nye, 2022, p. 50, tradução nossa). Assim, ela faz uma vinculação estreita e direta do fracasso do método da análise conceitual (pesquisa metafísica sobre a natureza do direito) com o eliminativismo, como se estivéssemos diante de uma relação necessária de causa e efeito – o que, como assinalado acima, não procede. A teoria jusnaturalista de Finnis – que rechaça o método da análise conceitual sem negar que haja um conceito doutrinário de direito – é apenas uma prova material da inconsistência lógica do argumento (*non sequitur*).

Corroborando nosso posicionamento, Thomas Bustamante e Thiago Decat (2020, p. 24, tradução nossa) observam que “[...] os principais argumentos para o eliminativismo parecem estar enraizados precisamente na tirania das intuições no discurso filosófico sobre o direito”, ou seja, “[...] os eliminativistas desistiram do conceito de direito por conta de seu desapontamento com os resultados modestos da teoria do direito analítica”. Segundo os autores, descartada essa metodologia, a busca pelo conceito de direito se revela não apenas possível, como politicamente importante:

[...] Mas uma vez deixando para trás a ortodoxia da teoria do direito analítica e começando a olhar para coisas mais importantes que ‘isolar’ o direito ou olhar apenas para aquilo que intuitivamente percebemos como características necessárias e suficientes, nós podemos encontrar importantes funções para um conceito de direito. Nossa teoria do direito pode necessitar de um conceito de direito para explicar, por exemplo, o papel que as normas jurídicas realizam no nosso raciocínio prático [...]. [...] Para concluir, nós precisamos de um conceito de direito, entre outras coisas, porque precisamos saber o que o direito é a fim de fornecer uma completa justificação moral para nossas ações, porque o conceito de direito é *politicamente* importante. [...] (Bustamante; Decat, 2020, p. 24, tradução nossa).

Mas podemos – e devemos – ir um pouco além.

Para tanto, faz-se oportuno retomar aqui algumas reflexões sobre normatividade feitas por Joseph Raz em *From Normativity to Responsibility*, parte das quais já abordadas da subseção 2.3.4, *supra*. Conforme ali consignado, tudo que fornece uma (correta) resposta para questões sobre as razões pelas quais as coisas são como são ou se tornam o que se tornam, consiste em uma *razão*. Todas as razões são *razões explicativas* (sobre algo ou alguém). Mas existem algumas razões (explicativas) que também são razões em um segundo sentido: as *razões normativas*. Elas *contam a favor* de algo (para o qual são razões), tendo o *potencial* de justificá-lo ou exigí-lo, embora nem sempre efetivamente acabem por justificar ou exigir conclusivamente aquilo que favorecem. Razões normativas, então, são ‘fatos’ que possuem influência ou força normativa, servindo como pontos de partida no raciocínio sobre o que fazer (razão prática) ou no que acreditar (razão epistêmica). Elas figuram (aparecem) nas explicações das ações/crenças para as quais são razões, sendo como tais conscientemente reconhecidas, o que se denomina ‘nexo normativo/explicativo’ (Raz, 2013, p. 13-35).

Também consoante já explanado, as *razões normativas* subdividem-se em *razões adaptativas* (que incluem as *razões epistêmicas* e as *razões para emoções*) e *razões práticas* (que incluem as *razões para a ação* e as *razões para intenções*). As *razões adaptativas* “[...] marcam a adequação de uma atitude no agente, independentemente do valor de ter tal atitude, sua adequação a como as coisas são”. A seu turno, as *razões práticas* “[...] determinam o que e como, à luz do valor das coisas, nós devemos mudar ou preservar em nós mesmos ou no mundo” (Raz, 2013, p. 47, tradução nossa). Em termos simplificados, as *razões práticas* estão baseadas em valores, enquanto as *razões adaptativas* adequam-se à realidade das coisas. Outra classificação distingue as *razões padrão* – aquelas que podemos seguir diretamente –, das *razões fora do padrão* (todas elas, necessariamente, razões práticas) – com as quais nos podemos conformar, mas sem segui-las diretamente (Raz, 2013, p. 36-58).

Enfatizo agora, ainda em consonância com Raz (2013, p. 36, tradução nossa), que as *razões epistêmicas* “[...] são razões para se acreditar em uma proposição, por serem fatos que fazem parte de um argumento em favor de (se acreditar em) sua *verdade* (chamemos tais considerações de ‘*relacionadas a verdade*’)”. Por isso, as *razões-padrão* (que podemos seguir diretamente) para as nossas *crenças* (*razões epistêmicas*) são *razões adaptativas*, vale dizer, que se ajustam à realidade das coisas. Nesse sentido, “[...] ter uma crença por adequadas razões relacionadas a verdade é racional, e tê-la por razões não relacionadas a verdade [...], mesmo que útil e desejável, é irracional” (Raz, 2013, p. 40, tradução nossa).

Realmente. Se alguém receber a oferta de uma elevada quantia para acreditar que a Terra é redonda – e não plana –, admitir-se-á que ele possui uma *razão prática* para crer nessa

informação; mas ela não se trata, contudo, de uma *razão adaptativa*, que é a *razão-padrão* para *crer/conhecer*. Diferentemente, o fato de haver fotografias do planeta, tiradas por satélite, retratando seu formato esférico e o fato de vários astronautas já terem prestado testemunhos uníssonos nesse mesmo sentido são evidências que se afiguram como razões relacionadas à verdade, ou seja, *razões epistêmicas*. A mesma ideia se aplica a razões para se professar determinada religião: ter credencial para participar dos eventos da igreja na comunidade pode configurar uma *razão prática* (razão não-padrão) para se *acreditar* em seus dogmas, mas não uma *razão epistêmica, adaptativa* (razão-padrão), como seria o testemunho de um milagre operado em seus domínios ou a consistência do teor de suas escrituras sagradas.

Enfim, somente “[...] razões epistêmicas podem sustentar crença. Razões não relacionadas à verdade não podem” (Raz, 2013, p. 40, tradução nossa). Não existe, pois, nenhum conflito entre essas diferentes espécies de razões para a formação de uma crença; neste domínio, razões práticas somente podem vencer razões adaptativas de maneira fraudulenta:

[...] razões práticas e adaptativas não conflitam. Embora possamos ter razões epistêmicas para uma crença particular e uma razão prática para não tê-la, as duas não conflitam no sentido de que duas razões epistêmicas conflitam, nem no de que duas razões práticas conflitam. O resultado do ‘conflito’ entre razões adaptativas e práticas não é, como em genuínos conflitos entre razões práticas ou entre razões epistêmicas, que a melhor razão prevalece. Elas não estão em competição e razões de nenhuma das espécies podem ser melhores que as razões da outra. Ao invés, razões adaptativas, sendo as razões-padrão para crença ou para ter emoções, prevalece. Razões práticas, sendo não-padrão, podem ‘vencer’ apenas mediante fraude. [...] (Raz, 2013, p. 58, tradução nossa).

Nesse quadro e a título ilustrativo, ousou classificar a aposta de Pascal como um ardil epistêmico. Isso porque, “ao contrário de outros argumentos sobre a existência de Deus, a Aposta de Pascal não tenta provar que Deus existe. Ela pretende mostrar que é melhor para você acreditar que Deus existe e levar uma vida de crente do que o contrário. [...] vale a pena acreditar” (Burkholder, 2013, p. 47). De fato, ao invés de fornecer razões epistêmicas (relativas a verdade) para a crença em Deus, Pascal apresenta apenas razões práticas para tanto, examinando as vantagens e desvantagens das quatro combinações possíveis: (i) se você acredita em Deus e ele existe; (ii) se você acredita em Deus e ele não existe; (iii) se você não acredita em Deus e ele existe; (iv) se você não acredita em Deus e ele não existe.

Pois é diante desse mesmo cenário que atribuo a Nye e aos demais eliminativistas o ônus de explicitar as *razões epistêmicas* – ou seja, razões ligadas à *verdade* – que sustentam a proposição *teórica* de que o direito e sua distinta normatividade não existem. A *crença* no eliminativismo não pode fundar-se em razões *práticas* do tipo ‘em acreditando no

eliminativismo... acabaremos com o duradouro e entediante debate Hart-Dworkin’, ‘... evitaremos mal-estar entre os interlocutores’, ‘... as aulas de teoria do direito serão mais fáceis e prazerosas para professores e alunos’, ‘... teremos mais tempo para refletir sobre outras questões’, ‘... não será mais preciso insistir com a complexa tarefa de se buscar uma descrição correta do direito’ e assim por diante. Repiso: nenhuma dessas ou outras hipotéticas razões *práticas* – que enunciam supostas vantagens para a adoção do eliminativismo – podem prevalecer sobre razões *epistêmicas* (relacionadas a verdade), salvo mediante fraude.

Para que seja racional *acreditar* no *eliminativismo* – “[...] a ideia de que *podemos nos livrar* do desacordo sobre os fundamentos do direito, e assim *seguir sem responder* à questão de o que é o direito” (Nye, 2022, p. 53, tradução nossa) –, não basta que seus atributos produzam essas consequências sedutoras ou desejáveis. É preciso algo diferente: que existam *evidências* suficientes de sua *veracidade* (razões epistêmicas).

Mas, afinal, há razões epistêmicas suficientes, capazes de sustentar a crença no eliminativismo?

A resposta a tal indagação, lastreada nos elementos da teoria da lei natural finnisiana, é claramente negativa. Todavia, isso será objeto de análise nos tópicos seguintes. Como anunciado no início desta subseção, o propósito aqui era outro e, parece-me, já foi atingido: demonstrar a falsidade da proposição de que “os argumentos contra o projeto metafísico nos leva ao eliminativismo” (Nye, 2022, p. 59).

4.2.3 O Direito no Raciocínio Prático: Finnis x Nye

Diante de tudo que foi exposto na subseção anterior, surge o desafio de identificar quais razões, dentre as razões epistêmicas supostamente aduzidas a favor do eliminativismo por Hillary Nye, têm força para convencer os teóricos do direito que, como John Finnis, rejeitam o método da análise conceitual.

Minha resposta sincera a essa pergunta é direta e objetiva: nenhuma. Toda argumentação apresentada em *Does Law ‘Exist’? Eliminativism in Legal Philosophy* – inclusive na parte final do artigo, onde a autora procura rebater diversas objeções contra o eliminativismo, tentando mostrar que tal abordagem “é plausível” (Nye, 2022, p. 59) – gira em torno do problema dos fundamentos do direito compreendido como uma questão metafísica sobre sua natureza. O cenário contra o qual ela se insurge é, invariavelmente, aquele gerado pelo emprego do método da análise conceitual. Nesse sentido, a própria Nye (2022, p. 55, tradução nossa) esclareceu: “Quando eu digo que devemos abandonar a questão

dos fundamentos do direito, quero dizer que devemos abandoná-la, compreendida como uma questão metafísica. É o brilho metafísico da questão que leva ao impasse discutido acima.”

Conforme busquei enfatizar no tópico precedente, a proposição de que “os argumentos contra o projeto metafísico nos levam [necessariamente] ao eliminativismo” (Nye, 2022, p. 59) é falsa. Ademais, a tentativa da autora de “mostrar que a abordagem eliminativista é *plausível*, respondendo a uma série de objeções” (Nye, 2022, p. 59) não me parece equivalente à ambição de afirmar – menos ainda de demonstrar – que o eliminativismo é a teoria correta sobre aquilo que ela descreve. Com efeito, Nye anuncia no resumo do ensaio que sua pretensão, a meu sentir mais modesta, é de “[...] responder a uma série de objeções à abordagem eliminativista, defendendo que ela é uma posição *viável*” (Nye, 2022, p. 59, tradução nossa). Talvez isso explique por que o título do artigo veicula uma pergunta (o direito ‘existe?’), ao invés de uma resposta assertiva (o direito não existe).

Nada obstante, abstraindo-me dessas limitações e procurando interpretar a argumentação de Nye da maneira mais caridosa possível, vale dizer, concebendo-a, nos termos de Dworkin (2014a, p. 96), “em sua melhor luz”, tentarei extrair de suas réplicas às objeções contra o eliminativismo alguma potencial *razão epistêmica* em defesa da sua *verdade* (e não meras *razões práticas*) que, como tal, seria extensível a *todos*, inclusive aos teóricos do direito opositores da análise conceitual, como é o caso de Finnis.

Nesses moldes, não cabe falar aqui em *substituição da questão metafísica* da natureza do direito (‘o que é o direito’) por questões normativas (‘o que os fatos institucionais nos demandam moralmente?’; ‘como devemos estruturar nossos sistemas?’; ‘que tipos de coisas devem estar sujeitas a coerção?’; ‘como melhor nos organizaremos nas áreas sobre as quais decidimos legislar?’) e questões preditivas (‘o que os agentes públicos provavelmente farão?’), como sugerido no artigo. O que importa aqui é a tese eliminativista, subscrita por Nye, de que podemos e devemos responder a tais questões (preditivas e normativas) sem conhecermos e afirmarmos o conteúdo do direito em vigor (Nye, 2022, p. 58). Falando de modo mais claro, tal como fizeram Hershovitz e Kornhauser (subseções 3.2.2 e 3.2.3), cuida-se da proposta de total *eliminação* do chamado *conceito doutrinário de direito*: não cabe identificar o que o direito, dentro de seus domínios, exige, proíbe, permite ou cria (obrigações, direitos, permissões ou poderes jurídicos), pois inexiste um campo próprio e distintivo de *normatividade jurídica*, diferente da moral.

O ônus de sustentar uma tese como essa – que não existe ‘direito em vigor’ – é extraordinariamente grande, afinal, isso contradiz frontalmente o modo pelo qual nos expressamos. Como aponta Raz (1999, p. 170, tradução nossa), “[...] o problema da

normatividade do direito é o problema de explicar o uso de linguagem normativa na descrição do direito ou das situações jurídicas”. E não se trata somente de ofertar explicação para a nossa recorrente fala acerca de conflitos entre obrigações jurídicas e obrigações morais. Sobre esse ponto, nada tenho a opor às considerações de Herskovits (2015, p. 1186-1189), no sentido de que nós marcamos nossas obrigações morais pelas suas fontes (de maneira que obrigações jurídicas seriam obrigações morais geradas pelas práticas jurídicas, assim se distinguindo das demais obrigações morais, derivadas de outras origens). Ocorre que, para além disso, o direito – assim como o jogo, a moda ou a etiqueta – notoriamente constitui uma prática social baseada em *regras*: ele assim se apresenta, prescrevendo ostensivamente, por exemplo, por meio de enunciados e disposições explícitas, que é proibido subtrair para si coisa alheia móvel, que em certas circunstâncias o contribuinte é obrigado a pagar determinada quantia a título de imposto, que podemos dispor de parte de nosso patrimônio por testamento e que é dever do condutor parar o veículo diante de sinal vermelho do semáforo. Igualmente, no caso dos jogos – como o futebol, por exemplo –, também há manifesto uso prescritivo ou diretivo da linguagem, proibindo que os jogadores de linha toquem a bola com as mãos e exortando-os a chutá-la entre as traves do adversário, marcando gols. Se as regras ou normas ditadas pelo direito ou pelo jogo de futebol (como parar o veículo diante do sinal vermelho no trânsito e não tocar a bola com as mãos, respectivamente), comparadas às normas morais, constituem ou não genuínas razões para a ação, consideradas todas as coisas (*all things considered*), essa é uma questão que nos remete àquela distinção entre *normatividade formal* e *normatividade robusta*, tratada nas subseções 3.2.4 e 4.2.1. Contudo, não há como negar seriamente que tais práticas *definem padrões*, que elas *consagram critérios de correção de conduta* (ou seja, que possuem, no mínimo, uma *normatividade formal* ou em sentido brando). Nesse aspecto, elas se diferenciam claramente de outras espécies de fatos não normativos também capazes de participar da normatividade puro-sangue da moral (v.g. o fato natural de o filho menor ter contraído uma doença constitui uma razão moral para que a mãe se ausente temporariamente do trabalho e permaneça em casa para lhe prestar cuidados). Decerto, o direito, os jogos e a etiqueta não são fatos brutos como a chuva, as águas de um rio, uma placa de metal ou a contaminação com um vírus. Portanto, a indistinta equiparação entre todos eles, sob todos os aspectos, para efeito do raciocínio prático, implica uma certa *distorção*, o que significa *perda de poder explicativo/descritivo* se cotejada com teorias concorrentes que não padecem do mesmo vício.

Nessa linha, David Enoch, consoante já apontado no item 3.2.4, rechaçou corretamente a negação, pelos eliminativistas, da normatividade própria (formal) do direito e

outras práticas sociais normativas, como a moda. Para ele, “[...] não há espaço para preocupações ontológicas sobre os deveres-da-moda ou razões-da-moda ou normatividade-da-moda”, haja vista que, a despeito da complexidade de sua sociologia, “[...] a metafísica das condições de correção da moda é clara o suficiente [...]”. Uma visão não factualista ou eliminativista deles – como em Hershovitz [...] fica assim totalmente injustificada.” (Enoch, 2019, p. 70, nota de rodapé n. 14, tradução nossa).

Essa grave deficiência explicativa da teoria eliminativista – que no raciocínio prático despreza as inegáveis diferenças entre, de um lado, as práticas sociais que ostensivamente se utilizam de linguagem prescritiva/diretiva (como o direito, a moda, a etiqueta e os jogos) e, de outro lado, todos os demais fatos não normativos hábeis a impactar em nossas responsabilidades morais (a chuva, o contágio de doença etc.) – não se verifica no jusnaturalismo de Finnis.

Na esteira do que foi abordado nos tópicos 2.3.4 e 4.2.1, Finnis reconhece a existência da *obrigação jurídica em sentido intrassistêmico* (ou em sentido restrito), resultante do pensamento estritamente jurídico (e que, como assinalai, corresponde à chamada *normatividade formal* do direito), e também da *obrigação jurídica no sentido moral* (obrigação jurídico-moral), a qual somente emerge no fluxo completo, irrestrito ou extra-jurídico do raciocínio prático do bom cidadão (que associei à denominada *normatividade robusta* do direito). O proposto esquema de funcionamento desse raciocínio prático, recordemos mais uma vez, é o seguinte: a) nós precisamos, para o bem comum, ser cumpridores do direito; b) mas onde \emptyset é definido pelo direito como obrigatório, a *única* maneira de sermos cumpridores do direito é fazendo \emptyset ; c) logo, nós precisamos (é obrigatório para nós) fazer \emptyset onde \emptyset foi juridicamente definido como obrigatório (Finnis, 2011, p. 316).

Sendo assim, *para que o agente possa tomar uma obrigação jurídica como obrigação moral, é necessário que ele conheça a obrigação jurídica*, ou seja, que ele saiba qual é a conduta \emptyset , que foi definida (intrassistemicamente) pelo direito como obrigatória. Embora variável em sua força e suscetível de sucumbência ante outras considerações morais relevantes, a (presumida) *obrigação jurídico-moral não pode ser determinada sem a prévia ou concomitante identificação do conteúdo da obrigação jurídica no sentido intrassistêmico* (conclusiva, não derrotável, peremptória, com força invariável, que as regras jurídicas declaram criar). Sobre este ponto, vale rememorar que, para Finnis, embora o direito seja um objeto cultural construído e estabelecido pelas escolhas humanas para um propósito moral (terceira ordem), “[...] o raciocínio jurídico [...] é (ao menos em grande parte) raciocínio técnico [quarta ordem] – não raciocínio moral.” (Finnis, 2013a, p. 219-220, tradução nossa).

Uma vez que, para Finnis (2011, p. 319), “[...] a obrigação moral de conformação às obrigações jurídicas é relativamente pesada”, e que “[...] o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção” (Finnis, 2011, p. 319, tradução nossa), identificar o direito – diferenciando-o daquilo que não o seja – ostenta grande relevância no raciocínio prático. O sujeito não tem como, lidando com um conflito de razões concorrentes (jurídico-morais e de outras fontes), chegar a uma razão conclusiva para a ação sem saber o teor/conteúdo de suas obrigações jurídicas em sentido moral que, por sua vez, dependem do teor/conteúdo das obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico.

Sustentar que o agente possui uma determinada obrigação ou razão jurídica em sentido moral – razão essa ainda não necessariamente conclusiva, pois passível de conflito e eventual derrota diante de razões morais opostas, de fontes diversas – sem saber o que o direito exige, proíbe ou permite (conceito doutrinário de direito) seria admitir a existência de uma *razão prática sem nenhum conteúdo (!)* – hipótese absurda, que inclusive comprometeria a ideia de *conflito de razões*. O ‘nada’ não pode consistir em uma *razão*, seja para nossas ações, seja para nossas crenças, emoções, sentimentos, intenções ou pensamentos. Relembrando trechos da subseção 2.3.4, *razões – explicativas ou normativas* – são ‘*fatos*’, *aspectos do mundo*. Todas elas sempre fornecem/constituem explicações e, no caso específico das *razões normativas*, atuam *contando a favor* de algo (para o qual são razões), tendo o *potencial* de justificá-lo ou exigí-lo (Raz, 2013, p. 13-20, 103, 212). Assim, as razões são passíveis de entrar em conflito, cabendo falar em razões *pro tanto*: nas situações concretas, específicas, elas podem se revelar *suficientes* ou *adequadas* (quando não derrotadas por razões concorrentes) ou *conclusivas* (quando derrotarem as razões concorrentes). Muito do que se debate sobre o pensamento prático concerne exatamente a como responder adequadamente a tais conflitos (Raz, 2013, p. 103). E vale repisar: Finnis defendeu “[...] levar o direito a sério em toda a extensão de seu significado e pretendido alcance – e nunca o considerar como não fornecendo razão para fazer o que ele comanda” e que “[...] não existe razão para dizer que, moralmente falando, o direito (e sua autoridade) nunca se estendeu às situações em que foi superado” (Finnis, 2013d, p. 72-73, tradução nossa). Para ele,

[...] a obrigação moral genérica de obedecer ao direito, apesar de seu caráter presumível e sua derrotabilidade para responsabilidades morais concorrentes, não é vazia de significado para o cidadão moralmente correto. Pois ela nunca é superada por considerações de conveniência, desejo ou preferência. (Finnis, 2013d, p. 373, tradução nossa).

Em suma, sem identificar o *direito* (obrigação jurídica intrassistêmica), o agente – seja o juiz, seja o cidadão comum – fica impossibilitado de acessar o conteúdo da (presumida) obrigação jurídica em sentido moral, carecendo, assim, de um relevante e significativo elemento para decidir, consideradas todas as coisas, o que deve fazer. Nunca é demais repetir: segundo Finnis (2011, p. 319, tradução nossa), “[...] o *direito* fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção”.

Por isso, como alertam Bustamante e Decat (2020, p. 24), “[...] nossa teoria geral do direito pode precisar de um conceito de direito para explicar [...] o papel que as normas jurídicas realizam em nosso raciocínio prático [...]. Importa o que o direito diz, e importa como nós compreendemos o direito.”

Todas as considerações acima suplantam, em minha visão, as assertivas não suficientemente fundamentadas de Nye de que “[...] nós nunca precisamos saber ‘o que o direito é’ para responder [...] o que eu devo, moralmente falando” (Nye, 2022, p. 62, tradução nossa), de que “[...] eu não acho que ter um conceito de direito irá nos ajudar com nosso pensamento moral ordinário” (Nye, 2022, p. 67-68, tradução nossa) e de que, em uma investigação moral, “[...] colocar algo em uma categoria não parece favorecer nossas deliberações sobre o que ele significa para nossas obrigações morais, consideradas todas as coisas, em determinado caso” (Nye, 2022, p. 68, tradução nossa). Além de tais afirmações terem sido formuladas como contraponto apenas para o projeto metafísico da análise conceitual, elas não estão acompanhadas, ao que verifico, de exposição clara das pretensas razões que as justificariam.

Ademais, soa no mínimo obscuro – senão contraditório – que, após o reconhecimento expresso de que “[...] o eliminativista deve desistir da ideia de aceitação do *direito*”, e da afirmação de que “[...] dizer que uma pessoa pode adotar o ponto de vista interno e aceitar o *direito* não faz sentido” (Nye, 2022, p. 69, tradução nossa), tenha sido proposto por Nye, citando Kornhauser, que “[...] uma obrigação individual na visão eliminativista é determinada por *materiais jurídicos* e quaisquer outros relevantes interesses morais enfrentados” (Nye, 2022, p. 70, tradução nossa). Essa intrigante substituição do ‘direito’ por ‘materiais jurídicos’ (*legal materials*) talvez ilustre a declaração feita pela própria Nye de que sua argumentação no artigo não se coaduna com a posição filosófica da “eliminação de certas *entidades*”, mas apenas da “eliminação da *fala* sobre certas entidades” (Nye, 2022, p. 53, nota de rodapé n. 88, tradução nossa).

Se a troca do ‘direito’ pelos ‘materiais jurídicos’ não representa um mero jogo de palavras, então o eliminativismo de Nye reflete mais uma indesejada visão reducionista, que

já acomete outras tantas teorias. Recordemos, no ponto, das críticas de Finnis ao realismo jurídico, que tende a reduzir seu objeto e método às ciências naturais (primeira ordem da realidade), à teoria kantiana jusnaturalista moderna, que reduz o direito à lógica (segunda ordem), ao positivismo jurídico, que o faz à tecnologia (quarta ordem), e ao interpretativismo dworkiniano, que superestima a terceira ordem (moral), em detrimento do aspecto técnico-cultural do direito positivo (quarta ordem) (Finnis, 2002, p. 20; Finnis, 2013d, p. 170-171). Segundo Finnis, a teoria da lei natural “busca evitar todos esses tipos de reducionismo” e explica “porque e como o direito, embora dependente de sua razoabilidade ética para seu valor e normatividade ou autoridade, *não pode ser reduzido à ética*, ou a qualquer dedução dela, mas é em grande parte genuinamente criado, completamente positivo” (Finnis, 2002, p. 20). O problema na concepção de Nye seria, nesse aspecto, semelhante ao da teoria do direito como integridade de Dworkin em *Law’s Empire*, “que situa o direito não em regras e padrões existentes (considerados meros ‘materiais jurídicos’), mas somente no momento da decisão pelo juiz, que em uma ‘interpretação construtiva’ sujeita os materiais jurídicos, em última instância, a avaliação moral individual” (Finnis, 2013d, p. 170). Conforme bem explica Finnis, as regras jurídicas, em sua imensa maioria, não constituem meras repromulgações de normas morais, mas são produtos de decisões sociais criativas, cuja autenticidade não é uma questão de verdade moral imediata, e sim de considerações de forma, fonte e procedimento, albergadas no conceito de validade jurídica (Finnis, 2013d, p. 171).

Nesse quadro, e acrescentando que Hillary Nye (2022, p. 69) reconhece que “se houvesse uma obrigação geral de obedecer ao direito [como sustenta Finnis, com a qualificação de que essa obrigação é ‘presumida’], então precisaríamos saber o que o direito é, e o eliminativismo fracassaria” (Nye, 2022, p. 69), *não* considero possível extrair do texto da autora *razões epistêmicas suficientes* – o que dirá *conclusivas* – para suportar a crença no *eliminativismo* em relação ao direito, em detrimento da teoria jusnaturalista de Finnis.

4.2.4 Refutação do Eliminativismo de Hershovitz

Em *The End of Jurisprudence*, Scott Hershovitz propugnou pelo eliminativismo ao negar a existência de uma entidade que as tradicionais concepções teóricas do direito pressupõem, qual seja: um domínio próprio e distintivo de normatividade jurídica. Conforme exibido na subseção 3.2.2, ele propôs “[...] abandonar o pensamento [...] de que, em acréscimo aos seus resultados morais e prudenciais, as práticas jurídicas possuem resultados distintamente jurídicos” (Hershovitz, 2015, p. 1173, tradução nossa). Para Hershovitz,

continuamos a perquirir o que o direito exige de nós, mas com a diferença de que estaremos engajados em uma investigação *moral*, ou talvez prudencial, e *não* distintamente *jurídica*. Falando de outro modo, perguntamos sobre as razões morais ou prudenciais para a ação que as práticas jurídicas nos fornecem.

Contrapondo essa visão eliminativista com a teoria do direito de Finnis, mobiliza-se aqui, contra a primeira, o mesmo argumento já exposto no item anterior (subseção 4.2.3) sobre a limitada capacidade explicativa do eliminativismo para as práticas sociais que envolvem a positivação de *regras*, como o direito, os jogos, a moda e a etiqueta. Todas e cada uma delas, individualmente identificáveis, expressamente se utilizam de linguagem prescritiva/diretiva. Assim, negar ou de qualquer modo obscurecer a *normatividade formal* do fenômeno jurídico, igualando-o, nesse aspecto, a qualquer fato não normativo desencadeador de razões morais (chuva, contágio de doença etc.) é um equívoco, que conta em desfavor da descrição teórica eliminativista. Cuida-se, como dito, de uma explicação reducionista, que menospreza a presença do direito no domínio técnico-cultural da realidade (quarta ordem), como objeto/artefato criado por decisão humana com a finalidade de promover coordenação social.

Por conseguinte, em uma comparação de perspectivas teóricas sobre o direito, o eliminativismo de Hershotitz, profundamente contraintuitivo, já sai perdendo para o jusnaturalismo de Finnis (que reconhece, além das obrigações jurídicas em sentido moral, também as obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico, ou seja, um domínio de normatividade jurídica que, enquanto tal, não é moral). O poder persuasivo do eliminativismo de Hershotitz depende, pois, de *razões epistêmicas* – repita-se: epistêmicas, e *não práticas* (*vide* subseção 4.2.2, *supra*) – bastante fortes para reversão do quadro. Coloca-se então a pergunta: ele as oferece?

De pronto, há uma sinalização que afiança certo pessimismo: um indicativo de que seu eliminativismo está fundado em razões eminentemente práticas já nos é dado pelo próprio autor, quando ele assevera: “Eu não posso provar que não existem direitos, obrigações, privilégios e poderes distintivamente jurídicos. Tudo que posso fazer é convidá-lo a experimentar essa visão e apreciar suas virtudes” (Hershovitz, 2015, p. 1193, tradução nossa). Examinemos, contudo, mais de perto.

Como visto no ponto 3.2.2, Hershovitz (2015, p. 1193-1195) arrolou três ‘virtudes’ da visão por si advogada, de que não existe uma normatividade distintamente jurídica.

A primeira delas seria a de que o direito é apresentado como contínuo às demais práticas normativas – tais como jogos, estabelecer regras e fazer promessas –, de modo que os

opositores teriam o ônus de demonstrar por que o direito seria diferente, uma tarefa ‘difícil’ (Hershovitz, 2015, p. 1193). Analogicamente, outras práticas se assemelham com o direito “[...] no que visam a formar normas que regem nossas vidas”, sendo que “[...] nós não consideramos que a grande maioria dessas práticas deem origem aos seus próprios e distintos domínios de normatividade, ou mesmo quase-normatividade” (Hershovitz, 2015, p. 1174, tradução nossa).

Reputo esse argumento, calcado em premissas falsas, extremamente frágil. De partida, além de suscitarem algumas controvérsias, os três exemplos de práticas normativas dados no texto – fixar regras de uso de uma casa alugada, fazer promessas e participar de jogos – ostentam, entre si, discrepâncias muito relevantes sob o aspecto da normatividade, desautorizando seu agrupamento para fins da argumentação analógica.

De fato, no primeiro exemplo, embora o autor buscasse “[...] algo que não esteja conectado ao direito, ou ao menos não muito diretamente” (Hershovitz, 2015, p. 1174, tradução nossa), as hipotéticas *regras estabelecidas na casa alugada* podem bem ser interpretadas como *normas jurídicas* (válidas ou inválidas), derivadas mediatamente da lei e, imediatamente, de um negócio jurídico bilateral (contrato de locação, que inclui cláusula tácita ou expressa que obriga o locatário a cumprir os regulamentos de bom uso do imóvel fixados pelo locador). Nessa hipótese, o exemplo não se presta para os fins propostos, afinal, o ‘direito’ estaria sendo comparado ao próprio ‘direito’, sendo que a visão dominante, contra a qual insurge-se o eliminativismo de Hershovitz, prega a existência de um domínio distintivo de normatividade jurídica. Contra a tese eliminativista, as imaginadas regras da casa – ‘não fume’, ‘retire o lixo ao sair’ etc. – implicariam, assim, obrigações *jurídicas* (não necessariamente morais). Igualmente inadequada foi a invocação das *promessas* como paradigma para comparação com o direito (e com os jogos) na articulação do argumento. Isto porque a *promessa* é apenas *um único e isolado fato* (declaração unilateral de vontade), que *não envolve positividade de regras* (normatividade formal). No raciocínio prático, a promessa ocupa o lugar de segunda premissa (fática): conjugada com uma primeira premissa normativa (princípio *moral* geral de que devemos cumprir nossas promessas), resulta na conclusão da existência de uma obrigação *moral* de cumprir a promessa feita. Portanto, considerando que *fazer uma promessa não cria critérios de correção* (como fazem o direito e os jogos), ou seja, *não produz normatividade formal*, não era mesmo de se cogitar, obviamente, de um suposto “[...] domínio distintivo de normatividade ou mesmo quase-normatividade, separado e à parte das consequências morais e prudenciais, que a promessa pudesse desencadear” (Hershovitz, 2015, p. 1180, tradução nossa). Em síntese, as promessas, porque não envolvem positividade

de regras (normatividade formal), não guardam com o direito a semelhança necessária para a articulação do argumento analógico. Quanto aos *jogos*, a extensa – mas nem tão inteligível – argumentação de Hershovitz não nega que, independentemente de termos ou não razões morais para seguirmos as regras oficiais do jogo de xadrez, expedidas pela Federação Internacional de Xadrez (FIDE), tais *regras* (definindo padrões e critérios de correção/incorreção) existem. Isso milita em favor da existência de sua *normatividade formal* e, por consequência, contra o viés eliminativista que rejeita a pluralidade de domínios normativos.

Note-se, pela exposição acima, que, ao contrário do que foi sugerido por Hershovitz, não há nenhuma ‘continuidade’ entre o direito e as duas primeiras práticas normativas arroladas em seu argumento analógico: as *regras da casa alugada* podem ser concebidas como regras jurídicas (domínio próprio de normatividade jurídica) e as *promessas* não envolvem positividade de regras (são apenas declarações unilaterais de vontade, que ocupam o lugar de premissa fática no raciocínio moral). Distintamente, a ‘continuidade’ entre o direito e os *jogos* opera contra – e não a favor – do eliminativismo, já que ambos se apresentam com uma linguagem prescritiva/diretiva, proclamando *regras* próprias.

Ainda que assim não fosse e todas as demais práticas sociais baseadas em regras (como os *jogos*, a *moda* e a *etiqueta*) carecessem de normatividade formal, de todo modo o direito se reveste de uma notória e significativa característica peculiar, já referida outrora (subseção 4.2.1), apta, por si só, a lhe justificar um tratamento singular nessa matéria: os sistemas jurídicos são abrangentes, ou seja, “[...] reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento” (Raz, 1999, p. 150, tradução nossa). Não por acaso, uma das características formais que Finnis atribui ao direito (subseção 2.3.3) está ligada ao postulado da inexistência de lacunas na ordem jurídica: presume-se que toda questão prática presente já foi considerada em atos jurídicos passados (Finnis, 2011, p. 269). Nesse sentido, o ônus de apartar o direito dessas outras práticas normativas não parece tão pesado quanto indicado por Hershovitz. Aliás, ele próprio reconheceu que “As práticas jurídicas [...] pretendem sujeitar as pessoas a um amplo conjunto de normas que mantêm relações sistemáticas entre si. [...] elas pretendem sujeitar as pessoas a sistemas de normas e, de fato, sistemas que regulam nossas vidas de forma bastante abrangente.” (Hershovitz, 2015, p. 1181, tradução nossa).

A segunda pretensa ‘virtude’ do eliminativismo de Hershovitz adviria do fato de a imagem proposta ser ‘ontologicamente econômica’, na medida em que ela “[...] nega a existência de uma entidade – um distintivo domínio jurídico de normatividade, ou quase-

normatividade, que os retratos mais tradicionais pressupõem” (Hershovitz, 2015, p. 1193, tradução nossa). Segundo o autor,

[...] a imagem é econômica de uma forma bem-vinda. Se negarmos que as práticas jurídicas dão origem a um domínio distintivamente jurídico de normatividade, ou quase-normatividade, nós nos livramos do encargo de explicar exatamente o que esse domínio é e como seu conteúdo é constituído. Em outras palavras, nós nos livramos do encargo de defender uma posição dentro do debate Hart-Dworkin. (Hershovitz, 2015, p. 1193-1194, tradução nossa).

A toda evidência, tal argumento – longe de ser confundido com a ‘Navalha de Ockham’²⁸ – não veicula nenhuma *razão epistêmica*, relacionada à verdade, mas tão somente uma (pretensa) *razão prática*. Negar a existência de um domínio próprio de normatividade jurídica seria, na visão do autor, algo *bom* ou *desejável*, afinal, isso nos dispensaria de um *encargo*, qual seja: defender uma posição no debate Hart-Dworkin, explicando o que é esse domínio e como se constitui seu conteúdo. Reporto-me, no ponto, ao que já foi esclarecido na subseção 4.2.2, reiterando apenas, na esteira das lições de Raz (2013, p. 40, tradução nossa), que “[...] ter uma crença por adequadas razões relacionadas a verdade é racional, e tê-la por razões não relacionadas a verdade [...], mesmo que útil e desejável, é irracional.”

Não surpreende, pois, que o próprio Hershovitz (2015, p. 1194, tradução nossa) tenha se apressado em reconhecer: “Claro, isso não é uma razão suficiente para negar que o direito gera direitos, obrigações, privilégios e poderes distintivamente jurídicos. Mas é uma consequência bem-vinda de assim concluir com base em outros fundamentos”.

A terceira e última ‘virtude’ da visão eliminativista, segundo Hershovitz (2015, p. 1194-1195) a mais importante, é que ela permite tomar o que cada teoria do direito tem de mais vantajoso: do positivismo, seu realismo e falta de romantismo, no que reconhece como direito qualquer lei ou sistema jurídico, independentemente de seu mérito moral; do antipositivismo, sua explicação sobre o papel da moralidade na prática social (as pessoas discordam sobre o que o direito exige porque discordam do significado moral de nossas práticas jurídicas). A diferença do eliminativismo para o positivismo está em afirmar que “a questão sobre quais direitos, obrigações, privilégios e poderes são gerados por nossas práticas jurídicas é uma questão moral”, sem gerar “direitos, obrigações, privilégios e poderes distintivamente jurídicos”. Já a distinção do eliminativismo em relação ao antipositivismo está em negar a existência desse domínio próprio de normatividade jurídica, que Dworkin

28 Explica Sterling (2013, p. 79): “‘A Navalha de Ockham’ é uma máxima frequentemente citada como argumento e atribuída a William de Ockham. É tipicamente expressa como ‘entidades não são multiplicadas sem necessidade’. Às vezes, é entendida da seguinte maneira: quando há escolha entre duas teorias, deve-se escolher a que emprega menos entidades (ou menos tipos diferentes de entidades).”

defendeu ser em parte determinado pela moral. Reportando-se novamente à metáfora de Wittgenstein, Hershovitz conclui:

O caminho para a mosca sair da garrafa deve ser atraente tanto para positivistas quanto para antipositivistas. Ele honra os compromissos centrais de ambos, mas evitando os problemas que atormentam os esforços para defender um sobre o outro. Talvez não tenhamos que sair da garrafa. Mas é cada vez mais difícil entender por que deveríamos ficar. (Hershovitz, 2015, p. 1195, tradução nossa).

Decerto que o argumento possui forte apelo pragmático: o eliminativismo se oferece como uma dádiva àqueles que não querem se posicionar ou se desgastar com o debate entre positivistas e não positivistas. Para além disso, ele apresenta o eliminativismo como uma boa descrição teórica, por conseguir extrair e reunir em si as principais qualidades de duas robustas e bem fundamentadas (mas inconciliáveis) correntes da teoria do direito. Resta saber, entretanto, se o preço pago para tanto – negar a existência de um domínio distintivo de normatividade jurídica – não compromete sua capacidade persuasiva.

E esse preço, como tenho tentado enfatizar ao longo de todo o quarto capítulo, é extremamente alto, haja vista os seguintes fatores combinados, de improvável refutação: (i) a prática jurídica envolve posituação de regras, ou seja, usa explicitamente linguagem prescritiva/diretiva; (ii) o sistema jurídico é abrangente, reivindicando autoridade para regular qualquer tipo de comportamento, e adota o postulado da inexistência de lacunas em seu âmbito; (iii) mas, por outro lado, o direito não exaure a racionalidade prática, de modo que a obrigação jurídica em sentido moral (que é aceita pelo eliminativismo) convive e pode conflitar com razões morais derivadas de outras fontes (não jurídicas).

Ora, tal realidade se encaixa com perfeição na descrição teórica finnisiana, exaustivamente apresentada nesta dissertação. Por mais de uma vez (subseções 2.3.4 e 4.2.1) já foi dito que, para Finnis, o direito busca se isolar do restante do raciocínio prático (geral, irrestrito, ‘extra-jurídico’) com a premissa dogmática da necessidade de que todos os sujeitos sejam cumpridores das leis, apresentando seus princípios e regras como obrigatórios apenas no sentido intrassistêmico (obrigação jurídica invariável, conclusiva, não derrotável, peremptória). Isso se aplica às diferentes espécies de raciocínio prático: do bom cidadão (que explica a necessidade de submissão ao direito em termos de bem comum), do cidadão servo acrítico do sistema (para sustentação do regime), do juiz carreirista (para enriquecimento e promoção na carreira) ou do cidadão criminalmente oportunista (para evitar punições). Mas essa obrigação jurídica em sentido *jurídico*, embora *prática* – capaz, por si só, de orientar a conduta –, não é, *enquanto tal*, a obrigação jurídica no sentido *moral* (variável e derrotável),

que somente emergirá conforme a leitura do sujeito (Finnis, 2015, p. 555-556; Finnis, 2011, p. 316-319). Daí a afirmação de que há “[...] uma espécie ímpar de obrigação moral que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis ‘positivas’. Ela pode ser chamada de *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral*.” Essa obrigação jurídico-moral (ou obrigação jurídica no sentido moral) “[...] deve ser diferenciada, embora normalmente a acompanhe, da *obrigação jurídica intrassistêmica* que as regras jurídicas particulares declaram criar” (Finnis, 2002, p. 33, tradução nossa).

Repita-se, também, que apesar de haver uma tendência de sobreposição (entre obrigação jurídica intrassistêmica e obrigação jurídico-moral), cuida-se aí de uma *relação* – o que necessariamente pressupõe *dois entes distintos*, que se contrastam em alguns aspectos. Não se pode obscurecer, assim, que a teoria de Finnis reconhece os dois distintos domínios de normatividade, ambos associados, de maneiras diferentes, ao direito. Ele considera um erro acreditar que “[...] a moral e a prudência egoísta exauzem o domínio das razões e que não pode haver normatividade (e, portanto, obrigação) que seja *jurídica* (e enquanto tal não moral)” (Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13, tradução nossa), tendo argumentado em NLNR precisamente pela existência dessa normatividade jurídica (não moral), “[...] embora sua independência do fluxo geral do raciocínio prático seja incompleta e provisória. E claro [...], uma moral consistente sustenta que leis geradoras de obrigações, não flagrantemente injustas, presumem-se, derrotavelmente, criadoras de obrigação moral [...]” (Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13, tradução nossa).

Isso me permitiu concluir, à luz da distinção doutrinária entre *normatividade formal* e *normatividade robusta* (subseções 3.2.4 e 4.2.1), que a teoria jusnaturalista de Finnis atribui ao direito essas duas espécies de normatividade, a depender da perspectiva considerada. Dentro dos limites do raciocínio estritamente jurídico, onde a obrigação jurídica é tomada no sentido intrassistêmico, o direito ostenta apenas a denominada *normatividade formal*; quando o agente extravasa tais fronteiras e opera o raciocínio prático integral, em seu fluxo completo, o direito sistematicamente toma parte na *normatividade puro-sangue* da moral, fornecendo ao sujeito razões genuínas (fortemente excludentes) para agir conforme por si determinado, razões as quais, entretanto, podem sucumbir diante de outras razões morais concorrentes.

O ponto fulcral para Hershovitz, em suas palavras, é que “[...] nossas práticas sociais não dão origem a novos tipos de normatividade; ao contrário, elas fundamentam novos juízos normativos do velho tipo familiar [...] mesmo quando a prática social em questão envolva estabelecer regras” (Hershovitz, 2015, p. 1197, tradução nossa). Traduzindo para o

vocabulário finnisiano, o eliminativismo de Hershovitz estaria então reconhecendo a *obrigação jurídico-moral* e negando a existência da *obrigação jurídica intrassistêmica*.

Mas a posição de Hershovitz se mostra no mínimo confusa – para não dizer contraditória – quando o próprio autor contrasta explicitamente, de um lado, as *obrigações justificadas pelas nossas práticas*, dignas de nossa preocupação, com, de outro lado, as *obrigações estabelecidas dentro das práticas*, em relação às quais nosso interesse é, no máximo, derivativo (Hershovitz, 2015, p. 1197). Essa *dupla normatividade* aparece, por exemplo, na afirmação de que “[...] promulgar uma lei pode ou não gerar uma obrigação para agir conforme ela demanda” (Hershovitz, 2015, p. 1197, tradução nossa). Nitidamente, a assertiva está diferenciando uma obrigação enunciada pela ‘lei’ (normatividade formal) de uma autêntica obrigação moral (normatividade robusta).

Ora, se Hershovitz (i) consegue identificar as ‘práticas jurídicas’, distinguindo-as das demais práticas sociais, (ii) reconhece que as ‘práticas jurídicas’ ‘envolvem estabelecer regras’, as quais demandam ‘obrigações’ e (iii) sustenta que essas ‘obrigações estabelecidas dentro da prática’ não se confundem com as ‘obrigações justificadas pela prática’ (consequências morais), concluo que ele não poderia negar, como faz, a existência de um domínio normativo próprio dessas ‘práticas jurídicas’, diverso da moral.

Impactado pela visão dworkiniana expressa no artigo ‘Modelo de Regras II’, Hershovitz entende que a coincidência dos *conteúdos* das *obrigações justificadas pela prática* (morais) e das *obrigações estabelecidas dentro da prática* é meramente contingencial: uma obrigação pode ficar aquém ou ir além da outra (Hershovitz, 2015, p. 1197; Dworkin, 2010a, p. 92). Mas independentemente disso, haja ou não identidade de conteúdo, de modo necessário ou contingente, certo é que a *duplicidade de domínios normativos* fica bem caracterizada e a tese eliminativista, por consequência, fulminada.

4.2.5 Colocando em Xeque o Eliminativismo de Kornhauser

O último texto eliminativista pendente de réplica é *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser, cujos argumentos foram apresentados na subseção 3.2.3. Foi visto ali que o autor considera desnecessário o *conceito doutrinário de direito*, sugerindo descartá-lo. Para tanto, propôs *substituir* o retrato ortodoxo do *raciocínio prático* de *duas etapas* para o de uma *única etapa*. Pela visão tradicional, os agentes públicos e cidadãos comuns primeiramente identificam o que o direito exige e, somente depois, examinam se há outras razões para a ação que imponham uma decisão diferente; no modelo sugerido, de fase única,

os agentes avaliam globalmente todas as razões para a ação, sem proceder à prévia determinação do que o direito exige.

Uma primeira e importante observação que logo se impõe diz respeito à força e alcance do argumento apresentado no artigo. A propósito, Kornhauser, após distinguir três versões para o eliminativismo, aduziu que seu argumento “[...] apoia todas as três afirmações, mas obviamente tem mais força a favor da afirmação fraca. Seria necessário mais trabalho para estabelecer as versões semiforte e forte” (Kornhauser, 2015, p. 15, tradução nossa). Segundo ele, “[...] uma reflexão sobre a diferença entre o protoeliminativismo de Dworkin e a posição aqui oferecida pode sugerir como alguém pode desenvolver um argumento para uma versão semiforte do eliminativismo” (Kornhauser, 2015, p. 29, tradução nossa).

Ora, conforme já exposto, a versão mais fraca do eliminativismo, que o próprio Kornhauser admite ser a única suficientemente suportada por seu argumento, “[...] afirma simplesmente que o conceito doutrinário de direito *pode* ser substituído por um conjunto de teorias que não fazem referência a ele” ou, em outros termos, “[...] que *podemos* prescindir do conceito doutrinário de direito, no sentido de que podemos discutir tudo o que precisamos sem referência ao conceito doutrinário” (Kornhauser, 2015, p. 4 e 14-15, tradução nossa). Ela *não* reivindica que *devemos* ou que *é melhor* prescindirmos do conceito (versão semiforte do eliminativismo), muito menos que o direito (no sentido doutrinário) *não existe*, ou seja, que não existem proposições jurídicas e, portanto, condições de sua veracidade (versão forte).

Entendo que a declarada ambição do artigo de Kornhauser se apresenta tão reduzida que é difícil lhe atribuir inteligibilidade. Dizer que nós ‘podemos’ abolir ou deixar de usar o ‘conceito doutrinário de direito’, substituindo-o por outro(s) – independentemente se é assim ou não que devemos agir, se isso será bom ou não, e se o ente a que se refere o conceito existe ou não – é articular uma proposição fática de grande trivialidade. Exorto o leitor a aplicar essa mesma fórmula a qualquer conceito (e não apenas ao ‘conceito doutrinário de direito’, como fez Kornhauser para tachá-lo de ‘desnecessário’), a fim de confirmar que *todo e qualquer conceito* – ‘sol’, ‘filosofia’, ‘cadeira’, ‘moral’ ou ‘Papai Noel’ – *‘pode’ ser prescindido nas condições estipuladas pelo autor*. Interpretada literalmente, a anunciada pretensão do eliminativismo fraco de Lewis Kornhauser, de tão modesta, parece sequer comportar comparação com algo da magnitude da teoria da lei natural – que, nos dizeres de Finnis (2002, p. 2, tradução nossa), “[...] reivindica ser a teoria do direito (ou filosofia do direito) adequada ou consistente e a teoria ética e política consistente”.

Por isso, encerrar imediatamente este tópico seria uma opção plausível. Nada obstante, irei prosseguir com a análise do argumento central aduzido por Kornhauser no ensaio,

pressupondo que o restante do ‘trabalho necessário para estabelecer as versões semiforte e forte’ do eliminativismo (Kornhauser, 2015, p. 15) tenha sido ou venha a ser produzido por alguém.

Recordemos que, segundo Kornhauser, nós podemos dispensar ou prescindir do conceito doutrinário de direito – aquele que expressa as condições de veracidade das proposições jurídicas, ou seja, aquele que “usamos para afirmar o que o direito de alguma jurisdição requer, proíbe ou permite” (Dworkin, 2010b, p. 315) – *substituindo* o modelo tradicional *bifásico* do processo de tomada de decisão (em que primeiro se define o que o direito exige para depois consultar outras razões concorrentes, que eventualmente possam suplantá-lo) para um procedimento de *etapa única*, em que todas as razões são sopesadas de uma vez:

Como podemos prescindir de um conceito de direito? A resposta é direta. No modelo padrão, todo decisor se envolve em um processo de duas etapas: primeiro define o que o direito exige; depois, consulta outras razões para a ação que possam pesar contra fazer o que o direito exige. Na verdade, porém, cada decisor só precisa adotar um procedimento decisório em etapa única: pesar todas as razões existentes nessa etapa. Nesse procedimento de etapa única, o agente consulta os materiais jurídicos através dos quais todos os agentes coordenam suas atividades; esses materiais jurídicos, contudo, não são normas jurídicas no sentido convencional. (Kornhauser, 2015, p. 15, tradução nossa).

Interpretada na linguagem de Finnis (2011, p. 316-319 e 354; 2015, p. 555-556; 2002, p. 33), o que a tese em apreço faz é *rejeitar* a ideia de um *pensamento estrita ou puramente jurídico* (aquele que, isolado do restante do raciocínio prático, resulta na identificação da chamada *obrigação jurídica no sentido intrassistêmico* – conclusiva, peremptória, não derrotável, com força invariável).

Mais que isso, ao afirmar que o juiz (assim como os demais agentes públicos, advogados e cidadãos) “[...] precisa apenas consultar todas as suas razões para uma decisão; não precisa classificá-las como ‘jurídicas’ ou ‘não jurídicas’” (Kornhauser, 2015, p. 16-18, tradução nossa), Kornhauser vai além e acaba por *também negar a obrigação jurídica no sentido moral* (ou *obrigação jurídico-moral* – presumida, *prima facie*, derrotável, com força variável), recusando qualquer distinção, no âmbito do *raciocínio prático integral*, entre as razões morais resultantes das práticas ou materiais jurídicos e as razões morais derivadas de outras fontes.

Em suma, a aparente visão de Kornhauser sobre o direito e seus efeitos no raciocínio prático, declaradamente reduzidos ao nada ou a algo próximo a isso, destoa radicalmente da teoria do direito jusnaturalista finnisiana. Na linha do que já foi repetido neste trabalho, Finnis

defende que pode haver “[...] normatividade (e portanto obrigação) que seja jurídica (e enquanto tal não moral) [...] embora sua independência do fluxo geral do raciocínio prático seja incompleta e provisória” (Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13, tradução nossa), que “[...] a obrigação jurídica implica, presumivelmente, uma obrigação moral” e que “[...] o direito fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção” (Finnis, 2011, p. 357 e 319, tradução nossa).

Sem maiores delongas, registro que o modelo proposto por Kornhauser padece, a meu sentir, de uma grave inconsistência interna, camuflada por um artifício. Explico.

Segundo Kornhauser, para que o juiz possa decidir os casos (o que dispensa a tarefa de ‘identificar o direito’, de modo que a teoria da decisão judicial é independente e não se apoia em nenhuma teoria do direito), ele se vale dos chamados ‘materiais jurídicos’ – textos das leis, regulamentos e precedentes judiciais – identificados na ‘prática jurídica’:

[...] A ‘prática jurídica’ o direciona não para o ‘direito’, mas para os ‘materiais jurídicos’, textos que rotulamos de leis, regulamentos e precedentes judiciais. Ele decide à luz do conteúdo desses textos, das estruturas das instituições que os produzem e da relação entre essas instituições. [...] (Kornhauser, 2015, p. 16, tradução nossa).

Ora, isso mais parece um simples jogo de palavras: um subterfúgio eliminativista consistente na troca da expressão ‘direito’ por ‘materiais jurídicos’.

Se, para decidir os casos, o juiz recorre à prática *jurídica* e aos materiais *jurídicos*, então está se reconhecendo que eles formam alguma unidade identificável (um todo ou um sistema); está se adotando e se aplicando algum critério para reuni-los na categoria específica de *jurídico* e diferenciá-los de todas as demais ‘práticas’ e ‘materiais’ (*não jurídicos*). E se o mesmo magistrado decide ‘à luz do conteúdo desses textos’ e tais textos (leis, regulamentos e precedentes judiciais) se lhe apresentam no formato de *regras* ou *padrões*, com uso de linguagem prescritiva/diretiva (exigindo, proibindo ou permitindo), não consigo enxergar como o juiz, nesse modelo proposto, não esteja identificando (tácita ou expressamente), em algum momento de seu raciocínio prático, ‘o que o direito exige’ – ou, na linguagem artificial preferida pelo autor, ‘o que os materiais jurídicos exigem’.

O mesmo raciocínio se aplica, na linha argumentativa de Kornhauser, aos demais agentes públicos – como policiais e promotores de justiça, os quais “[...] consultam os ‘materiais jurídicos’ e então agem com base em decisões que consideram as razões fornecidas por esses textos e a posição institucional do decisor” (Kornhauser, 2015, p. 16-17, tradução

nossa). Idem para os particulares, também “[...] coordenados pelos ‘materiais jurídicos’” (Kornhauser, 2015, p. 18, tradução nossa).

Não por mero acaso, Kornhauser (2015, p. 20 e 21, tradução nossa) assevera que “[...] os materiais jurídicos servem para coordenar e focar as respostas exatamente como ‘o direito’ faz” e que “a força expressiva da promulgação permanece”.

A ambígua alegação de que tais ‘materiais jurídicos’ “[...] funcionam não como uma ordem normativa que expressa um conjunto de proibição e exigências, mas como diretrizes para a coordenação das ações de todos” (Kornhauser, 2015, p. 18, tradução nossa) em nada socorre a tese do autor. Ao contrário, ela só ilustra aquele problema do eliminativismo já apontado anteriormente (subseções 4.2.3 e 4.2.4), qual seja, o de *ofuscar a normatividade formal* da prática jurídica, equiparando o direito a práticas sociais que não envolvem positivação de regras ou a quaisquer outros fatos não normativos desencadeadores de razões morais (como chuva, contágio de doença etc.). Menospreza-se a presença do direito na ordem técnico-cultural da realidade (quarto domínio), seu aspecto de artefato humano construído com finalidade instrumental, reduzindo-o à ética.

Recordemos mais uma vez que a teoria de Finnis não está acometida desta deficiência, fornecendo subsídios para uma explicação alternativa muito mais completa e convincente sobre o direito e seu lugar no raciocínio prático. Tem-se, sob uma perspectiva, a *obrigação jurídica intrassistêmica* (com força invariável), que as *regras jurídicas declaram criar*. Ela é produto da denominada *normatividade formal* do direito (conforme critérios de correção/validade interna do sistema jurídico). Vistas por outro ângulo, essas mesmas regras jurídicas são simultaneamente concebidas, no raciocínio prático integral (extrajurídico) do agente, como *fatos (premissas fáticas)* – escolhas do legislador (*determinatio*) – e ali conjugadas com *premissas normativas* que apontam a necessidade do direito para se assegurar e realizar o bem comum, uma exigência de razoabilidade prática (vale dizer, conjugadas com *princípios* como ‘o bem comum deve ser promovido’, ‘a determinação autoritativa para problemas de coordenação é para o bem comum’ e ‘a regulação jurídica é presumidamente um bom método de determinação autoritativa’ – Finnis, 2011, p. 335). A inferência resultante do silogismo é que se deve (moralmente) cumprir a regra jurídica. É esse, “[...] à vista do bem comum, [...] o significado, para a razoabilidade prática, [d]o fato de um legislador autoritativo ter decidido e estipulado que \emptyset é ‘juridicamente obrigatório’” (Finnis, 2011, p. 335, tradução nossa):

Fatos sociais fazem de uma regra jurídica positiva uma razão para a ação porque a desejabilidade da autoridade como meio para assegurar o bem comum, e a

desejabilidade do ‘governo das leis, e não dos homens’, são razões sólidas e poderosas para reconhecer tais fatos como um exemplo de legislação válida que fornece razões presumivelmente suficientes para cumprimento. Uma lei puramente positiva que é juridicamente válida é (presumivelmente e derrotavelmente) válida e vinculante moralmente – tem a forma ou sentido moral de obrigatoriedade jurídica – quando e porque toma seu lugar em um esquema de raciocínio prático, cujo ponto de partida próximo é a necessidade moral de justiça e paz, e cujo ponto de partida mais fundamental é a gama de formas básicas pelas quais o bem-estar humano pode ser promovido e protegido, a forma escolhida nos primeiros princípios de razão prática. (Finnis, 2020b, item 1.5, tradução nossa).

Relembrando: para Finnis (2011, p. 319, tradução nossa), “[...] o *direito* fornece ao cidadão, bem como ao juiz, razões morais fortemente excludentes para a ação ou abstenção”. Logo, consoante já argumentado na subseção 4.2.3, o agente – seja o juiz, seja outro agente público, seja o cidadão comum – que não identifica o *direito* (obrigação jurídica intrassistêmica) fica impossibilitado de acessar o conteúdo da (presumida) obrigação jurídica em sentido moral, isto é, fica desprovido de um relevante elemento para decidir, consideradas todas as coisas, o que deve fazer. Em outras palavras, para que o sujeito consiga “[...] avaliar globalmente todas as razões para a ação”, como propõe Kornhauser (2015, p. 1, tradução nossa), é necessário que ele conheça e diferencie o conteúdo e a origem de todas essas razões, entre elas a razão resultante dos ‘materiais jurídicos’, ou seja, o direito.

5 CONCLUSÃO

Os resultados alcançados pela pesquisa, consignados ao longo dos capítulos, seções e subseções desta dissertação, corroboraram a hipótese inicial, demonstrando que **a teoria da lei natural de John Finnis goza de higidez e extrema consistência na explicação do direito e sua normatividade, em grau suficiente para prevalecer sobre as recentes ondas de ameaças céticas e eliminativistas**, que ora atribuem ao direito apenas uma normatividade meramente formal ou branda (recusando-lhe qualquer normatividade robusta, forte ou puro-sangue, típica da moral), ora negam a própria existência de um distintivo domínio normativo jurídico, propondo o abandono do conceito doutrinário de direito.

Essa é a conclusão geral a que chego ao final do presente trabalho. O valor da obra, entretanto, não se confunde e nem se resume a tal produto específico. Muito pelo contrário, o que me parece mais relevante não é essa proposição conclusiva – aberta, naturalmente, ao escrutínio da comunidade científica –, mas sim os frutos produzidos durante a extensa caminhada, que agora estão facilmente acessíveis, a qualquer interessado, nos registros escritos de cada uma das muitas páginas deste relatório.

Nesse sentido, o atingimento dos objetivos traçados – explicitar o que é o direito e qual a sua capacidade de fornecer razões para a ação segundo a teoria neoclássica da lei natural subscrita por John Finnis e refutar a tendência doutrinária cética e eliminativista sobre o direito e sua normatividade – demandou intenso e canalizado esforço, que envolveu atividades de busca, leitura, tradução, seleção, análise, resumo, comparação, interpretação, organização, descrição, avaliação, argumentação, redação e revisão.

Conforme anunciado no capítulo de introdução, promoveu-se uma análise sistemática não somente do livro *Natural Law and Natural Rights* (NLNR) – obra de referência que concentra o núcleo do pensamento jusnaturalista de Finnis –, mas também de vários outros escritos produzidos pelo autor em sua vasta carreira acadêmica, incluindo *Aquinas* e dezenas de artigos reunidos em coletâneas (*Collected Essays*). A tarefa exigiu um trabalho meticuloso de identificação e articulação das principais proposições das teorias ética, política e jurídica que compõem a doutrina da lei natural de Finnis, muitas vezes esparsas em textos complexos, longos, invariavelmente em idioma estrangeiro e produzidos em linguagem nem sempre acessível ou de pronta assimilação pelos menos familiarizados com a tradição. Em meio a isso, a exposição foi sendo gradativamente enriquecida, conforme o assunto tratado, com subsídios teóricos ofertados por outros pensadores (com destaque para Joseph Raz e Jonathan Crowe, além da invocação pontual de nomes como H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Ronald

Dworkin, John Austin, Lon Fuller, Robert George, Gerald Postema, Mark Murphy, Heidi Hurd, Scott Shapiro, Brian Bix, Thomas Bustamante, Thiago Decat, Stephen Finlay, David Plunkett, Mari Tinturé, George Letsas, entre outros). Desse modo, buscou-se apresentar a teoria finnisiana sobre o direito e sua normatividade, assim como as bases éticas e políticas que lhe dão suporte, com rigor, fidelidade e detalhamento, sem prejuízo de uma contribuição pessoal com trabalhos de exegese. A singularidade do feito, a maximizar o seu valor, está ainda mais visível em sua segunda parte, onde foram reunidos, expostos e, ao final, cotejados e replicados à luz da teoria da lei natural de Finnis, quatro artigos que, criteriosamente selecionados como representativos de uma linha de pensamento contemporânea, propõem o abandono do conceito doutrinário de direito e negam ou subestimam a normatividade jurídica: *Does Law 'Exist'? Eliminativism in Legal Philosophy*, de Hillary Nye, *The End of Jurisprudence*, de Scott Hershovitz, *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser, e *Is General Jurisprudence Interesting?*, de David Enoch.

Enfim, reformulando tudo em poucas palavras, reputo que **a principal contribuição do presente trabalho não se concentra na afirmação conclusiva enunciada no primeiro parágrafo deste capítulo; antes, encontra-se disseminada nas múltiplas subseções que formam o corpo da dissertação. Nesse aspecto, a leitura de cada um e de todos os tópicos é insubstituível**, não se afigurando recomendável tentar reduzir seus densos conteúdos a um último e único capítulo de desfecho.

Com essa ressalva, aponto, nada obstante, que **algumas ideias fundamentais podem ser aqui brevemente recobradas**. Para tanto, parto de uma proposta feita por David Dyzenhaus em *The Long Arc of Legality*. No livro, ele defende que a chave para se solucionar o enigma da autoridade (ou normatividade) do direito²⁹ – como ele transforma poder (*might*) em direito (*right*) – encontra-se em uma satisfatória resposta, por parte dos agentes públicos, à seguinte pergunta dos sujeitos de direito (cidadãos, destinatários das normas jurídicas), que, segundo o autor, deve estar no centro da investigação jusfilosófica: ‘*Mas, como isso pode ser direito para mim?*’ (Dyzenhaus, 2022, p. 1-2). Pois eu discordo. Para uma adequada e plena compreensão sobre o direito e sua normatividade, isso não basta, afinal, a pergunta sugerida já pressupõe implicitamente, sem fornecer nenhuma razão para tanto, que o indivíduo deve se submeter a uma ordem jurídica. Antes dela, cabe ao sujeito racional indagar-se: ‘*Mas, por que direito para mim?*’.

29 Em certo trecho da obra, Dyzenhaus alega que sua pretensão é modesta: “Eu busco resolver apenas o enigma da autoridade jurídica, não o enigma da autoridade moral.” (Dyzenhaus, 2022, p. 34, tradução nossa).

O que dezenas de páginas da presente dissertação revelaram é que John Finnis, inserido na tradição (neo)clássica da lei natural, segue exatamente essa trilha, sustentando que a primeira pergunta a ser feita na investigação sobre o direito deve mirar as razões para criarmos e mantermos esses tipos de coisas, arranjos, processos e instituições que denominamos sistema jurídico. Por que ter direito? (Finnis, 2013d, p. 24-25). Viu-se que, para Finnis, uma *teoria que almeja generalidade e pretende descrever ações humanas* – atos resultantes de livres escolhas, praticados por pessoas inteligentes que têm propósitos, objetivos, fins e valores – será, necessariamente, *avaliativa no método*. Não há como ser normativamente inerte na adoção de um determinado conceito de direito, em meio a outros tantos disponíveis. E a *melhor* maneira de se *descrever* ‘o que é direito’ (fornecer o conceito teórico de direito em seu *significado focal*) é respondendo à pergunta ‘*por que* (introduzir, ter, apoiar, manter, aplicar e se conformar ao) direito’, na visão de alguém (i) que esteja engajado na prática (ponto de vista interno), (ii) que tome a obrigação jurídica como uma obrigação moral presumível e, para além disso, (iii) que seja uma pessoa praticamente razoável. Esse é o *caso central do ponto de vista jurídico*, a ser tomado como referência pelo teórico que tem o propósito de descrever o direito (Finnis, 2011, p. 3-22 e 426-438; Finnis, 1998, p. 20-55; Finnis, 2013d, p. 23-45). Consubstancia ‘erro filosófico’ pressupor que se pode responder à questão ‘o que é o direito’ – algo constituído por escolhas humanas – antes de se enfrentar a questão ‘*por que* ter, criar, manter e se conformar ao direito’ (Finnis, 2013d, p. 45), erro no qual incidem, por exemplo, os positivistas metodológicos, que procuram a natureza metafísica do direito mediante análise conceitual.

Restou evidenciado, nessa senda, que a inteligibilidade, a consistência e a força persuasiva da teoria do direito jusnaturalista de Finnis dependem não apenas de uma correta apreensão da sua metodologia – que adota o ponto de vista prático/interno do participante e a ideia de significado focal dos conceitos teóricos, permitindo diferenciar casos centrais de casos periféricos –, mas também da conexão dos institutos jurídicos com os conceitos ético-morais e políticos da sua doutrina da lei natural como um todo. Entre tais conceitos, destacam-se os de *bens* ou *valores humanos básicos e primeiros princípios da lei natural, exigências de razoabilidade prática, bem comum, justiça e autoridade* – todos examinados detidamente em tópicos específicos deste trabalho. O próprio Finnis alertou que teoria jurídica não pode ser adequadamente identificada e buscada independentemente de teoria moral e política (Finnis, 2020b, introdução). Segundo ele, os princípios de razoabilidade prática e suas exigências formam uma unidade de investigação. Assim, a divisão da filosofia da razão prática, por uma questão de conveniência pedagógica ou expositiva, nesses três segmentos –

moral, política e jurídica – cria o risco de deturpar a compreensão de todos eles (Finnis, 2011, p. 359). A propósito, mencionou-se que essa visão holística da teoria da lei natural, que enxerga o direito como uma dimensão da racionalidade prática, foi retratada, não por acaso, logo no primeiro parágrafo de *Natural Law and Natural Rights* (NLNR). Conforme exposto, o livro se inicia com uma proposição categórica, que afirma a imprescindibilidade das instituições jurídicas para a realização de valores humanos básicos e satisfação de exigências de razoabilidade prática. Tais bens e preceitos, identificados na obra, é que justificam a existência do direito, servindo como medida para apuração de seus defeitos (Finnis, 2011, p. 3).

Também foi visto que a definição finnisiana de *direito*, no *sentido focal* do termo, traz uma concepção rica e multifacetada, composta por *vários elementos* que se colocam como respostas às exigências de razoabilidade prática. O caso central de direito abrange um conjunto de *regras e instituições* e inclui o propósito de fazer *justiça* e promover o *bem comum* de uma *comunidade completa*, solucionando *problemas de coordenação* através de *autoridade*, com o uso de *coerção* e ostentando certas *características formais*³⁰ distintivas (Finnis, 2011, p. 260-296). Em sua complexidade, o direito participa de todos os quatro domínios ou ordens irredutíveis de padrões da realidade (*ordo*) – *natureza, lógica, moral e técnica* (Finnis, 2020a, p. 38-58; Finnis, 1998, p. 21-22; Finnis, 2013a, p. 216-220 e 242; Finnis, 2013b, p. 36-38; Finnis 2011; p. 135-138 e 457; Finnis, 2013d, p. 166). Consciente dessa circunstância, embora reconhecendo que é no terceiro domínio (moral) que se encontra o caráter do direito que melhor explica as suas características e elementos pertencentes aos demais domínios³¹, a teoria jurídica da doutrina da lei natural busca evitar todos os tipos de reducionismo que maculam outras teorias (realismo jurídico – redução à primeira ordem; teoria kantiana – redução à segunda ordem; interpretativismo – redução à terceira ordem; positivismo jurídico – redução à quarta ordem – Finnis, 2002, p. 4 e 20; Finnis, 2020a, p. 40; Finnis, 2013d, p. 169-171). Fundamentalmente, ela explica por que e como o direito, conquanto dependente da ética para seu valor e normatividade, não se reduz a ela, sendo, ao revés, em grande parte genuinamente criado, vale dizer, completamente positivo (Finnis, 2002, p. 20).

30 *Vide* subseção 2.3.3.

31 No terceiro domínio, o direito é visto como uma resposta a uma necessidade moralmente relevante das comunidades humanas, na medida em que somente ele sistematicamente fornece acesso à justiça. Para instanciação respeitosa dos valores, necessidades ou bens humanos intrínsecos ou básicos, é preciso realizar justiça e promover o bem comum de maneira efetiva na vida da comunidade, o que torna necessárias as instituições jurídicas (Finnis, 2020a, p. 40, 45 e 52).

Deixou-se claro que a tradição teórica da lei natural não nega a positividade do direito e o papel dos fatos sociais na determinação de seu conteúdo, mas concebe a positivação do direito como ato guiado por princípios de razoabilidade prática – e não como ato de mero capricho, convenção ou pura decisão ou vontade. Assim, o interesse fundamental da tradição é compreender a relação das leis particulares das comunidades com os princípios permanentes de razoabilidade prática, estando fora do âmbito de suas preocupações nucleares definir, minimizar ou subestimar o alcance e a suficiência das fontes positivas na resolução dos problemas jurídicos (Finnis, 2011, p. 281 e 290). Como se explicou, a ‘necessária’ relação entre *direito e moral*, tal como concebida por essa corrente do pensamento, traduz-se na inafastável atenção crítica para *o que a moral tem a dizer* sobre o direito (Finnis, 2002, p. 14); ela *não* tem pertinência com tese sobre *validade jurídica*. Em outras palavras, admite-se que uma lei injusta positivada pela autoridade competente de acordo com os critérios fixados pelas fontes sociais aceitas pela comunidade é direito; ela será juridicamente válida (Finnis, 2011, p. 365; Finnis, 2023d, p. 43-44) mas, por conter vício moral (injusta) e contrariar a razoabilidade prática, será *defeituosa enquanto direito* (Finnis, 2011, p. 23-24; Crowe, 2011, p. 305-306). Aí reside a explicação para o aforismo *lex injusta non est lex* (‘lei injusta não é lei’ ou ‘direito injusto não é direito’), um teorema subalterno da teoria da lei natural (Finnis, 2011, p. 351), que reflete dramatização igualmente presente em afirmações do tipo ‘amigo desleal não é amigo’, ‘constituição tirânica não é constituição’, ‘argumento falacioso não é argumento’, ‘remédio letal não é remédio’ e ‘contrato nulo não é contrato’ (Finnis, 2011, p. 364; Finnis, 2013d, p. 7 e 30; Finnis, 2020a, p. 52-53). Lida-se, na espécie, com a relação entre significado periférico (versão corrupta/incompleta/aguada) e significado focal (caso central) de um mesmo conceito, que Tomás de Aquino denominou *analogia* (Finnis, 1998, p. 43-44). Desta maneira, a asserção de que ‘existe uma conexão necessária ou conceitual entre o direito e a moral’ é ambígua, admitindo, na visão jusnaturalista de Finnis, respostas antagônicas. Haja vista que a tradição admite a hipótese de existirem leis positivas imorais, a afirmativa, em um sentido, revela-se falsa. Mas em outro sentido, a proposição é verdadeira, porque as razões que as pessoas têm para instituir, manter, reformar ou restaurar sistemas de direito positivo incluem certas razões morais. Igualmente dúbia é a afirmativa de que a identificação da existência e conteúdo do direito não exige nenhum recurso a argumentos morais. Sob certo prisma, ela é verdadeira, pois somente assim se identificam as leis más (*leges iniquas*) positivadas pela ação humana (costumes, legislação e decisões judiciais). Todavia, é falsa se considerarmos que a identificação do dever jurídico de um juiz ou qualquer outro sujeito de direito é sempre uma questão de responsabilidade moral, que deriva da influência dos

princípios e normas morais no direito positivo da comunidade (Finnis, 2013d, p. 184-185). Finnis insiste em que o *direito* se apresenta com *vida dupla*: ele existe (i) como o puro *fato* de que certas pessoas fizeram algo no passado e certas pessoas, aqui e agora, possuem tais dispositivos para decidir e agir e; (ii) como *padrões diretivos (normas)* para a deliberação consciente de quem tem a responsabilidade de decidir (fazer justiça) de acordo com o direito (Finnis, 2002, p. 11; Finnis, 2013d, p. 397). E o positivismo jurídico – excludente ou includente –, ao (orgulhosamente) anunciar que somente lida com o *ser* (fatos), não consegue transpor a ponte para o *dever ser* (normas), pois se priva da única fonte concebível de razões para a ação (deveres), que são os valores intrínsecos, quer dizer, os bens humanos básicos e os primeiros princípios de razão prática (Finnis, 2002, p. 21).

Avançando para esse terreno específico da *normatividade do direito* – ou seja, da capacidade do direito de fornecer razões para a ação, sua diretividade, autoritatividade, obrigatoriedade ou força vinculante (a aptidão do sistema jurídico de dirigir/orientar a conduta, de gerar obrigações, criar direitos, poderes, privilégios) –, cabe rememorar o esquema silogístico simplificado, proposto por Finnis, de como opera o raciocínio prático do bom cidadão: a) nós precisamos, para o bem comum, ser cumpridores do direito; b) mas onde \emptyset é definido pelo direito como obrigatório, a *única* maneira de sermos cumpridores do direito é fazendo \emptyset ; c) logo, nós precisamos (é obrigatório para nós) fazer \emptyset onde \emptyset foi juridicamente definido como obrigatório (Finnis, 2011, p. 316). Explicou-se que a força da premissa ‘a’ varia de acordo com as circunstâncias, pois ela não corresponde a nenhum princípio básico de razoabilidade prática (afinal, em determinadas situações o bem comum pode ser mais bem preservado ou realizado afastando-se do direito). Todavia, esse juízo de validade da premissa ‘a’ somente pode ser formulado no fluxo completo, irrestrito ou extra-jurídico do raciocínio prático do bom cidadão, já que o direito procura dele isolar o pensamento puramente jurídico, no qual a premissa ‘a’ figura como um dogma, um postulado inquestionável. Deste modo, navegando pelo raciocínio prático em seu fluxo integral, mediante acessão crítica ao nível mais elevado, e reconhecendo que o direito, voltado para o bem comum, oferece orientação diretamente aplicável e autoritativa para pessoas razoáveis e elimina a necessidade de elas ponderarem os prós e contras de muitos possíveis cursos de ação (tarefa já realizada pelos legisladores), o agente então toma uma *obrigação jurídica* como *obrigação moral*. Por isso, o mesmo esquema de raciocínio prático apresentado pode ser lido tanto em um sentido restrito – *sentido jurídico*, quanto em um sentido irrestrito – *sentido moral* (Finnis, 2011, p. 316-319). Ao se isolar do restante do raciocínio prático (geral, irrestrito, ‘extra-jurídico’) com a apontada premissa dogmática da necessidade de que todos os sujeitos sejam cumpridores das

leis, o direito apresenta seus princípios e regras como obrigatórios apenas no sentido intrassistêmico (obrigação jurídica invariável, conclusiva, não derrotável, peremptória). E isso se aplica às diferentes espécies de raciocínio prático: tanto do bom cidadão (que explica a necessidade de submissão ao direito em termos de bem comum), quanto do cidadão servo acrítico do sistema (para sustentação do regime), do juiz carreirista (para enriquecimento e promoção na carreira) ou do cidadão criminalmente oportunista (para evitar punições). Mas essa obrigação jurídica em sentido *jurídico*, embora *prática* – capaz, por si só, de orientar a conduta –, não é, *enquanto tal*, a obrigação jurídica no sentido *moral* (variável e derrotável), que somente emergirá conforme a leitura do sujeito (Finnis, 2015, p. 555-556). Daí a afirmação de que há uma espécie ímpar de obrigação moral, que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis positivas. Cuida-se da chamada *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral*, a qual, portanto, deve ser diferenciada (embora normalmente a acompanhe) da *obrigação jurídica intrassistêmica* que as regras jurídicas particulares declaram criar (Finnis, 2002, p. 33).

Parte do que se desenvolveu nessa longa, substancial e destacada subseção concernente à normatividade do direito – excluindo-se, por exemplo, a abordagem introdutória sobre o assunto, a incursão na teoria da normatividade de Joseph Raz e uma análise interpretativa que fiz, à luz dos elementos razianos, sobre o tratamento dado por Finnis à matéria – foi, ao final, sintetizada em pontos. Eles correspondem somente às ideias centrais e inequívocas da teoria finnisiana acerca do tema (Finnis, 2011, p. 297-368 e 476; Finnis, 2002, p. 23 e 33; Finnis, 1998, p. 67-71; Finnis, 2013d, p. 6-8, 46-65, 66-73 e 373; Finnis, 2020b, itens 1.5 e 1.5.1; Finnis, 2015, p. 554-556). Cabe aqui recordá-los: (i) as *obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico*, ou em sentido *restrito* (obrigações que as próprias regras jurídicas declaram criar) são dotadas de mesma força jurídica, ou seja, são *invariáveis* em sua força e aplicabilidade (juridicamente falando, não há graus de obrigação jurídica, assim como não há graus de validade jurídica); (ii) em uma *obrigação jurídica no sentido intrassistêmico*, a *premissa* normativa da necessidade social de conformidade com o direito é tomada como um *dogma* e *isolada* do restante do raciocínio prático (o direito busca absorver ou capitalizar sobre o esquema de raciocínio prático do bom cidadão); (iii) por sua vez, a *obrigação jurídico-moral* ou *obrigação jurídica no sentido moral* é uma espécie ímpar de obrigação moral, que existe somente enquanto propriedade ou resultado das leis positivas; ela é presumida da obrigação jurídica intrassistêmica (da qual, portanto, deve ser diferenciada); (iv) as *obrigações jurídico-morais*, que tomam lugar apenas no *fluxo completo e irrestrito* do raciocínio prático, são *variáveis* em sua força, podendo-se dizer que o direito fornece ao

cidadão, bem como ao juiz, ‘razões morais fortemente excludentes’ (obrigatoriedade moral presumida, genérica, *prima facie*, derrotável); (v) se uma lei positiva juridicamente válida ‘conflitar de modo suficientemente claro com as necessidades e bens humanos básicos e os princípios e normas morais básicos, sua força excludente é exaurida ou superada e sua pretensa obrigatoriedade derrotada’; (vi) a presumida força moralmente obrigatória das estipulações da autoridade *não* advém propriamente da *vontade* do legislador (que não produz a estrutura do raciocínio prático do destinatário, mas apenas ocupa um lugar nela, como uma *premissa fática*), e sim de sua conjugação com *premissas normativas*, que apontam para a *necessidade do direito* para se assegurar e realizar o *bem comum*, uma *exigência de razoabilidade prática* (ou seja, *princípios* como ‘o bem comum deve ser promovido’, ‘a determinação autoritativa para problemas de coordenação é para o bem comum’ e ‘a regulação jurídica é presumidamente um bom método de determinação autoritativa’); (vii) dessa maneira, o que importa sobre o *imperium* (comando, imperativo) do legislador não é que ele materializa um ato de decisão, mas que ele representa um padrão inteligível de ação que, escolhido pela autoridade diante de diversas opções viáveis alternativas, pode realmente ser obrigatório aos olhos de um sujeito razoável (que, assim, trata o *imperium* do legislador como se fosse o seu próprio); (viii) a *determinatio* (concretização de um princípio, mediante escolha da autoridade) funciona, no silogismo do raciocínio prático, como uma segunda premissa, de natureza fática (ser): unida a uma primeira premissa de natureza normativa (dever ser) – o princípio de que o bem comum exige a atuação autoritativa das instituições –, resulta na inferência de que a regra específica concretizada, produto da *determinatio*, deve ser cumprida; (ix) mais remotamente, as razões últimas que figuram como primeiras premissas no pensamento prático, que culminam com essa inferência de obrigatoriedade moral de se cumprir determinado preceito legal, fruto da *determinatio*, são os valores ou bens humanos básicos (formas ou aspectos básicos do florescimento humano) e/ou os correspondentes preceitos primários da lei natural; eles são seguidos dos princípios (metodológicos) de razoabilidade prática, que incluem as exigências de justiça e promoção do bem comum, e se densificam até o reconhecimento da *necessidade* do uso da *autoridade* e da instituição e manutenção do *direito* para resolver problemas de coordenação em prol do bem comum; (x) o que confere saliência ao *direito* na identificação e solução dos problemas de coordenação da comunidade política, justificando que ele seja tratado como moralmente autoritativo, são suas características próprias (e não os méritos de suas soluções particulares); notadamente, o direito (a) apresenta-se como uma teia inconsútil, proibindo que os sujeitos escolham seletivamente, e (b) dá a perspectiva de oferecer soluções relativamente rápidas, claras e sutis,

de efetivamente aplicá-las e de punir os desviantes em processos justos e não arbitrários; em outras palavras, são os valores do Estado de Direito (*rule of law*) que dão ao sistema jurídico sua distintiva autorização para ser tratado como a fonte das soluções autoritativas; (xi) a obrigação moral de cumprir o direito pode derivar não somente da juridicidade em si (obrigação jurídica intrassistêmica), mas de outra ‘fonte colateral’ – como o fato de que a desobediência a certa lei pode levar ao enfraquecimento e colapso do sistema jurídico como um todo.

A recapitulação ora promovida reaviva minha convicção, formada com o trabalho investigativo e expressa como conclusão final desta dissertação, sobre a robustez das explicações acerca do direito e sua normatividade oferecidas por John Finnis, explicações essas firmemente ancoradas nas vigorosas e abrangentes teorias ética e política da lei natural.

Finalmente, no tocante à suficiência desse arcabouço doutrinário para repelir as recentes ondas de ameaças céticas e eliminativistas – assertiva essa que também integra a conclusão geral do presente trabalho –, evoco a seguir, a título ilustrativo, algumas das inferências alcançadas nos argumentos de réplica desenvolvidos nos itens da seção 4.2. Elas suportam a minha proposição.

Em contraposição ao texto *Is General Jurisprudence Interesting?*, de David Enoch (2019), sustentei que a teoria jusnaturalista de Finnis é compatível com a atribuição, ao direito, de ambas as espécies de normatividade identificadas pela doutrina, a depender da perspectiva considerada. Dentro dos limites do raciocínio estritamente jurídico, onde a obrigação jurídica é tomada no sentido intrassistêmico, o direito ostenta apenas a denominada *normatividade formal*. Todavia, quando o agente extravasa tais fronteiras e opera o raciocínio prático integral, em seu fluxo completo, o direito sistematicamente toma parte na *normatividade puro-sangue* da moral, fornecendo ao sujeito razões genuínas para agir conforme por si determinado, razões as quais, entretanto, podem sucumbir diante de outras razões morais concorrentes (o direito – senão sempre, no mínimo sistematicamente – fornece razões morais para a ação, que se revelam fortemente excludentes, mas derrotáveis – obrigação moral genérica *prima facie*).

A outra conclusão a que cheguei, imbricada com a primeira, é de que a visão cética de Enoch a respeito da normatividade do direito, supostamente apenas formal, reflete uma compreensão equivocada sobre a relação havida entre as práticas sociais baseadas em regras e a moralidade. Finnis (2002, p. 33) já advertia que a separação pura e simples entre ‘obrigação jurídica’ e ‘obrigação moral’ é por demais grosseira. E como bem observado por Letsas (2019, p. 168), não se deve buscar a normatividade puro-sangue do direito nas regras jurídicas

enquanto tais, mas sim na dimensão factual da prática jurídica, já que fatos não normativos da realidade desencadeiam (ou constituem) razões morais. Em consonância com o jusnaturalismo de Finnis (2011, p. 314-320 e 334-336; 2020b, item 1.5), a escolha autoritativa do legislador (*determinatio*), que se expressa na regra da lei juridicamente válida, é um *fato* que, ocupando lugar na estrutura do raciocínio prático integral e irrestrito (extrajurídico) do destinatário, combina-se com premissas normativas (que associam o direito e a autoridade à realização do bem comum e outras exigências de razoabilidade prática) para conduzir à inferência da obrigação moral de se cumprir a regra do direito positivo. Outra valiosa lição finnisiana, passada ao se enfatizar a distinção, no direito, entre a terceira ordem da realidade (existencial, moral) e a quarta (cultural, técnica), destaca que raramente se fazem escolhas moralmente importantes sem o emprego de alguma técnica construída culturalmente (Finnis, 2013a, p. 218). Enfim, uma vez que o direito sistematicamente participa da normatividade puro-sangue da moral, assim produzindo genuínas razões para que os indivíduos ajam em conformidade com as regras jurídicas, o ceticismo de Enoch sobre a normatividade do direito (pretensamente apenas formal) revela-se, a meu sentir, um erro.

Passando ao artigo *Does Law 'Exist'? Eliminativism in Legal Philosophy*, de Hillary Nye (2022), objetei que o argumento central deduzido pela autora para justificar sua proposta de adesão ao eliminativismo não alcança a teoria jusnaturalista de Finnis, constituindo uma falácia. Propõe-se ali uma *solução* (adotar-se o eliminativismo) para a transposição de um *problema metodológico* (inadequação da análise conceitual) que *não acomete a teoria do direito finnisiana*. Embora Finnis seja, desde sempre, igualmente opositor do método da análise conceitual, ele, nem por isso, perfilhou qualquer visão eliminativista sobre o direito, tendo elaborado uma descrição teórica bastante diferente da sugerida por Nye. Sozinha, a premissa de que é incorreto tentar identificar ‘o direito’ mediante investigação metafísica sobre sua natureza (método da análise conceitual) não permite concluir, sem um salto lógico, que então ‘o direito’ não existe, que qualquer meio de tentar identificá-lo será incorreto ou que todo conceito de direito será necessariamente falso – a justificar, assim, a adoção do eliminativismo. Nesse formato, o silogismo está incompleto e o argumento é claramente falacioso.

Assinalei também que a tentativa da autora de mostrar que a abordagem eliminativista é ‘plausível’ ou ‘viável’, respondendo a uma série de objeções (Nye, 2022, p. 59), não me parece equivalente à ambição de afirmar – menos ainda de demonstrar – que o eliminativismo é a teoria correta sobre aquilo que ela descreve. Talvez isso explique por que o título do artigo

veicula uma pergunta (o direito ‘existe?’), ao invés de uma resposta assertiva (o direito não existe).

Depois de esclarecer a distinção entre *razões epistêmicas* e *razões práticas* (Raz, 2013, p. 36-58), destaquei que o desafio posto era identificar quais *razões epistêmicas* (razões padrão para nossas *crenças*, que são considerações relacionadas à *verdade*) – e não meramente *razões práticas* – Hillary Nye ofereceu em favor (da verdade) do eliminativismo e que, como tais, seriam extensíveis a todos, inclusive aos teóricos do direito opositores da análise conceitual, como é o caso de Finnis. Minha conclusão foi de que o texto *não* fornece *razões epistêmicas suficientes* – o que dirá *conclusivas* – para suportar a crença no *eliminativismo* do direito, em detrimento da teoria jusnaturalista de Finnis.

Nessa linha, argumentei que o modelo proposto, ao negar a existência de um ‘direito em vigor’, não se desincumbiu do pesado ônus de demonstrar que estamos todos errados no modo pelo qual nos expressamos. O problema da normatividade do direito, como bem lembrou Raz (1999, p. 170), é o de explicar o uso de linguagem normativa em sua descrição. E não se trata somente de ofertar explicação para a nossa recorrente fala em conflitos entre obrigações jurídicas e obrigações morais. Sobre esse ponto, nada a opor às considerações de Hershovitz (2015, p. 1186-1189), no sentido de que nós marcamos nossas obrigações morais pelas suas fontes (de maneira que obrigações jurídicas seriam obrigações morais geradas pelas práticas jurídicas, assim se distinguindo das demais obrigações morais, derivadas de outras origens). Ocorre que, para além disso, o direito – assim como o jogo, a moda ou a etiqueta – notoriamente constitui uma prática social baseada em *regras*: ele assim se apresenta, prescrevendo condutas de modo ostensivo, através de enunciados e disposições explícitas. Se as regras ou normas ditadas pelo direito ou pelo jogo de futebol, comparadas às normas morais, constituem ou não genuínas razões para a ação, consideradas todas as coisas (*all things considered*), essa é uma questão que nos remete à distinção entre *normatividade formal* e *normatividade robusta*. Mas não há como negar seriamente que tais práticas *definem padrões*, que elas *consagram critérios de correção de conduta* (ou seja, que possuem, no mínimo, uma *normatividade formal* ou em sentido brando). Nesse aspecto, elas se diferenciam claramente de outras espécies de fatos não normativos também capazes de participar da normatividade puro-sangue da moral. Decerto, o direito, os jogos e a etiqueta não são fatos brutos como a chuva, as águas de um rio, uma placa de metal ou a contaminação com um vírus. Portanto, a indistinta equiparação entre todos eles, sob todos os aspectos, para efeito do raciocínio prático, implica uma certa *distorção*, o que significa *perda de poder explicativo/descritivo* se cotejada com teorias concorrentes. A teoria finnisiana, que não

padece do mesmo vício, reconhece a existência tanto da *obrigação jurídica em sentido intrassistêmico* (que associei à *normatividade formal* do direito) quanto a *obrigação jurídica no sentido moral* (correspondente à *normatividade robusta* do direito). Uma vez que para Finnis (2011, p. 319) a obrigação moral de conformação às obrigações jurídicas é ‘relativamente pesada’, que o direito nos fornece razões morais ‘fortemente excludentes’ para a ação, então identificar o direito – diferenciando-o daquilo que não o seja – ostenta grande relevância no raciocínio prático. O sujeito não tem como, lidando com um conflito de razões concorrentes (jurídico-morais e de outras fontes), chegar a uma razão conclusiva para a ação sem saber o teor/conteúdo de suas obrigações jurídicas em sentido moral que, por sua vez, dependem do teor/conteúdo das obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico. Consignei, no ponto, o alerta de Bustamante e Decat (2020, p. 24) para a importância, em nosso raciocínio prático, daquilo que o direito diz, de como nós o compreendemos. Apontei que várias assertivas de Nye³² incompatíveis com tal entendimento haviam sido formuladas sem adequada motivação. Além disso, chamei a atenção para a intrigante substituição que Nye, citando Kornhauser, faz do ‘direito’ por ‘materiais jurídicos’ (*legal materials*) (Nye, 2022, p. 69-70) e suscitei dúvidas sobre os precisos contornos de seu compromisso com o eliminativismo, que confessadamente não se coaduna com a posição filosófica da eliminação de certas *entidades*, mas apenas da eliminação da *fala* sobre certas entidades (Nye, 2022, p. 53, nota de rodapé n. 88). Adverti que se a troca do ‘direito’ pelos ‘materiais jurídicos’ não representa um mero jogo de palavras, então o eliminativismo de Nye reflete mais uma indesejada visão reducionista que, nesse particular de modo semelhante ao interpretativismo dworkiniano em *Law’s Empire*, superestima a terceira ordem (moral), em detrimento do aspecto técnico-cultural do direito positivo (quarta ordem). Estar-se-ia situando o direito somente no momento da decisão pelo juiz, baseada em interpretação construtiva, e não em regras e padrões previamente existentes, considerados nessa visão simples ‘materiais jurídicos’ (Finnis, 2013d, p. 170). Ora, em sua imensa maioria, as regras jurídicas, conforme bem explica Finnis (2013d, p. 171), não constituem meras repromulgações de normas morais, mas são produtos de decisões sociais criativas, cuja autenticidade não é uma questão de verdade moral imediata, e sim de considerações de forma, fonte e procedimento, albergadas no conceito de validade jurídica.

32 Exemplos: “[...] nós nunca precisamos saber ‘o que o direito é’ para responder [...] o que eu devo, moralmente falando” (Nye, 2022, p. 62, tradução nossa); “[...] eu não acho que ter um conceito de direito irá nos ajudar com nosso pensamento moral ordinário” (Nye, 2022, p. 67-68, tradução nossa); em uma investigação moral, “[...] colocar algo em uma categoria não parece favorecer nossas deliberações sobre o que ele significa para nossas obrigações morais, consideradas todas as coisas, em determinado caso” (Nye, 2022, p. 68, tradução nossa).

Na refutação ao texto *The End of Jurisprudence*, de Scott Hershovitz (2015), também invoquei o argumento referido acima, sobre a limitada capacidade explicativa do eliminativismo para as práticas sociais que envolvem a *positivação de regras*, como o direito, os jogos, a moda e a etiqueta. Todas e cada uma delas, individualizadamente identificáveis, expressamente se utilizam de linguagem prescritiva/diretiva. Assim, negar ou de qualquer modo obscurecer a *normatividade formal* do fenômeno jurídico, igualando-o, nesse aspecto, a qualquer fato não normativo desencadeador de razões morais (chuva, contágio de doença etc.) é um equívoco, que conta em desfavor da descrição teórica eliminativista quando comparada ao jusnaturalismo de Finnis (que reconhece, além das obrigações jurídicas em sentido moral, também as obrigações jurídicas em sentido intrassistêmico, ou seja, um domínio de normatividade jurídica que, enquanto tal, não é moral). Cuida-se, como dito, de uma explicação contraintuitiva e reducionista, que menospreza a presença do direito no domínio técnico-cultural da realidade (quarta ordem), como objeto/artefato criado por decisão humana com a finalidade de promover coordenação social.

Em sequência, objetei às três pretensas ‘virtudes’, apontadas por Hershovitz, como decorrentes da sua visão de que não existe uma normatividade distintamente jurídica.

Sobre a primeira – de que o direito é apresentado como contínuo às demais práticas normativas, tais como jogos, estabelecer regras e fazer promessas, de modo que os opositores teriam a difícil tarefa de convencer por que o direito seria diferente –, argumentei fundamentadamente que, ao contrário do sugerido por Hershovitz, não há nenhuma ‘continuidade’ entre o direito e as duas primeiras práticas normativas arroladas em seu argumento analógico: as *regras da casa alugada* podem ser concebidas como regras jurídicas (domínio próprio de normatividade jurídica) e as *promessas* não envolvem positivação de regras (são apenas declarações unilaterais de vontade, que ocupam o lugar de premissa fática no raciocínio moral); em segundo lugar, a ‘continuidade’ entre o direito e os *jogos* opera contra – e não a favor – do eliminativismo, já que ambos se apresentam com uma linguagem prescritiva/diretiva, proclamando *regras* próprias. Ademais, ainda que assim não fosse e todas as demais práticas sociais baseadas em regras (como os jogos, a moda e a etiqueta) carecessem de normatividade formal, de todo modo o direito se reveste de uma notória e significativa característica peculiar, apta, por si só, a lhe justificar um tratamento singular nessa matéria: os sistemas jurídicos são abrangentes, ou seja, reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento (Raz, 1999, p. 150). Não por acaso, uma das características formais que Finnis atribui ao direito está ligada ao postulado da inexistência de lacunas na ordem jurídica: presume-se que toda questão prática presente já foi considerada em

atos jurídicos passados (Finnis, 2011, p. 269). Enfim, o ônus de apartar o direito dessas outras práticas normativas não parece tão pesado quanto indicado por Hershovitz. Aliás, ele próprio reconheceu, de maneira explícita no texto, que as práticas jurídicas pretendem sujeitar as pessoas a sistemas amplos de normas, que regulam nossas vidas de forma bastante abrangente (Hershovitz, 2015, p. 1181).

Quanto à segunda pretensa ‘virtude’ do eliminativismo de Hershovitz – a vantagem de nos livrarmos do encargo de defender uma posição dentro do debate Hart-Dworkin –, frisei que ela *não* veicula nenhuma *razão epistêmica*, relacionada à verdade, mas tão somente uma (pretensa) *razão prática*. Recordei, na esteira das lições de Raz (2013, p. 40), a irracionalidade de se ter uma crença por razões não relacionadas à verdade, mesmo que isso seja útil e desejável. Em compasso com nossa constatação, o próprio Hershovitz (2015, p. 1194) admitiu não se tratar aqui propriamente de uma razão para fundamentar seu eliminativismo, mas ‘uma consequência bem-vinda’.

A terceira e última ‘virtude’ da visão eliminativista, segundo Hershovitz, seria que ela permite tomar o que cada uma das grandes teorias do direito – positivismo e antipositivismo – tem de mais vantajoso. Observei que, à parte seu apelo pragmático, o argumento apresenta o eliminativismo como uma boa descrição teórica, por conseguir extrair e reunir em si as principais qualidades de duas robustas e bem fundamentadas (mas inconciliáveis) correntes da teoria do direito. Concluí, todavia, que o preço pago para tanto – negar a existência de um domínio distintivo de normatividade jurídica – é extremamente alto, comprometendo sua capacidade persuasiva. Três fatores combinados, de improvável refutação, militam contra a tese eliminativista: (i) a prática jurídica envolve positivação de regras, ou seja, usa explicitamente linguagem prescritiva/diretiva; (ii) o sistema jurídico é abrangente, reivindicando autoridade para regular qualquer tipo de comportamento, e adota o postulado da inexistência de lacunas em seu âmbito; (iii) mas, por outro lado, o direito não exaure a racionalidade prática, de modo que a obrigação jurídica em sentido moral (que é aceita pelo eliminativismo) convive e pode conflitar com razões morais derivadas de outras fontes (não jurídicas). Tal realidade se encaixa na descrição teórica finnisiana, que nos remete àquele referido esquema de raciocínio prático, legível tanto em um sentido restrito (jurídico) quanto em um sentido irrestrito (moral) (Finnis, 2011, p. 316-319; Finnis, 2015, p. 555-556; Finnis, 2002, p. 33; Finnis, 2013d, p. 6, nota de rodapé n. 13).

Em acréscimo a tudo isso, constatei uma grave inconsistência interna na posição de Hershovitz. O ponto fulcral, para ele, é que nossas práticas sociais, mesmo as que envolvem estabelecer regras, não dão origem a novos tipos de normatividade, mas sim fundamentam

novos juízos normativos da espécie velha (Hershovitz, 2015, p. 1197). Traduzindo para o vocabulário finnisiano, o eliminativismo de Hershovitz estaria então reconhecendo a *obrigação jurídico-moral* e negando a existência da *obrigação jurídica intrassistêmica*. Ocorre que o próprio Hershovitz contrasta explicitamente, de um lado, as *obrigações justificadas pelas nossas práticas*, dignas de nossa preocupação, com, de outro lado, as *obrigações estabelecidas dentro das práticas*, em relação às quais nosso interesse é, no máximo, derivativo (Hershovitz, 2015, p. 1197). Essa *dupla normatividade* aparece nitidamente em uma determinada passagem do texto³³, que diferencia uma obrigação enunciada pela ‘lei’ (normatividade formal) de uma autêntica obrigação moral (normatividade robusta). Então, argumentei: se Hershovitz (i) consegue identificar as ‘práticas jurídicas’, distinguindo-as das demais práticas sociais, (ii) reconhece que as ‘práticas jurídicas’ ‘envolvem estabelecer regras’, as quais demandam ‘obrigações’ e (iii) sustenta que essas ‘obrigações estabelecidas dentro da prática’ não se confundem com as ‘obrigações justificadas pela prática’ (consequências morais), concluo que ele não poderia negar, como faz, a existência de um domínio normativo próprio dessas ‘práticas jurídicas’, diverso da moral. Impactado pela visão dworkiniana expressa no artigo ‘Modelo de Regras II’, Hershovitz entende que a coincidência dos *conteúdos* das *obrigações justificadas pela prática* (morais) e das *obrigações estabelecidas dentro da prática* é meramente contingencial: uma obrigação pode ficar aquém ou ir além da outra (Hershovitz, 2015, p. 1197; Dworkin, 2010a, p. 92). Mas independentemente disso, haja ou não identidade de conteúdo, de modo necessário ou contingente, certo é que a *duplicidade de domínios normativos* fica bem caracterizada e a tese eliminativista, por consequência, fulminada.

Na réplica ao último artigo – *Doing Without the Concept of Law*, de Lewis Kornhauser, coloquei em xeque a inteligibilidade de sua ‘versão fraca’ de eliminativismo, a única que ele próprio admitiu estar suficientemente apoiada por seu argumento. Ela afirma simplesmente que o conceito doutrinário de direito *pode* ser substituído por um conjunto de teorias que não fazem referência a ele: nós *podemos* prescindir desse conceito para discutirmos o que precisamos (Kornhauser, 2015, p. 4 e 14-15). Essa versão fraca *não* reivindica que *devemos* ou que *é melhor* prescindirmos do conceito (versão semiforte do eliminativismo), muito menos que o direito (no sentido doutrinário) *não existe*, ou seja, que não existem proposições jurídicas e, portanto, condições de sua veracidade (versão forte). Assinalei que, de tão reduzida, a declarada ambição do artigo de Kornhauser desafia nossa

33 “[...] promulgar uma lei pode ou não gerar uma obrigação para agir conforme ela demanda” (Hershovitz, 2015, p. 1197, tradução nossa)

compreensão. Dizer que (faticamente) nós *podemos* abolir ou deixar de usar o ‘conceito doutrinário de direito’, substituindo-o por outro(s) – independentemente se é assim ou não que devemos agir, se isso será bom ou não, e se o ente a que se refere o conceito existe ou não – é articular uma proposição de objetável trivialidade.

Pressupondo, apenas para fins argumentativos, que o restante do ‘trabalho necessário para estabelecer as versões semiforte e forte’ do eliminativismo (Kornhauser, 2015, p. 15) tenha sido ou venha a ser produzido por alguém, examinei o argumento central deduzido por Kornhauser no ensaio, qual seja: nós podemos dispensar ou prescindir do conceito doutrinário de direito *substituindo* o modelo tradicional *bifásico* do processo de tomada de decisão (em que primeiro se define o que o direito exige para depois consultar outras razões concorrentes, que eventualmente possam suplantá-lo) para um procedimento de *etapa única*, em que todas as razões são sopesadas de uma vez. Em suma, o que detectei na espécie foi um subterfúgio linguístico, com a troca da expressão ‘direito’ por ‘materiais jurídicos’. Ora, se para decidir os casos o juiz recorre à prática *jurídica* e aos materiais *jurídicos*, então está se reconhecendo que eles formam alguma unidade identificável (um todo ou um sistema); está se adotando e se aplicando algum critério para reuni-los na categoria específica de *jurídico* e diferenciá-los de todas as demais ‘práticas’ e ‘materiais’ (*não jurídicos*). E se o mesmo magistrado decide ‘à luz do conteúdo desses textos’ e tais textos (leis, regulamentos e precedentes judiciais) se lhe apresentam no formato de *regras* ou *padrões*, com uso de linguagem prescritiva/diretiva (exigindo, proibindo ou permitindo), não consigo enxergar como o juiz, nesse modelo proposto, não esteja identificando (tácita ou expressamente), em algum momento de seu raciocínio prático, ‘o que o direito exige’ – ou, na linguagem artificial preferida pelo autor, ‘o que os materiais jurídicos exigem’. A mesma linha argumentativa se aplica aos demais agentes públicos – como policiais e promotores de justiça – e também aos particulares, uma vez que, segundo o autor, todos eles, observadas suas posições institucionais, consultam e agem coordenados pelas razões fornecidas pelos textos e materiais jurídicos (Kornhauser, 2015, p. 18).

Objetei que a ambígua alegação de que tais materiais jurídicos funcionam não como ‘uma ordem normativa que expressa um conjunto de proibição e exigências’, mas como ‘diretrizes para a coordenação das ações de todos’ (Kornhauser, 2015, p. 18) em nada socorre a tese do autor. Ao contrário, ela só ilustra aquele problema do eliminativismo de *ofuscar a normatividade formal* da prática jurídica, equiparando o direito a práticas sociais que não envolvem posituação de regras ou a quaisquer outros fatos não normativos desencadeadores de razões morais (como chuva, contágio de doença etc.). Menospreza-se a presença do direito

na ordem técnico-cultural da realidade (quarto domínio), seu aspecto de artefato humano construído com finalidade instrumental, reduzindo-o à ética. Recordei então que a teoria de Finnis não está eivada por essa mácula e fornece subsídios para uma explicação alternativa muito mais completa e convincente sobre o direito e seu lugar no raciocínio prático. Tem-se, sob uma perspectiva, a *obrigação jurídica intrassistêmica* (com força invariável), que as *regras jurídicas declaram criar*. Ela é produto da denominada *normatividade formal* do direito (conforme critérios de correção/validade interna do sistema jurídico). Vistas por outro ângulo, essas mesmas regras jurídicas são simultaneamente concebidas, no raciocínio prático integral (extrajurídico) do agente, como *atos* (*premissas fáticas*) – escolhas do legislador (*determinatio*) – e ali conjugadas com *premissas normativas* que apontam a necessidade do direito para se assegurar e realizar o bem comum, uma exigência de razoabilidade prática (Finnis, 2011, p. 335). A inferência resultante do silogismo é que se deve (moralmente) cumprir a regra jurídica. Aí reside o significado para a razoabilidade prática, à vista do bem comum, do fato de o legislador ter decidido e enunciado que \emptyset é juridicamente obrigatório (Finnis, 2011, p. 335; Finnis, 2020b, item 1.5). O agente – seja o juiz, seja outro agente público, seja o cidadão comum – que não identifica o *direito* (obrigação jurídica intrassistêmica) fica impossibilitado de acessar o conteúdo da (presumida) obrigação jurídica em sentido moral, isto é, fica desprovido de um relevante elemento para decidir, consideradas todas as coisas, o que deve fazer. Em outras palavras, para que o sujeito consiga ‘avaliar globalmente todas as razões para a ação’, como propõe Kornhauser (2015, p. 1), é necessário que ele conheça e diferencie o conteúdo e a origem de todas essas razões, entre elas a razão resultante dos ‘materiais jurídicos’, ou seja, o direito.

Com isso, retorno ao ponto de partida, reafirmando a conclusão anunciada na abertura deste último capítulo: a teoria da lei natural de John Finnis goza de hígidez e extrema consistência na explicação do direito e sua normatividade, em grau suficiente para prevalecer sobre as recentes ondas de ameaças céticas e eliminativistas, que ora atribuem ao direito apenas uma normatividade meramente formal ou branda (recusando-lhe qualquer normatividade robusta, forte ou puro-sangue, típica da moral), ora negam a própria existência de um distintivo domínio normativo jurídico, propondo o abandono do conceito doutrinário de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1995.

BIX, Brian H. Natural Law: the modern tradition. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (org.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 61-103.

BURKHOLDER, Leslie. A aposta de Pascal. *In*: BRUCE, Michael; BARBONE, Steven (org.). Trad. Ana Lúcia da Rocha Franco. **Os 100 argumentos mais importantes da filosofia ocidental: uma introdução concisa sobre lógica, ética, metafísica, filosofia da religião, ciência, linguagem, epistemologia e muito mais**. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 47-50.

BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago. Introduction. *In*: _____. (org.). **Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 1-30.

BUSTAMANTE, Thomas; SERBENA, César; STAMILE, Natalina. Interview with Professor Gerald Postema. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago (org.). **Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald J Postema**. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 301-318.

CROWE, Jonathan. Natural law beyond Finnis. **Jurisprudence**, v. 2, n. 2, University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper n. 11-21, 2011. p. 293-308.

CROWE, Jonathan. Clarifying the natural law thesis. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 37, University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper n. 13-02, 2012. p. 159-181.

DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010a.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014b.

DYZENHAUS, David. **The long arc of legality: Hobbes, Kelsen, Hart**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2022.

ENOCH, David. Is general jurisprudence interesting? *In*: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott J.; TOH, Kevin (org). **Dimensions of normativity**: new essays on metaethics and jurisprudence. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 65-86.

FINLAY, Stephen. Defining normativity. *In*: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott J.; TOH, Kevin (org). **Dimensions of normativity**: new essays on metaethics and jurisprudence. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 187-219.

FINNIS, John. **Fundamentals of ethics**. Washington: Georgetown University Press, 1983.

FINNIS, John. **Aquinas**: moral, political, and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. Natural law: the classical tradition. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (org.). **The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 1-60.

FINNIS, John. **Reason in action**: collected essays: volume I. Oxford: Oxford University Press, 2013a.

FINNIS, John. **Intention and identity**: collected essays: volume II. Oxford: Oxford University Press, 2013b.

FINNIS, John. **Human rights and common good**: collected essays: volume III. Oxford: Oxford University Press, 2013c.

FINNIS, John. **Philosophy of law**: collected essays: volume IV. Oxford: Oxford University Press, 2013d.

FINNIS, John. Reflections and responses. *In*: KEOWN, John; GEORGE, Robert (org). **Reason, morality, and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 459-584.

FINNIS, John. The nature of law. *In*: TASIOLAS, John (org.). **The Cambridge companion to the philosophy of law**. Cambridge, RU: Cambridge University Press, 2020a. p. 38-58.

FINNIS, John. Natural law theories. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2020b. ZALTA, Edward N. (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. New Haven: Yale University Press, 1969.

GEORGE, Robert. Introduction: the achievement of John Finnis. *In*: KEOWN, John; GEORGE, Robert (org). **Reason, morality, and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 1-9.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERSHOVITZ, Scott. The end of jurisprudence. **The Yale Law Journal**, v. 124, n. 4, 2015. p. 1160-1204.

HOLMES, Oliver Wendell. **The path of the law**. Carlile, MA: Applewood Books [1897].

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Trad. Débora Danowski. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HURD, Heidi M. **O combate moral**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KORNHAUSER, Lewis A. Doing without the concept of law. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, Nova Iorque, paper 527, 2015.

LETSAS, George. How to argue for law's full-blooded normativity. *In*: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott J.; TOH, Kevin (org.). **Dimensions of normativity**: new essays on metaethics and jurisprudence. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 165-185.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEIVA, Horácio; PINHEIRO, Victor Sales. A crítica de Finnis ao positivismo metodológico: por que toda descrição é avaliativa? *In*: PINHEIRO, Victor Sales (org.). **A filosofia do direito natural de John Finnis**: volume 1 - conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 11-43.

NYE, Hillary. Does law 'exist'? Eliminativism in legal philosophy. **Washington University Jurisprudence Review**, Washington, v. 15(1), 2022, p. 29-78.

NOZICK, Robert. **Anarquia, estado e utopia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

PINHEIRO, Victor Sales. Introdução: o esforço de recepção de um clássico da filosofia do direito. *In: _____*. (org.). **A filosofia do direito natural de John Finnis**: volume 1 - conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1-7.

PLUNKETT, David. Robust normativity, morality, and legal positivism. *In: PLUNKETT, David; SHAPIRO, Scott J.; TOH, Kevin (org).* **Dimensions of normativity**: new essays on metaethics and jurisprudence. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019. p. 105-136.

POSTEMA, Gerald J. 'Law's autonomy and public practical reason. *In: GEORGE, Robert (org.).* **The autonomy of law: essays on legal positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 79-112.

POSTEMA, Gerald J. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence – volume 11**: legal philosophy in the twentieth century: the common law world. Nova Iorque: Springer, 2011.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Oxford University Press, 1996.

RAZ, Joseph. **Practical reasons and norms**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**: on the theory of law and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

RAZ, Joseph. **From normativity to responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

RAZ, Joseph. **The roots of normativity**. Oxford: Oxford University Press, 2022.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Trad. Bhuvil Libanio. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 2. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SHAPIRO, Scott. **Legality**. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

STERLING, Grant. A navalha de Ockham. *In: BRUCE, Michael; BARBONE, Steven (org).* Trad. Ana Lúcia da Rocha Franco. **Os 100 argumentos mais importantes da filosofia ocidental**: uma introdução concisa sobre lógica, ética, metafísica, filosofia da religião, ciência, linguagem, epistemologia e muito mais. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. p. 79-81.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Trad. Bruno Costa Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

TINTURÉ, Maris Köpcke. Finnis on Legal and moral obligation. *In*: KEOWN, John; GEORGE, Robert (org). **Reason, morality, and law: the philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 379-395.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. BIBLIOTECA UNIVERSITÁRIA. **Diretrizes para normalização de trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Biblioteca Universitária – Sistema de Bibliotecas da UFMG, 2023.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.