

O direito natural analítico de John Finnis

RESUMO

A intenção do artigo não é tanto retomar as teses de direito natural contidas na obra de Finnis, embora a todo momento elas estejam presentes, mas unicamente apresentar em linhas gerais a escolha metodológica do autor. Qual foi a pretensão metodológica de John Finnis ao escrever e publicar *Natural Law and Natural Rights*? Talvez o próprio autor nos ofereça a melhor pista ao escrever que a escolha da teoria analítica do direito veio antes da opção do jusnaturalismo. Escolha que o colocou em parte na tradição de seu mestre e orientador Herbert L. A. Hart, a quem reconhece inestimáveis contribuições à conceituação do direito, principalmente pelo poder descritivo da teoria analítica. Desse modo, a exemplo de Hart, Finnis assumiu com afinco o rigor linguístico e as dificuldades intrínsecas da tradição analítica.

Palavras-chave: lei natural; direito natural; jusnaturalismo; positivismo jurídico.

ABSTRACT

The intention of the article is not so much take over the theses of natural law contained in the work of John Finnis, while all the time they are present, but only to outline the methodological choice of the author. What was the claim of methodological John Finnis to write and publish *Natural Law and Natural Rights*? Perhaps the author gives us the best clue when he writes that the choice of the analytical theory of law came before the option of natural law. Choose which placed partly in the tradition of his mentor Herbert L. A. Hart, who recognizes the invaluable contributions to the conceptualization of law, especially the descriptive power of analytic theory. Thus, like Hart, Finnis took hard linguistic accuracy and the intrinsic difficulties of the analytical tradition.

Keywords: natural law; natural right; jusnaturalism; legal positivism.

* Professor Associado da Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: felipesahd@yahoo.com.br

1 Introdução

No início de *Natural Law and Natural Rights*, o autor alerta: “Este é um livro sobre o direito natural. Ele expõe ou exhibe uma teoria do direito natural, mas não é a respeito dessa teoria. E também não é a respeito de outras teorias” (FINNIS, 1980, p.37). No máximo, a obra pretende ao se referir a outras teorias ilustrar a teoria exposta e explicar “por que algumas verdades a respeito do direito natural em várias épocas e de várias maneiras têm sido ignoradas ou ocultadas” (FINNIS, 1980, p.37). Não é um livro, portanto, que analisa criticamente o pensamento jusnaturalista em sua longa e controvertida manifestação histórica, embora recolha noções importantes encontradas nos pensamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino, mas é um livro sobre o direito natural e os conjuntos de princípios práticos básicos, de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática e de padrões morais gerais. Para Finnis o direito natural não poderia reviver e encenar, após sucessivas quedas, *eternos retornos*. O mito não existe e a história da teoria talvez jamais tenha existido.¹ Os desastres do espírito humano que introduziram atrocidades advindas de sua prática não poderiam ser creditadas ao direito natural. As experiências humanas dilacerantes e inesquecíveis, portanto, não são responsabilidades desta teoria.

A intenção do artigo não é tanto retomar as teses de direito natural contidas na obra de Finnis, embora a todo o momento elas estejam presentes, mas unicamente apresentar em linhas gerais a escolha metodológica do autor.

2 A teoria analítica do direito natural

A questão do retorno recente, na década de 1980, do direito natural, se de fato ele desapareceu em algum momento da história do ocidente, passa invariavelmente pela *analytical jurisprudence* de John Finnis. Mas como foi dito acima, em não havendo nenhum parentesco direto com a jurisprudência de direito natural moderna, a pergunta que fica é a seguinte: qual foi a pretensão de John Finnis ao escrever e publicar *Natural Law and Natural Rights*? Talvez o próprio autor nos ofereça a melhor pista ao escrever que a escolha da teoria analítica do direito veio antes da opção do jusnaturalismo. Escolha que o colocou em parte na tradição de seu mestre e orientador Herbert L. A. Hart, a quem reconhece inestimáveis contribuições à conceituação do direito, principalmente pelo poder descritivo da teoria analítica.² Desse modo, a exemplo de Hart, Finnis assumiu com afincado o rigor linguístico e as dificuldades intrínsecas da tradição analítica. Ele a reconheceu e destacou a sua importância em três aspectos pontuais, a saber, a atenção ao fim prático, a seleção do caso central e do significado focal e a seleção do ponto de vista.

¹ Finnis escreve: “Mas do próprio direito natural não poderia, rigorosamente falando, existir uma história” (FINNIS, 1980, p.36).

² Uma apresentação cuidadosa da formação de Herbert L. A. Hart é apresentada pelo seminal livro de Neil MacCormick (1981 e 2010). Após alguns anos de prática jurídica, esta formação filosófica influenciou o seu trabalho teórico: “A posição de destaque de Hart entre os juristas britânicos do século XX”, escreve MacCormick, “se baseia mais em sua obra analítica do que em sua obra como crítico filosófico das instituições e práticas jurídicas” (1981, p.12 e 2010, p. 25).

Cumprе ressaltar o papel desempenhado pelo livro de Hart, *The Concept of Law*, publicado originalmente em 1961. A filosofia analítica do direito ali contida mudou o panorama da reflexão filosófica da própria jurisprudência, cujos efeitos foram unir na teoria hartiana a sociologia compreensiva de Max Weber e a metafísica da filosofia analítica da linguagem. O resultado dessa combinação, não poderia ser outro, foi uma teoria coerente e renovada do positivismo jurídico que afastava a estrita vinculação do direito com o poder – herança normalmente atribuída a John Austin. Além disso, com a herança weberiana, Hart definiu uma ontologia que permitia a existência no mundo dos fatos sociais de regras jurídicas. Contudo, a aparente coerência do texto não deixou de assinalar algumas lacunas teóricas desconcertantes: a principal delas foi a sensação de acabamento que *The Concept of Law* manifesta; por conseguinte, a sensação de que os grandes problemas da filosofia do direito são ali resolvidos, não restando aos estudiosos da matéria a não ser alguns problemas periféricos. O debate imediatamente posterior, porém, mostrou que a sensação inicial era falsa e prematura. A primeira geração formada por Hart, incluído aí Finnis, identificou alguns problemas centrais sem solução que permaneciam na sua concepção do direito. Em linhas gerais, dois problemas se sobressaíam. Por um lado, Hart não ofereceu uma teoria satisfatória acerca do vínculo necessário entre afirmações da existência de regras gerais com problemas particulares. Ele não elaborou uma teoria adequada da argumentação jurídica. Dois alunos se destacaram nesta crítica: Ronald Dworkin e Neil MacCormick. Por outro lado, Hart não explicou como seria possível conectar a existência de uma norma jurídica com a ação de alguém em um caso particular. Se o direito almeja orientar a ação humana, deve haver uma relação efetiva entre obrigação jurídica e obrigação que não seja meramente contingente. Aqui, o principal aluno de Hart foi certamente John Finnis, cuja inspiração aristotélica da *phrónesis* (também na noção equivalente de Tomás de Aquino, *prudencia*) proporcionou o instrumental filosófico necessário ao tema da razoabilidade prática como condição de possibilidade de acesso e vivência da *eudaimonia* – o corresponde grego para a concretização dos bens humanos básicos.³ John Finnis promove a aproximação entre o direito e a moral. Ele pretende identificar alguns bens humanos básicos indispensáveis ao florescimento humano em todas as épocas e todos os lugares (FINNIS, 1980, p.87 e ss.).

A exemplo de Hart, a concepção do conceito de direito de Finnis parte do pressuposto de que há regras secundárias para suprir as lacunas deixadas pelas regras primárias.⁴ O direito deve estabelecer sanções e “um conteúdo mínimo de regras primárias” com a intenção de garantir o funcionamento da

³ A razoabilidade prática é a forma de racionalidade identificada por John Finnis, baseada nas noções anteriores de racionalidade prática em Aristóteles (*phrónesis*) e em Tomás de Aquino (*prudencia*), que permitira acesso a uma boa vida, mediante a concretização dos bens humanos básicos. Considerando que a missão do legislador é elaborar leis justas, para o bem comum, resulta evidente que as leis positivas devem ser elaboradas de acordo com as exigências da racionalidade prática. Carlos Massini oferece uma leitura sugestiva e esclarecedora da noção de *prudencia* em John Finnis (MASSINI, 2007, p.133-138).

⁴ Neste ponto o autor está de acordo com Hart. Ver o capítulo V intitulado *Law as the union of primary and secondary rules* (HART, 1994, p.79-99). Em linhas gerais, Hart propõem a existência de regras primárias e regras secundárias. As regras secundárias, por sua vez, dividem-se em regras de reconhecimento, regras de mudança, regras de adjudicação e regras de imposição.

sociedade e fornecer uma “razão prática” aos indivíduos que a compõem. A preocupação do autor com a prática e a razão que a acompanha, permitindo sinalizar um caminho às ações individuais e coletivas está, portanto, na origem de seu ponto de vista. Segundo o autor, a diferença entre o pensamento teórico e prático não deve criar obstáculos consideráveis ao tema do direito, pois não passaria de simples questões operacionais. Uma pessoa qualquer estaria pensando *praticamente* quando, em determinada situação conclamada a tomar decisões, estaria preocupada em descobrir o que fazer. Para Finnis “o nosso primário conhecimento do que é bom para nós (ou realmente a realização de nossas potencialidades) é um conhecimento prático” (FINNIS, 1983, p.12). Desse modo, o princípio do raciocínio prático está voltado às necessidades humanas ao acomodar certas características do nosso mundo, como “a livre escolha e o significado natural da lei e do raciocínio legal das escolhas”. Além disso, a teoria deve valorizar também a época em que “o comportamento que as executa” ocorre e promove a decisão conforme a aplicação do direito.

Desse modo, a formulação de Finnis não está preocupada em contrapor-se ao positivismo jurídico, como ocorreu com boa parte das teorias que reagiram a ele, mas em sentido diverso o autor apresenta a importância dos princípios da lei natural à validade da própria lei criada pelo Poder Legislativo. E o ponto de partida escolhido é o próprio ser humano e as suas necessidades e carências vivenciadas no cotidiano da vida em sociedade. A ideia desenvolvida em *Natural Law and Natural Rights* pretende, portanto, escapar do contexto metafísico das maiorias das propostas de lei natural, uma vez que a desvincula de qualquer proposição ligada a uma concepção da natureza. Ela reivindica outro status cuja utilidade dos atos humanos supõem práticas razoáveis estimuladas pela busca de bens necessários legítimos e dotados de valor. Ela está vinculada ao saber prático e às situações concretas na qual os sujeitos envolvidos reagem. Assim, a ação do homem está diretamente ligada, mediante a interferência da razoabilidade prática, aos modos necessários para o desencadeamento da ação. A filosofia prática, por sua vez, surge como uma forma para justificar – refletir disciplinadamente – as realizações humanas e as exigências da razoabilidade prática (FINNIS, 1980, p.12).

Pode-se verificar aqui que Finnis absorve bem as lições de Aristóteles, pois a filosofia prática, apesar de sua preocupação com a ação, é definida como ciência e, portanto, como teoria. Ela visa a possibilitar os meios para a concretização da ação, a realização da virtude intelectual nomeada prudência.

Apesar da aparente identificação entre teoria e prática, Finnis destaca que o recurso à razoabilidade prática exige de fato a opção pela ação:

Portanto, o caso central do mesmo ponto de vista interno é o ponto de vista de quem não somente apela à razoabilidade prática senão que também são razoáveis praticamente, quer dizer: consequentes; atentos a todos os aspectos da potencialidade humana e sua plena realização, e conscientes da limitada possibilidade de medida entre tais aspectos; preocupados por remediar as deficiências e os fracassos, e conscientes das raízes de tais deficiências nos diversos aspectos da personalidade humana e nas condições econômicas e em outras condições materiais de interação social (FINNIS, 1980, p.15).

É necessária a presença de uma consciência voltada à decisão, bem como ao enfrentamento de uma eventual deficiência na sua construção. O ponto de vista daquele dotado de razoabilidade prática é dirigido a um fim (*telos*). Ele faz surgir a noção do homem *phrónimos*, homem de prudência, que sabe estabelecer o justo meio nas decisões que toma. Este sujeito prudente necessita da experiência para agir, não será o jovem de pouca vivência, mas o homem maduro, o *spoudaios*, capaz de refletir e deliberar sobre a melhor escolha.

Neste ponto, a filosofia prática representa o suporte teórico para a fundamentação da experiência necessária à tomada de decisões:

Porém é precisamente um pensamento prático disciplinado e informado (já seja 'teórico', isto é, reflexivo, em seu propósito, ou mais imediatamente dirigido à ação) e que pode proporcionar uma crítica destes conceitos, com o fim de superar os obstáculos que eles apresentam no caminho do pensamento claro sobre o que se deve fazer (FINNIS, 1980, p. 16).

Isso se deve pelo fato de que não se trata unicamente da tomada de uma decisão, mas de uma ação que justifica a atitude dentro dos padrões humanamente aceitáveis.⁵

John Finnis não pensa em formular uma teoria do direito que seja considerada um catálogo previamente estipulado a respeito do fazer humano em cada situação particular. O autor observa:

A teoria social descritiva não partilha este interesse sobre o que se deve fazer. Porém não pode prescindir em suas descrições dos conceitos considerados apropriados pelos homens de razoabilidade prática para descrever para si mesmos aquilo que estimam digno de fazer e de lograr, apesar de todas as contingências, incompreensões e mitos, que se lhes opõe em sua prática (FINNIS, 1980, p. 16).

Isso apontaria para a construção de alguns conceitos, ou parâmetros de conduta, observados em determinados grupos sociais, como atitudes, reações e decisões como integrantes do senso comum (FINNIS, 1980, p. 3).

Ciente disso, Finnis pergunta: "significa isto que a teoria do direito descritiva (e a ciência social como um todo) está sujeita inevitavelmente às concepções e prejuízos que cada teórico possui acerca do que é bom e praticamente razoável?" (FINNIS, 1980, p.16-17). Aqui é possível perceber o esboço da ideia de pré-compreensão e do círculo entre os bens humanos e suas exigências práticas. Segundo Finnis, o bem do conhecimento é algo evidente e não necessita ser provado. Assim,

o valor da verdade se faz óbvio unicamente para quem há experimentado o impulso de perguntar, tenha compreendida a conexão entre pergunta e resposta, entende que o conhecimento está constituído por respostas corretas e perguntas determinadas (FINNIS, 1980, p. 96).

⁵ Cumpre ressaltar a definição de direito natural apresentada por Finnis e a sua aproximação, ao torná-la sinônima, dos direitos humanos: "Quase tudo neste livro diz respeito a direitos humanos ('direitos humanos' sendo uma expressão contemporânea que se refere aos 'direitos naturais': uso esses termos como sinônimos)" (FINNIS, 1980, p.195).

No fundo, a questão se volta à possibilidade – ou impossibilidade – de se formular conceitos sobre a razão prática, advinda em certa medida da prática constante dos homens em cada situação da vida. A mencionada experiência – especialmente aquela do perguntar e responder – proporciona conhecimento suficiente que habilita o ser humano a enfrentar os desafios da vida e a responder às suas indagações.

A questão também deixa transparecer a variação das escolhas da razão prática, dada a condição de existência de duas ou mais respostas.⁶ Nesse diapasão de circunstâncias, John Finnis apresenta duas possibilidades de resposta: a primeira é *positiva*. A partir da percepção de como cada sujeito toma determinada atitude, dentro de um catálogo pessoalmente elaborado, apesar da possibilidade de algumas posturas aparecerem em mais de um sujeito – a teorização deste contexto prático estará fadado a múltiplas possibilidades acerca da razão prática e de sua contextualização. A segunda é *negativa*. Apesar das diversidades, o teórico deverá esforçar-se na identificação de determinados assuntos, confrontando-os com os seus próprios e da sua cultura, para formular juízos verdadeiramente razoáveis acerca daquilo que é bom para o homem.

Em suma, o saber prático poderá provocar uma modificação nos aspectos considerados relevantes até aquele momento. Isso demonstra a existência de um “ir e vir entre as estimações sobre o bem humano e suas exigências práticas” (FINNIS, 1980, p. 17), mas também as descrições explicativas do contexto humano “em que de diversos modos se alcança ou se destrói o bem estar humano” (FINNIS, 1980, p. 17). Evidencia-se assim que apesar da diversidade a autêntica razoabilidade prática busca identificar uma ou mais ações que surgem repetidamente no desenrolar da vivência humana em sociedade.

No exame das disputas entre os teóricos do direito natural e na determinação dos historiadores acerca do seu nascimento – na antiguidade clássica – e sistematização – na modernidade –, John Finnis propõe a importante distinção entre lei natural e teorias da lei natural.⁷ Para ele é preciso inverter a ordem do raciocínio, pois as disputas constantes entre as teorias provocaram o efeito nada animador do descuido dos conteúdos. Com John Finnis os princípios da lei natural assumem um lugar de destaque: os princípios são aqui considerados princípios básicos responsáveis pela indicação das formas básicas da realização plena dos homens. Portanto, os princípios sinalizam os bens que devem ser perseguidos e realizados, são responsáveis pelas consequências das ações desencadeadas. Além dos aspectos de conteúdo, os princípios da lei natural também representam aspectos metodológicos básicos da razoabilidade prática, encarregados da distinção do “pensamento prático correto do incorreto” (FINNIS, 1980, p. 23). Aspectos metodológicos que possibilitam a formulação “de uma série de pautas morais gerais” (FINNIS, 1980, p.23).

⁶ Aqui nós encontramos a crítica de Finnis endereçada a Ronald Dworkin: este considera possível a formulação de uma única resposta correta para cada situação da vida.

⁷ No *Natural Law and Natural Rights*, o autor não distingue com precisão os termos *ius* e *lex*, assim como lei natural e direito natural. A distinção ocorrerá mais tarde, a partir das críticas recebidas. Além disso, a influência do tomismo manifesta-se também em suas análises sobre a derivação da lei positiva da lei natural (FINNIS, 1980, p.274 e ss.), assim como da lei natural como participação da lei eterna (FINNIS, 1980, p.376 e ss.). Na conclusão deste trabalho retornarei a alguns destes problemas.

Por isso, o exame dos princípios ocupa na economia da obra um lugar de destaque. Permitirá a definição dos papéis em dois momentos principais: a) uma série de princípios práticos que mostram as formas básicas de realização plena como bens que se devem perseguir e realizar – não importando aqui se quem reflete sobre o que fazer apresenta conclusões errôneas; e b) uma série de exigências metodológicas da racionalidade prática que distinguem o pensamento prático correto do incorreto e proporcionam os critérios da distinção entre atos razoáveis e não razoáveis – são modos de operar moralmente retos ou moralmente desviados (FINNIS, 1980, p. 23).

A partir desse quadro geral, pode-se retomar a intenção de John Finnis, a saber: o autor não está preocupado em formular uma teoria do direito natural. Esta oscila e sofre o impacto do tempo. A preocupação do autor está restrita à lei natural, que seria ahistórica, e cujos princípios não estariam sujeitos aos efeitos temporais.⁸ É uma preocupação que desenvolve e expõe a teoria da lei natural, sem no entanto versar sobre a própria teoria (“It expounds or sets out a theory of natural Law, but is not *about* that theory”).⁹ A sua intenção, portanto, não é doutrinária, mas sobretudo restrita ao conteúdo substancial e aos modos de aplicação dos princípios à vida de cada ser humano.¹⁰

Desse modo, o ponto de referência de John Finnis é a prática, entendida assim como o modo de conhecimento dos princípios que integram a lei natural. Defini-la a partir dos bens humanos básicos nos permitiria compreender a dimensão substantiva da lei natural na teoria de John Finnis. Mas o que ele compreende como formas básicas do bem humano? Segundo o autor, os bens humanos básicos apresentam três características comuns: são evidentes – integram a tradição de cada indivíduo humano, que os percebe a partir da sua vivência e pré-compreensão –, são incomensuráveis e não existe hierarquia entre eles.¹¹

A realização dos bens humanos básicos faz parte de ações racionalmente motivadas, uma vez que visam proporcionar de modo imediato algumas “necessidades básicas” (FINNIS, 1992, p. 134). Nesse contexto, porém, o autor entende que a razão proporciona os meios à ação inteligente motivada por uma necessidade humana e não seria razoável abandoná-la. As necessidades básicas promovem nos homens atitudes racionais para a sua obtenção.

⁸ No entanto, Cristóbal Orrego Sánchez alerta: embora o direito natural não tenha história, “há uma história da reflexão sobre o direito natural. Não se trata simplesmente de uma história do pensamento, mas da história da humanidade, que se aproxima ou se afasta dos ideais perenes de justiça. É a história daqueles que colocaram a sua inteligência e sua atividade – tantas vezes uma atividade puramente acadêmica – ao serviço desse ideal humano” (SÁNCHEZ, 2005, p.2).

⁹ A passagem encontra-se na página 25 de *Natural Law and Natural Rights*. Para o autor o debate é irrelevante. Nenhuma das discussões teóricas tem “influência real sobre a questão de se existe uma lei natural e, se existe, qual é o seu conteúdo” (FINNIS, 1980, p.25).

¹⁰ Ao tentar evitar um problema à teoria, John Finnis parece introduzir um sério dilema – se há dilemas na filosofia do direito, na ética e na filosofia política –, a saber: ele não está preocupado com a natureza humana, pois “as discussões abstratas sobre a mutabilidade ou imutabilidade da natureza humana estão fora de lugar”. Os argumentos de *Natural Law and Natural Rights* não se apóiam no termo *natureza humana*. Há vários problemas nesta afirmação de John Finnis. A pergunta mais importante, porém, não seria: é possível falar de bens humanos básicos e razoabilidade prática sem pressupor uma noção de natureza humana *substancial*?

¹¹ O autor fala em sete necessidades básicas: vida, conhecimento, jogo, experiência, estética, amizade, razoabilidade prática e religião (FINNIS, 1980, p.87 e ss.).

Estes bens humanos básicos funcionam unicamente como indicadores ao raciocínio moral. São catalogados, portanto, como pré-morais por Pauline Westermann: “uma vez que estas orientações básicas são anteriores a qualquer consulta mais profunda, elas não contém ainda um ‘dever’, mas, um ‘é para ser’. Este ‘é para ser’ pode nos dar uma ascensão para um ‘dever’, mas não supre o ‘dever’ por si mesmo sem reflexões mais profundas” (WESTERMANN, 1997, p. 238). Por isso, em não havendo outro indicador seguro para nortear às decisões, somente uma decisão razoável pode permitir a escolha correta do bem humano.

Finalmente, John Finnis conclui que o ponto de vista prático, indispensável para determinar os objetos da ciência social, em especial da jurídica, é o mesmo denominado por Herbert Hart e Joseph Raz¹² de “ponto de vista interno ou legal”, isto é, o do sujeito que participa ativamente em um sistema de regras, usando-as como critérios para valorar e normatizar a sua conduta e a dos demais. Hart e Raz consideram a esse ponto de vista interno, ou “ponto de vista hermenêutico”, como aquilo que corresponde propriamente aos estudos da teoria jurídica, mas não estão de acordo ao determinar adequadamente o caso central desse ponto de vista. Para John Finnis, o caso central corresponde a “um ponto de vista segundo o qual o estabelecimento e manutenção da ordem jurídica em distinção a uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária são encarados como um ideal moral, quando não uma exigência premente de justiça, então tal ponto de vista irá constituir o caso central do ponto de vista legal. Pois apenas segundo tal ponto de vista é uma questão de suma importância que o direito, enquanto distinto de outras formas de ordem social, deva passar a existir e, assim, se tornar um objeto da descrição do teórico” (FINNIS, 1980, p.14-15). Este ponto de vista moral, o de razoabilidade prática, é então o “ponto de vista interno” que torna possível a identificação do objeto da ciência jurídica.

3 Conclusão

A conhecida resposta de Herbert Hart a John Finnis é exemplar: a retomada do direito natural é louvável embora seja “flexível” e repleta de obscuridades (HART, 1984, p.10-11).¹³ Mas onde estaria a fonte desta confusão introduzida pela teoria de John Finnis? As “imprecisões linguísticas” parecem oferecer uma boa pista ao leitor. Certamente as objeções de Hart sobre a falta de “cientificidade” do método não servirá de parâmetro para a nossa conclusão das limitações teóricas do projeto “prático” de John Finnis, embora permita

¹² Joseph Raz é talvez o maior seguidor dos trabalhos de Hart. Data de 1975 o seu livro seminal sobre o direito intitulado *Practical Reason and Norms*. O capítulo dedicado ao tratamento da estrutura das razões, em especial das *razões excludentes* atingiu um alcance que certamente ultrapassaram em muito o debate do direito e da filosofia.

¹³ De fato, Hart “reconhece o caráter persuasivo e atraente” da formulação de John Finnis. Mas destaca que “não há um apelo à necessidade de clareza científica ou precisão linguística” na identificação do significado central do direito com o que é moralmente legítimo (MaCCORMICK, 2010, p. 225). Para uma abordagem sumária das objeções e respostas de Hart, ver Neil MacCormick (2010, p.224-226) e Cristóbal Orrego Sánchez (1997, p.207-213).

colocar em questão – na linguagem do jogo de xadrez, em xeque-mate – a pretensão de restaurar o horizonte metapositivo sem renunciar à conquista metodológica positiva do direito. O problema é outro, está na própria compreensão do direito natural defendida por John Finnis, na assimilação inadequada de duas noções em uma única: o bem natural e o justo natural. Embora a assimilação em um único conceito tenha sido reconsiderada em parte por John Finnis ao responder às objeções de seus críticos, o problema permaneceu ainda assim latente em sua teoria. Em outras palavras, a distinção entre lei natural e direito natural – entre (lei) moral e direito natural – é minimizada pelo autor. O título da obra aqui analisada não deve nos enganar: o que ali se distingue são os direitos naturais – não o direito natural – da lei natural. Ao longo de suas páginas, lei natural e direito natural são tratados como sinônimos, como *practical reasonableness*. Eis, talvez, a origem dos problemas conceituais de John Finnis. Problemas que certamente comprometeram o projeto de restauração da moral no tratamento do positivismo jurídico e que foi amplamente rejeitado por Herbert Hart e Joseph Raz.

Em 1980, ano de publicação de *Natural Law and Natural Rights*, John Finnis trabalhava sob a repreensão de Michel Villey – de meados dos anos 1970 – acerca do seu reducionismo conceitual. Mesmo assim, não deixou de insistir, ou como diria Villey, reincidir no erro.¹⁴ John Finnis, convencido e/ou recalcitrante, insistiu em 1998 em seu livro *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*:

De fato, a maior dificuldade na semântica do *ius* é que também recebe um significado distinto: lei (e, portanto, leis – iura –). Aquino usa *ius* frequentemente com este último significado. Desse modo, também há outra palavra para designar a lei: *lex*. Alguns comentadores do século XX pensaram que Aquino defendia uma distinção de significado entre *ius*, usando neste sentido, e *lex*. Mas este não tinha nenhum interesse em fazer semelhante distinção e não há um ensinamento oculto que se possa encontrar sob a superfície de suas discussões acerca de *ius* e *lex* (ou em alguma outra parte de sua obra). As várias passagens em que usa *ius* e *lex* intercaladamente provam isso com clareza, assim como também o desenvolvimento de seus argumentos em muitas outras passagens em que um ou outro termo é usado (FINNIS, 1998, p. 134).¹⁵

¹⁴ Para uma leitura comentada do episódio, ver o sugestivo artigo de Santiago Legarre intitulado “El concepto de derecho en John Finnis” (Legarre, 1999). Michel Villey escreve com certa ironia: “Uma vez mais denuncio o que acredito ser uma *confusão* entre *lei* – regra de conduta – e o *direito natural* como arte do justo meio. [...] Esta vez a recusa de pensar o direito independentemente da lei nos chega da escrita do professor Finnis, aureolado do prestígio do pensamento inglês”. Para Villey, os ingleses só poderiam conhecer uma *philosophy of law* por meio da aproximação da noção de *law* – desde Hobbes – à noção de *lex* (cuja etimologia não se sustenta). Eles consentem assim unicamente em se ocupar de *legal systems* cujo direito (*ius*) desaparece “por decisão da autoridade universitária britânica”. O jurista francês conclui: “A tese de Finnis segundo a qual Santo Tomás confundiria o *ius* e a *lex* apresenta hoje, no interior do neo-tomismo, numerosos defensores no continente. Esta tese se encontra em todas as partes. Ela é, com variações, a mais conhecida. Eu não a reputo menos insustentável” (VILLEY, 1988, p. 21).

¹⁵ Javier Hervada, um defensor do “realismo jusnaturalista”, também reconhece que “a distinção entre *ius* e *lex*, portanto, entre *ius naturale* e *lex naturale* aparece claramente em Tomás de Aquino, embora não faltassem ocasiões em que o ilustre teólogo utilizasse a palavra *ius* (direito) para designar a norma ou o ordenamento jurídico, segundo um uso regularmente hoje utilizado” (HERVADA, 1992, p. 500).

De fato, na língua inglesa o erro denunciado por Michel Villey é facilitado por certa limitação da própria língua: *Natural Law* significa tanto “lei natural” como “direito natural”. O tradutor da obra para a língua espanhola, o professor Cristóbal Orrego Sánchez, já havia em seu estudo preliminar alertado para este particular linguístico.¹⁶

Pode-se imaginar que a questão está restrita a um problema de palavras, sem grande importância ao debate filosófico e jurídico. Seria apenas uma questão de “especialistas”. Mas se equivoca quem assim pensa, pois lei natural e direito natural são realmente distintos. Poderia também se imaginar que a confusão dos conceitos é relativamente inofensiva. Aqui, talvez, o leitor não estaria inteiramente enganado, pois os princípios que alimentam o bem natural e o justo natural são os mesmos e a natureza humana que lhes serve de fundamento é uma só e imutável. Esta continuidade entre o bem e o justo, entre a ética e a política, característica central do pensamento clássico, desaparece, por exemplo, com o liberalismo político de John Rawls. Este defende uma política desvinculada do bem. Por isso, a distinção entre *the good and the right*, capital na filosofia de Rawls, recebe na tradição liberal um significado completamente diferente da distinção entre o bem e o justo na tradição clássica. É esta justamente a dificuldade que John Finnis recusa a enfrentar, ou ao menos a enfrenta timidamente.

Outra dificuldade do pensamento de John Finnis está no fato de aceitar uma perspectiva “estranha” à teoria tradicional do direito natural ao propor um sentido normativo a mesma, isto é, que o direito natural é uma parte da lei natural. Para Aristóteles, Tomás de Aquino e alguns de seus atuais seguidores este sentido é um significado periférico do “direito natural”. Rodolfo Vigo pensa que a teoria de John Finnis assimila aqui vários pontos típicos do positivismo, incluindo o normativismo e, após recordar que “[l]as explicaciones iusnaturalistas clásicas (Kalinowski, Villey, Hervada, etc.) en torno al analogado primário del derecho han señalado mayoritariamente el campo de las conductas justas”, conclui: “Finnis sorprendentemente parece rechazar toda consideración a esa realidad y en su lugar coloca a las reglas” (VIGO, 2003, p.129). John Finnis, em suma, parece optar pela compreensão de *Law* no sentido preciso – de pertencer ao terreno do “positivo” – de norma ou sistema normativo, jamais no sentido de “coisa ou conduta justa”. À questão a ser aqui colocada é a seguinte: se adotamos a perspectiva clássica – aristotélica e tomista¹⁷ -, ou se adotamos o “jusnaturalismo positivista”¹⁸ – as normas assumem um lugar central –, a justiça estaria em ambos os casos salvaguardada, como exigiria o jusnaturalismo genuíno? A resposta parece ser positiva em ambos os casos. No primeiro caso, o direito é estudado como objeto da virtude, no contexto da ética e da perspectiva do moralista (LEGARRE, 1998), interessado nas virtudes, incluindo a peculiar dimensão “amoral” que permite o objeto da justiça, isto é, o direito (*ius*) em sentido clássico. No segundo caso, os jusnaturalistas que centram as

¹⁶ “Em geral, *law* é traduzido por ‘lei’ quando apresenta o significado amplo e usual na filosofia e teologia moral, mas por ‘direito’ quando apresenta o significado mais restrito e próprio dos juristas” (ORREGO SÁNCHEZ, 2000, p.32).

¹⁷ Cumpre ressaltar, porém, que John Finnis certamente negaria que a perspectiva tomista é distinta da sua.

¹⁸ Termo emprestado de Santiago Legarre (LEGARRE, 1998).

suas análises nas normas não devem perder de vista, como não a perde John Finnis, a tese segundo a qual as normas são *para* o bem comum e *para* (o bem de) as pessoas reguladas por elas (FINNIS, 2000, p. 1-5). Este último caso, portanto, parece mais próximo da realidade dos nossos juristas e do uso comum em nossos dias da palavra "direito", pois vincula de maneira mais aberta a justiça ao próprio jusnaturalismo.

Referências bibliográficas

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

_____. *Fundamentals of ethics*. Georgetown: Georgetown University Press, 1983.

_____. Natural Law and Legal Reasoning. In: GEORGE, R. P. (Edit.) *Natural law theory: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

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

_____. The Priority of Persons. In HORDER, J. (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series. Oxford: Oxford University Press, 2000.

HART, H. L. A. *The Concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

_____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

HERVADA, J. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA, 1992.

LEGARRE, S. El iusnaturalismo positivista de John Finnis. *El Derecho*, 179-1202, 1998.

_____. El concepto de derecho en John Finnis. *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, v. 40, 1999.

MaCCORMICK, N. *H.L. A Hart*. Stanford: Stanford University Press, 1981.

_____. *H.L.A Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. São Paulo: Elsevier, 2010.

MASSINI, C. Ciencia práctica y Prudencia en John Finnis. Aproximaciones preliminares a La Problemática. In: *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 7, 2007.

ORREGO SÁNCHEZ, C. *H.L.A. Hart. Abogado del positismo jurídico*. Pamplona: EUNSA, 1997.

_____. John Finnis. La lucha por el derecho natural. In: _____. *A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*. Buenos Aires: Universidad Austral, 2005.

VIGO, R. L. *El Iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. México: Fontamara, 2003.

VILLEY, M. Bentham y el Derecho Natural Clásico. *Revista de Derecho Público*, n. 43-44, 1988.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WASTERMANN, P. *The disintegration of natural law theory: Aquinas to Finnis*. New York: Leiden, 1997.