

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

ADELMO SOUZA DOS SANTOS

EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI NATURAL E LEI POSITIVA EM JOHN FINNIS

Porto Alegre

2019

ADELMO SOUZA DOS SANTOS

EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI NATURAL E LEI POSITIVA EM JOHN FINNIS

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira

Porto Alegre

2019

ADELMO SOUZA DOS SANTOS

EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI NATURAL E LEI POSITIVA EM JOHN FINNIS

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em ____ de _____ de 20____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcus Paulo Rycembel Boeira
Orientador

Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira

Prof. Dr. Leandro Mota Cordioli

Para Raquel e Luzia.

Agradecimentos

Agradeço ao Sumo Bem, Ele o amor por excelência!

Sou grato a numerosas pessoas que comigo partilharam e partilham seus dons e sincera amizade. Não mencionarei nomes. A lista seria enorme. Prefiro evitar a injustiça de esquecer alguém. Citarei categorias: minha(s) família(s), os amigos e amigas, colegas de aula, de vida e de sonhos solidários.

De modo especial minha gratidão aos professores e professoras, desde aquelas da Escola Primária Irmã Celina, onde iniciei a vida escolar, nos longínquos anos de 1993, periferia de Feira de Santana, BA, aos ilustres doutores(as) e pós-doutores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A vocês, minha veneração e reconhecimento.

RESUMO

As exigências formais da lei natural e lei positiva em John Finnis expressam o modo peculiar como este pensador desenvolveu sua teoria do direito natural, cuja definição dada por ele é, no mínimo, complexa. Para Finnis, atrelado ao conceito de direito natural estão ao menos dois outros: bens humanos básicos (1- vida, 2- conhecimento, 3- jogo, 4- experiência estética, 5- sociabilidade (amizade), 6- razoabilidade prática, 7- religião) e o conceito de requisitos básicos da razoabilidade prática (1- ter um plano de vida coerente, 2- evitar preferências arbitrárias por valores e por [3-] pessoas, 4- resistir ao fanatismo, 5- fidelidade aos compromissos assumidos, 6- agir eficiente dentro do razoável, 7- respeitar cada valor básico em todos os atos, 8- respeitar e promover o bem comum, 9- agir conforme a própria consciência). Neste contexto são inferidas na presente pesquisa as exigências formais da lei natural (1- autoridade, 2- regras razoáveis, 3- consenso mínimo 4- a razoabilidade prática e seus requisitos) e as exigências formais da lei positiva (1- o poder coercitivo da lei, 2- a autorregulação do direito, 3- a validade das normas jurídicas, 4- a regulação dos indivíduos através das normas jurídicas, 5- o direito como ficção de absoluta previsibilidade). O respeito e promoção dos bens básicos humanos requer o cumprimento dos requisitos básicos da razoabilidade prática e das exigências formais da lei natural e lei positiva, as quais, especialmente estas últimas, uma vez combinadas com os oito *desiderata*, legitimam o Estado de Direito e a concretização do bem comum.

Palavras-chave: Lei Natural. Lei Positiva. Direito Natural. Exigências formais.

ABSTRACT

The formal requirements of natural law and the positivist law in John Finnis express the peculiar way in which this thinker developed his theory of natural law, the definition of which he gives is, to say the least, complex. For Finnis, the concept of natural law is linked with at least two others: basic human goods (1- life, 2- knowledge, 3- game, 4- aesthetic experience, 5- sociability (friendship), 6- practical reasonability, 7- religion) and the concept of basic requirements of practical reasonability (1- having a coherent life plan, 2- avoiding arbitrary preferences for values and [3-] people, 4- resisting to fanaticism, 5- faithfulness to one's commitments, 6- acting efficiently within what's reasonable, 7- respect every basic value in every act, 8- respect and promote the common good, 9- act according to one's conscience). In this context the following formal requirements of natural law are inferred in this present search (1- authority, 2- reasonable rules, 3- minimum consensus 4- practical reasonability and its requirements) and the formal requirements of positivist law (1- the coercive power of the law, 2) - the self-regulation of the law, 3- the validity of legal norms, 4- the regulation of individuals through the legal norms, 5- law as a fiction of absolute predictability). Respect for and promotion of basic human goods requires compliance with the basic requirements of practical reasonability and the formal requirements of natural law and positivist law, which, especially the latter, once combined with the eight *desiderata*, legitimize the rule of law and the embodiment of the common good.

Keywords: Natural Law; Positivist Law; Formal Requirements; Natural Right.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | APROXIMAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO | 11 |
| 2.1 | John Mitchell Finnis: aspectos biográficos | 11 |
| 2.2 | A metodologia de John Finnis | 12 |
| 2.3 | Síntese da obra Lei Natural e Direitos Naturais | 17 |
| 3 | ESTABELECENDO CONCEITOS E DEFINIÇÕES | 24 |
| 3.1 | O Direito para além do justo e injusto | 24 |
| 3.2 | Direitos naturais em face do direito natural | 28 |
| 3.3 | Direitos naturais em face da lei natural | 31 |
| 4 | EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI NATURAL EM JOHN FINNIS | 36 |
| 4.1 | A autoridade | 36 |
| 4.2 | Regras razoáveis | 40 |
| 4.3 | Consenso mínimo | 42 |
| 4.4 | A razoabilidade prática | 43 |
| 4.5 | Os requisitos básicos da razoabilidade prática e as exigências formais da lei natural | 46 |
| 5 | EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI POSITIVA EM JOHN FINNIS | 52 |
| 5.1 | O poder coercitivo da lei | 53 |
| 5.2 | A autorregulação do Direito | 57 |
| 5.3 | A validade das normas jurídicas | 59 |
| 5.4 | A regulação dos indivíduos por meio das normas jurídicas | 60 |
| 5.5 | A ficção da previsibilidade absoluta do Direito | 61 |
| 6 | CONCLUSÃO | 63 |
| | REFERÊNCIAS | 66 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo geral refletir a respeito das exigências formais da lei natural e da lei positiva, especialmente aquelas contidas nos capítulos IX e X da obra *Lei Natural e Direitos Naturais*,¹ de John Mitchell Finnis (1940-). Busca analisar conceitos-chaves para a compreensão da lei natural e lei positiva no autor.

Este trabalho se propõe a interrogar e quiçá responder as seguintes indagações: “Quais são as exigências formais estabelecidas por John Finnis ao se referir à lei natural e lei positiva?” e, de maneira específica, “Como Finnis compreende as exigências formais relacionadas à lei natural e lei positiva?”. As conclusões apresentadas não almejam, de maneira alguma, o esgotamento da questão que é, aqui, particularmente árdua, embora o esforço por delimitar a abrangência das perguntas.

Do imediato estabelecimento do objetivo geral depreendem-se os seguintes objetivos específicos: (i) apresentar o perfil biográfico de John Finnis, aspectos importantes de sua metodologia e síntese da obra lei natural e direito natural; (ii) analisar alguns conceitos e definições indispensáveis para uma correta compreensão da teoria finnisiana sobre o direito natural; (iii) expor as exigências formais da lei natural e (iv) as exigências formais da lei positiva em Finnis. Os capítulos contidos no desenvolvimento deste trabalho abordam respectivamente cada um dos referidos objetivos específicos.

A pesquisa se limita a estudar e refletir sobre as exigências formais da lei natural e da lei positiva expostas especialmente nos capítulos IX e X da obra *Lei Natural e Direitos Naturais* de John Finnis.

A natureza do trabalho se fundamenta em pressupostos reflexivos como pontos de partida para iniciar uma investigação de caráter teórico. O método usado é o indutivo-teórico, partindo de premissas filosóficas e jurídicas para enfrentar um problema jurídico da teoria do direito natural segundo John Finnis.

No que se refere às fontes teóricas básicas pesquisadas para a elaboração dos três primeiros capítulos do presente estudo, merecem destaques especiais o capítulo I da tese de Leandro Mota Cordioli, intitulada *Introdução ao Direito Natural*

¹ FINNIS, John Michel. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

em John Finnis: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral². O estudo do referido autor em muito ajuda a entender conceitos-chaves da teoria e pensamento de Finnis, bem como os pontos mais relevantes do método finnisiano. Outro autor é Elton Somensi de Oliveira. Do capítulo I de sua dissertação intitulada Bem comum, razoabilidade prática e Direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis³, foram colhidas importantes considerações sobre o perfil biográfico de Finnis e uma síntese da obra Lei Natural e Direitos Naturais. Destaque à parte tem o Estudo Preliminar de Cristóbal Orrego Sánchez⁴. A importância das reflexões de Cristóbal Orrego é indiscutível, sendo citado tanto por Elton quanto por Leandro.

O capítulo quarto deste estudo tem por base teórica o artigo de Adrian Sgarbi⁵ cujo título é O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. Sgarbi, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e professor de Teoria Geral do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), tece importantes considerações a respeito do pensamento de Finnis. Para a pesquisa aqui exposta, o tópico 6 (Comunidade e autoridade) facilita a compreensão das instâncias da sociabilidade e de comando como “pressupostos sócio-políticos” validadores e possibilitadores da lei positiva, o que pode ser entendido como os pressupostos de validade em Finnis. Outra fonte teórica relevante é o artigo de Roseli Coelho Fossari⁶ sobre a citada obra de Finnis.

A justificativa da temática se fundamenta em dois pontos essenciais. O primeiro é a importância que as ideias de John Finnis têm no meio acadêmico contemporâneo. O pensamento de Finnis desperta interesse por sua profundidade no contexto do jusnaturalismo atual. O segundo ponto se caracteriza por contribuir,

² CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

³ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

⁴ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **Estudio Preliminar**. In: Ley Natural y Derechos Naturales. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 2000. p. 9-32.

⁵ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁶ FOSSARI, Roseli Coelho. Lei Natural e Direito Natural em John Finnis. In: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 20., 2008, Porto Alegre. **Livro de Resumos** [...]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/2550783/A_lei_natural_eo_direito_natural_em_John_Finnis. Acesso em: 18 jul. 2019.

ainda que de maneira modesta, com as reflexões da temática do direito natural a partir da perspectiva de John Finnis na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A atualidade do tema ultrapassa a mera curiosidade intelectual. Com frequência vêm à tona discussões acaloradas sobre alguns assuntos longamente estudados pelo direito natural sob a perspectiva da abordagem de Finnis. Assuntos como direito humanos, direitos naturais, dignidade humana, direitos fundamentais e, especialmente, lei natural, lei positiva e seus pressupostos de validade.

Entretanto, os modos diversos como são tratadas a lei natural, lei positiva e seus pressupostos de validade, instigam, por um lado, explícitas repulsas entre filósofos e juristas mais alinhados à corrente racionalista e historicista, em oposição a outros com tendências mais analíticas e jusnaturalistas⁷. Neste ponto concordam Finnis e Strauss⁸. De fato, ao longo da história, desde os primórdios de civilizações milenares como a greco-romana à sociedade globalizada e conectada dos dias atuais, os temas mais caros ao direito natural persistem pulsantes. Pois, como em todos tempos e épocas, o homem continua sedento por respostas condizentes à dramaticidade de perguntas as quais lhe tiram o sono; perguntas que vão desde o âmbito pessoal (“qual sentido dar à vida?” “como viver uma vida feliz e prazerosa, sem o constante medo da morte violenta?” “quais bens dentre tantos bens aprazíveis priorizar?”) à complexidade da vida em comunidade (“quais critérios considerar quando da construção de leis para vida comum?” “há direitos naturais válidos e aplicáveis à vida em sociedade?”).

Ora, as principais reflexões de Finnis de alguma forma tocam no todo ou em parte o núcleo dos questionamentos humanos listados acima. Como é demonstrado ao longo do presente trabalho, o autor em questão entende o Direito como meio prático do homem refletir sua condição no mundo e sua vida em sociedade.

⁷ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 09.

⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 12.

2 APROXIMAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

A importância deste capítulo é justificada pela necessidade de apresentação e contextualização mínima tanto da obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, foco do presente estudo, quanto do perfil biográfico de seu autor: John Mitchell Finnis, bem como a metodologia por ele adotada e a concepção de Direito e direito natural defendidas pelo mestre australiano.

2.1 John Mitchell Finnis: aspectos biográficos

John Mitchell Finnis nasce a 28 de julho de 1940 em Adelaide, Austrália. Após sua diplomação em Direito pela *Adelaide University*, parte para a Inglaterra, onde faz doutorado como bolsista graças a seu destaque como excelente e aplicado estudante no período da graduação. Entre os anos de 1962 e 1965, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994) o orienta em sua tese, *The Idea of Judicial Power*, sobre a estrutura do poder judicial na Austrália.

Entre 1976 e 1978 leciona no *Chancellor College* da Universidade de Malawi, África do Sul, período no qual escreve praticamente todo o livro *Lei Natural e Direitos Naturais*, publicado em 1980.

Após a conclusão de seus estudos de doutorado, como professor assistente na cadeira de metodologia jurídica, leciona nos EUA (*California University-Berkeley, de 1965 a 1966*). Retorna a Oxford em 1966 e aí dá aulas de Teoria do Direito até 1975. Já a partir de 1971 atua como professor na Adelaide University. De 1972 a 1989 assume em Oxford a função de espécie de revisor de leis entre a Comunidade Britânica e Estados Unidos da América.

Finnis exerceu durante muito tempo a advocacia em Londres, prestando serviços a diversos governos australianos em questões envolvendo a federação. Católico fervoroso e amante das ideias e teorias de Tomás de Aquino, foi um dos primeiros membros laicos da Comissão Teológica Internacional da Santa Sé (1986-1991), conforme Cristóbal Orrego.⁹

Como está evidente nas linhas acima, a academia constitui a principal ocupação de Finnis, atuando em diversas instituições, dentre as quais destaca-se

⁹ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **Estudio Preliminar**. In: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 2000. p. 12.

Oxford (de onde é professor emérito) e, a partir de 1995 trabalha na Notre Dame School (Indiana – Estados Unidos).

2.2 A metodologia de John Finnis

O estudo pormenorizado para a compreensão equilibrada da metodologia usada por John Finnis encontra-se principalmente na dissertação de mestrado de Elton Somensi de Oliveira, mais especificamente na primeira parte do Capítulo 2.

Pode-se afirmar que Finnis, conforme reflexões de Adrian Sgarbi e Marcos Rohling, alinha-se à Nova Escola de Direito Natural juntamente com Germain Grisetz, Joseph Boyle e outros que desde meados do último século têm buscado reinterpretar o pensamento de Tomás de Aquino com objetivo de reinserir e promover o direito natural nas discussões acadêmicas contemporâneas.

Ao refletir sobre a metodologia de Finnis Elton Somensi de Oliveira é categórico ao dizer:

FINNIS inicia o livro *Natural Law and Natural Rights* desenvolvendo uma reflexão que justificaria o método apropriado à ciência jurídica. Primeiramente este método se caracterizaria pela capacidade de proporcionar uma “descrição e análise livres de valorações [*value-free*] dessa instituição tal qual existe de fato” e, para tanto, o teórico deve participar da “tarefa de avaliação, de compreensão do que é realmente bom para as pessoas humanas e o que realmente exige a razoabilidade prática,” o que implicaria não só ter em vista aqueles aspectos das ações e práticas humanas que são influenciadas pelas causas ‘naturais’ (e são estudadas pelas ciências naturais e mesmo a psicologia), mas também aqueles relacionados à finalidade das ações ou práticas humanas. Em outras palavras, o teórico não pode estar preso às suas próprias valorações ou as da sociedade; deve discernir a instituição e as valorações (suas e da sociedade) atribuídas a esta instituição, a fim de transcendê-las em um trabalho de (re)construção que tenha em conta os aspectos relacionados às causas ‘naturais’ e à finalidade das ações e práticas humanas.¹⁰

Outro ponto importante a ser considerado da metodologia de Finnis é que, já nas primeiras páginas de *Lei Natural e Direitos Naturais*, ele evita digressões sobre a história do direito natural¹¹, ao mesmo tempo que explicita sua formação intelectual

¹⁰ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 30.

¹¹ Ressalta-se aqui que esta percepção de Finnis contrapõe-se à de Leo Strauss que escreve todo um livro discorrendo sobre Direito Natural e História, obra já citada na Introdução deste trabalho. Por outro pondera ORREGO: “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

originária da Analytical Jurisprudence.¹² Inicia sua pesquisa acreditando haver mais que superstição e obscuridade nas teorias do direito natural, num esforço por não apenas reconhecer como também explicitar os méritos contidos nas reflexões de Platão, Aristóteles e, sobretudo, de Santo Tomás de Aquino, que para o mestre de Oxford ocupa lugar estratégico e único na história do pensamento jusnaturalista.

O passo seguinte de Finnis expressa-se por meio de duas constatações basilares: a primeira diz respeito aos bens humanos, que somente podem ser assegurados ou protegidos via instituições humanas, em especial a lei positiva; a segunda refere-se a certas exigências relativas à razão prática que apenas as instituições humanas, tais como as leis, podem satisfazer. Consideradas de modo geral e conjuntamente, delas Finnis extrai a possibilidade de se distinguir entre o pensamento correto, alusivo a atos razoáveis, e os atos que não são razoáveis. Essencial neste cenário é saber quais bens humanos são esses e qual o papel da razão nisso tudo.

Estabelecidas tais questões preliminares e convencido de sua opção metodológica, Finnis investe no diálogo com inúmeros autores, muitos dos quais fazem parte da tradição da filosofia analítica. Salienta-se que, dentre suas influências proeminentes, ainda que nem sempre para concordar, encontram-se nomes como Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen, Herbert L.A. Hart, Max Weber, Lon L. Fuller, Aristóteles e, destacadamente, Santo Tomás de Aquino.

Aos poucos, ao longo de suas reflexões, Finnis expõe de modo mais pormenorizado sua opção metodológica. Ele procura ressaltar o papel e lugar do teórico ao refletir a ciência social. Lugar e papel imbuídos da prática, da razoabilidade prática.

Mas o que é a razoabilidade prática? Pode-se dizer que com o vocábulo razoabilidade prática Finnis pretende demonstrar que o Direito é mais do que a lei, e que os valores não podem ser considerados tão-somente no âmbito da subjetividade dos indivíduos, porque, segundo afirma, são eles passíveis de uma discussão

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.” ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights**. Buenos Aires: Universidad Austral, 2005. p. 63.

¹² SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 661, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

racional.¹³ Ou seja, para Finnis, todos os homens atuam movidos por valores, valores estes que podem ser explicados objetivamente (consequência de sua auto evidência) e alcançados pela análise das próprias ações e instituições que os homens criam. Cumpre, assim, à teoria do direito natural estudá-los.

Dessa maneira, Finnis destaca a necessidade de se assumir o ponto de vista interno (como Hart), isto é, não pode o teórico limitar-se ao ponto de vista do mero observador, neutro e avalorativo.¹⁴ Mas qual é o caso central identificado por aquele que assume o ponto de vista interno, o ponto de vista do participante, daquele que está inserido na prática e na convicção da prática? Uma resposta alinhada ao pensamento de Finnis há de ressaltar a eleição de uma atitude social que assuma o Direito como uma instituição que merece respeito e obediência, isto é, como exigência razoável para a consecução da felicidade e paz social. Visto sob esta ótica, o ideal de Direito defendido por Finnis está intimamente ligado ao senso de responsabilidade do indivíduo para com o todo, a comunidade.

Ante o exposto, é conveniente questionar qual o instrumento utilizado por Finnis para estudar essa prática. Invocando Aristóteles,¹⁵ o mestre de Oxford faz referência ao significado focal, e afirma que ele torna possível apreender o significado do que é relevante em relação ao caso central. Portanto, se exigências razoáveis são aquelas que promovem a felicidade e a paz social, o que mais tarde designará Finnis de bem comum¹⁶, então o caso central do direito são as leis que promovem o bem comum, pois este referencial determina o que é uma lei justa ou não.

¹³ A cerca da razoabilidade prática escreve Leandro M. Cordioli: “A razoabilidade prática, por isso, dirige-nos apontando o que pode, não deve ou deve ser feito. Tal direção racional é o que Finnis chama de “força normativa” (*normativity force: vis directiva*) da lei natural, ou simplesmente “força” (*force*) ou “normatividade” (*normativity*)”. CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 20.

¹⁴ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 34.

¹⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 23.

¹⁶ Uma definição mais consistente de bem comum é apresentada por Finnis como sendo este “um conjunto de que permite que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade”. Finnis, *op. cit.*, p. 155. À página 257 da mesma obra citada, complementa: “o bem comum da comunidade é o bem de todos os seus membros; é um bem em aberto, uma participação em todos os valores básicos.”

Neste sentido alinha-se Carlos Massini Correias reforçando o entendimento de Adrian Sgarbi antes exposto, destacando, porém, outra fonte importantíssima usada por Finnis: Tomás de Aquino.

No que diz respeito à *metodologia* das ciências práticas, Finnis sustenta, com apoio em uma exuberante quantidade de citações do Aquinate, que ela consiste na descrição analógica das realidades estudadas, isto é, no focar as considerações num *caso central*, em que se dá o significado principal ou focal de um determinado conceito, *v.gr.* “constituição” ou “amizade”, e a partir do qual se analisam as versões diluídas, defeituosas ou degradadas desse conceito.¹⁷

Vele ressaltar a conclusão a que chega Roseli Coelho Fossari.¹⁸ De modo bem didático ela afirma que a metodologia de Finnis é teleológica, ou seja, todo agir está direcionado a uma finalidade, no caso, o bem comum, tendo por base o conceito de razoabilidade prática, que é o agir em direção a um determinado fim. Por sua vez, a razoabilidade prática não é somente a decisão sobre como agir, mas o agir propriamente dito, e sempre com a finalidade de promoção do bem comum.

Pode-se considerar igualmente se tratar de uma teoria ética, pois seu objeto é o agir humano. Esse agir direcionado a um fim específico: a promoção do bem comum. Essa decisão-ação baseia-se no (re)conhecimento dos bens básicos. O homem (re)conhece os bens básicos e escolhe agir de acordo com esses bens básicos e realizar o bem comum. Finnis acredita que existe uma ordem natural das coisas (pensamento metafísico), mas como seu objeto é o agir humano em direção a uma finalidade, ele nega que sua teoria seja puramente metafísica, como o acusam alguns de seus críticos.

Outra síntese mais elaborada encontra-se em Elton Somensi:

Sintetizando o que foi visto até aqui, há dois aspectos a se enfatizar quanto à análise de FINNIS em relação do método adequado para as ciências sociais. O primeiro está na rejeição da visão metodológica de autores como KELSEN, ou seja, não acredita que o ponto de vista externo seja adequado para a reflexão jurídica. Nisto ele acompanha a crítica feita por HART e

¹⁷ MASSINI, Carlos Ignacio. Ciência prática e prudência em John Finnis: aproximações preliminares à problemática. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n.1, p. 6-7, jan./jun 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/11897/8117>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁸ FOSSARI, Roseli Coelho. Lei Natural e Direito Natural em John Finnis. *In*: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 20., 2008, Porto Alegre. **Livro de Resumos** [...]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/2550783/A_lei_natural_eo_direito_natural_em_John_Finnis. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 5-6.

RAZ. Disto resulta o segundo aspecto a se ressaltar, que é a opção pelo ponto de vista interno. No entanto, isso não implica que FINNIS concorde com a metodologia de HART e RAZ.¹⁹

Ao continuar a análise da metodologia finnisiana, Elton expõe de modo mais pormenorizado o percurso de escolha utilizado por Finnis, o qual está consciente de que seu mestre Hart havia estabelecido “duas espécies de ponto de vista externo: um ‘extremo’ e um ‘não extremo’”²⁰ adotando, por conseguinte, os pontos de vista interno e o externo não extremo. Ora, segundo Neil Maccormick,²¹ tal ponto de vista não extremo tem melhor denominação se chamado de ‘ponto de vista hermenêutico’, nutrindo assim a expectativa de que a definição seria melhor elaborada por Hart, o que não ocorreu, ficando comprometidas desta forma, ainda conforme Maccormick, algumas análises posteriores de Hart.

Finnis, por sua vez, não adota o critério do ponto de vista hermenêutico de Maccormick, embora perceba a fragilidade da análise de Hart, adotando exclusivamente o ponto de vista interno. Desta forma, “uma possível crítica a Finnis, tomando a reflexão feita por Maccormick, está justamente em não ter percebido que na verdade Hart e Raz se valem, indistinta e indevidamente, do ponto de vista hermenêutico e do interno.”²² Mesmo sendo evidente este descuido, Finnis não tem prejudicada sua análise.

Embora as divergências sobre os pontos de vista interno, externo e hermenêutico envolvendo Finnis, Hart, Raz e Maccormick (divergências estas sobre as quais o que fora exposto até então é suficiente para os objetivos do presente trabalho), é importante salientar, conforme o pensar de Elton S. de Oliveira, que:

(...) o teórico deve valer-se, na sua atividade, de um equilíbrio reflexivo (*reflective equilibrium*), conjugando a sua visão com a visão da realidade em estudo, buscando, com isso, um aprimoramento que garanta juízos de significado e importância que efetivamente expressem o que é bom e razoável em termos práticos. Com isso, Finnis quer evitar a adoção de uma concepção preliminar ou de um conjunto preliminar de princípios de seleção e relevância obtidos a partir de algum ponto de vista prático.²³

¹⁹ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 34.

²⁰ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 35.

²¹ MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Califórnia: Stanford University, 1987. p. 29-44.

²² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 35-36.

²³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 38-39.

Percebe-se assim uma postura equilibrada por parte de Finnis no que diz respeito à opção metodológica em sua obra. Este equilíbrio e coerência marcam o conjunto de produção acadêmica e posicionamentos perante os temas mais espinhosos abordados por ele ao longo dos últimos anos.

2.3 Síntese da obra *Lei Natural e Direitos Naturais*

A obra *Lei Natural e Direitos Naturais* está dividida em três grandes partes, contendo treze capítulos ao todo. Os capítulos são apresentados com declarações do autor que esclarecem se tratar de conjunto de argumentos em prol do direito natural enraizados na jurisprudência analítica.

Salutar é a observação de Oliveira:

Lei Natural e Direito Naturais é um livro sobre direito natural escrito para o ambiente intelectual anglo-saxão – o que fica explícito na linguagem e forma adotadas, bem como nos temas abordados e argumentos desenvolvidos. Conseguiu rapidamente atingir o seu público, sendo referido e sofrendo ataques tanto de autores estritamente positivistas (HART), como *pós-positivistas* (MACCORMICK), e mesmo de autores jusnaturalistas (MACINERNEY, VEATCH, LISSKA), os quais enxergam no livro de FINNIS uma série de ideias que se distanciam das teses tradicionais do jusnaturalismo. De fato, o livro contém o pensamento de FINNIS, e não uma reflexão *tomista*, utilizando tanto obras clássicas como atuais. Não se trata de um livro que pretenda um histórico das teorias sobre o direito natural e nem um livro sobre uma teoria do direito natural. Sem dúvida ele faz comentários a respeito de teorias sobre o direito natural e também propõe uma teoria. Todavia, estes são instrumentos que o autor utiliza para conseguir atingir o objeto primeiro da obra, que é estudar o próprio direito natural. E, neste sentido, dá ênfase à distinção, muitas vezes ignorada, entre direito natural e teorias a respeito do direito natural.²⁴

O capítulo I (“Apreciação e descrição do Direito”) discute acerca da formação de conceitos para uma ciência social descritiva. Ensina que as ações são influenciadas por causas naturais investigadas pelos métodos das ciências da natureza, mas só podem ser totalmente entendidas mediante seus propósitos (valores concebidos por pessoas, variando conforme elas, a sociedade e a época). A partir de então, Finnis cita algumas descrições de diferentes autores e as critica, de antemão, dizendo que nem Bentham, nem Austin, nem Kelsen apresentaram razão para suas definições favoritas de direito, que são postuladas sem questionamentos.

²⁴ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 19-20.

Segundo Finnis, na teoria geral do direito de Kelsen não há atenção ao problema metodológico de selecionar conceitos para uma teoria geral descritiva livre de valores sendo o direito uma técnica social que consiste em fazer acontecer a desejada conduta social por meio da ameaça com coerção, que deve ser cumprida em caso de conduta contrária.

Diferentemente de Kelsen, Hart entende que o direito deve ser descrito em termos de regras para a orientação da autoridade e dos cidadãos, não apenas como um conjunto de predições quanto ao que as autoridades irão fazer. Um sistema jurídico é compreendido como o conjunto no qual regras secundárias emergem para remediar os defeitos de um regime pré-jurídico, composto apenas de regras primárias, devendo conter regras e sanções primárias para assegurar a sobrevivência da sociedade.

Para Raz, o direito é um sistema de normas que fornece um método de resolver, com autoridade, disputas, por meio de normas que tanto fornecem orientação obrigatória para instituições primárias quanto orientam os indivíduos cujo comportamento pode ser avaliado e julgado por essas instituições. Trata-se da dupla função de suas normas, que faz o sistema legal diferir de qualquer outra ordem social.

Outra conclusão que Finnis traz ainda no primeiro capítulo é que o teórico descritivo não está obrigado a incluir em sua teoria todos os conceitos que as sociedades, que ora estuda, usaram em sua própria interpretação, em suas práticas. As avaliações dos teóricos são indispensáveis na seleção de quaisquer conceitos a ser usados na descrição de aspectos de assuntos humanos, tais como direito e ordem jurídica. E, quando essas coisas importantes estão ausentes ou deficientes, o mais importante para o teórico descrever são os aspectos em que se manifesta essa ausência.

O capítulo II (“Imagens e objeções”) apresenta críticas aos teóricos do positivismo no tocante à visão cultivadas por eles do direito natural sustentando, então, que as críticas ao jusnaturalismo são fundadas em compreensões equivocadas e generalistas.

Para tanto, Finnis aprofunda o estudo da teoria do direito natural originada da tradição aristotélico-tomista, de onde colhe os principais argumentos para fazer frente a Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart e Raz, todos positivistas que,

segundo Finnis, expõem interpretações equivocadas do direito natural pela dificuldade em compreender com profundidade os textos antigos.

Finnis explicita que há um conjunto de princípios básicos que indicam as formas básicas do florescimento humano como bens a ser buscados, que são encontrados não apenas na filosofia moral ou ética ou na conduta individual, mas também na filosofia política e na jurisprudência, na ação política e na vida do cidadão. Tais princípios explicam a força obrigatória das leis positivas e a atenção a eles justifica encarar certas leis positivas como deficientes, pela falta de conformidade a estes princípios.

No terceiro capítulo (“Uma forma básica do bem: conhecimento”), o autor narra qual a base de avaliação existente em cada juízo moral feito visando à distinção entre categorias.

Finnis traz uma série de conceitos diferentes a respeito da palavra “*jus*”. Para Tomás de Aquino, o significado primário é coisa justa, imparcialidade, e, secundariamente, a arte por meio da qual a pessoa sabe ou determina o que é justo. Em seguida, mostra o significado dado pelo jesuíta Francisco Suarez, em 1610, segundo o qual “*jus*” é o poder moral que todo homem tem, quer sobre sua própria propriedade, quer em relação àquilo que lhe é devido. Para Grotius, “*jus*” é a qualidade moral que permite à pessoa fazer algo justo. E, por fim, a definição de Hobbes, para quem o dever nasce junto com o direito, sendo que o homem tem a maioria dos direitos no estado de natureza, no vácuo de lei e obrigação, mas, em contrapartida, quem não tem deveres a cumprir, não tem direitos a exigir, e, por isso, não é apropriado dizer que o dever é logicamente anterior ao direito.

Após estas explicações, Finnis parte para o estudo da relação entre Direito e bem comum reconhecendo que os aspectos do bem comum são muitos e que, quando consideradas as complexidades da colaboração e limitação mútua na busca desse bem, as pessoas são confrontadas pelas escolhas entre instituições, políticas, leis e decisões desejáveis.

A força do discurso sobre direitos é que, quando empregado cuidadosamente, ele pode expressar vários aspectos de uma decisão que envolve mais de uma pessoa, indicando o que é e o que não é exigido de cada envolvido. Daí o autor citar documentos relacionados a direitos humanos nos quais foram incorporados alguns itens considerados em prol do bem comum, tais como a Declaração Universal de

Direitos Humanos, de 1948, e no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1952.

É indispensável à compreensão das palavras de Finnis considerar o sentido dado por ele aos bens básicos humanos, onde se nota haver uma base ligada a um princípio prático, exemplificada com o conhecimento, assim como a vida, o jogo (entendido como atividade de diversão), a estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião. Todos estes bens estão contidos no capítulo IV (“Os outros valores básicos”), assim como a explicação de que há um sem número de valores básicos à pessoa.

Usufruir destes bens básicos do ser, como ressalta Finnis no capítulo V (“Os requisitos práticos da razoabilidade prática”), depende da razoabilidade prática que se posiciona em cada opção feita e das escolhas concretizadas. Para o autor apenas o ser dotado de experiência, inteligência e um desejo pela razoabilidade mais forte do que os outros desejos pode oferecer uma resposta à indagação “como escolher um bem razoável ante tantos outros igualmente razoáveis?”.

Assim, ter um plano coerente de vida, não ter preferência arbitrária por pessoas ou valores, desprendimento, compromisso, bom senso e bem comum permite a existência da razoabilidade prática nas opções do ser. Por conseguinte, a decisão razoável terá em sua estrutura profunda a moral, pois requisitos da razoabilidade prática geram uma linguagem moral, discernida por um esforço de reflexão.

No capítulo VI (“Comunidade, comunidades e bem comum”), o autor expõe a importância do bem comum (um dos princípios ou bens básicos) como forma de unir um grupo de pessoas e seus integrantes. Reflete a respeito da existência da comunidade de ação e interesse, da comunidade de jogos e da amizade, que são consideradas a definição de comunidade ideal, já que é arvorada nos bens básicos, inclusive e principalmente na razoabilidade prática que alicerça o princípio básico do bem comum.

No capítulo VII (“Justiça”), o conceito amplo de justiça de John Mitchell Finnis (que parece ter influência de Immanuel Kant e seus imperativos categóricos, mas é, na verdade, assentado na razão prática do filósofo franco-americano Germain Grisez) é derivado do conjunto de requisitos da razoabilidade prática que são válidos porque a pessoa humana deve buscar realizar e respeitar os bens humanos não

apenas pensando em si mesma e em seu próprio bem, mas também pensando no bem comum da comunidade a que pertence e nos demais seres humanos.

No capítulo VIII (“Direitos”), a atenção do autor se volta para uma abordagem dos direitos e faz uma reflexão sobre as concepções diversas de direitos humanos. Para o autor a interpessoalidade é o campo no qual o Direito deve ser colocado e o dever é seu sustentáculo, visto que se exige de alguém (Estado ou outro ser) que respeite seu direito, o qual é aspecto do bem-estar coletivo.

Desta forma se deve optar por alguns dos bens básicos segundo critérios racionais que denotam sua moralidade justamente por serem tais critérios razoáveis e visarem o bem comum. O fundamento do Direito, logo, é tanto racional como moral por ser submetido a uma série de questionamentos do ser quando posto no caso concreto. O papel principal do legislador será o de perceber a existência dessa racionalidade e dessa moralidade para estabelecer a norma, não tendo, portanto, liberdade ampla quando de sua escolha.

Já que a lei é criada a partir de critérios racionais e morais, o ser é impelido naturalmente a cumpri-las, não sendo as normas subordinadas por argumentos teológicos. E esse dever é indispensável para que o bem comum seja alcançado e haja justiça. Ao contrário, havendo lei que agrida a razoabilidade prática (lida sob a racionalidade e moralidade) surge conflito entre as bases da lei e ela própria, motivando as pessoas ao seu descumprimento dada falta de razoabilidade prática de tal lei.

No capítulo IX (“Autoridade”) Finnis, ao estabelecer os bens humanos básicos como pressupostos valorativos e afirmar certas exigências da razoabilidade prática como pressupostos metodológicos, traz a relação entre comunidade e autoridade como instâncias de sociabilidade e de comando, isto é, como pressupostos sócio-políticos, o que implica em se estabelecer certas digressões, sobretudo a respeito do papel do Estado.

A comunidade humana, para Finnis, sob o ponto de vista da razoabilidade prática, é primeiramente uma questão de comunidade enquanto ordem. Mas há uma complexidade de coisas presentes quando se leva em consideração a conexão entre os princípios básicos especificados pelo autor e a ordem em seu conjunto.

De todo modo, entende Finnis que compete à Ciência Política examinar as condições empíricas sob as quais determinadas pessoas, organismos, ou grupos de pessoas podem criar diretrizes para a ação, com eficácia, ou seja, ações

fundamentadas e legitimadas na autoridade devidamente reconhecida por certa comunidade.

O capítulo seguinte, o X (“Lei”) expõe as reflexões de Finnis sobre as várias concepções de lei. Toda a construção teórica de Finnis está ancorada na consideração de que o vínculo entre Direito e Moral se dá por meio da razoabilidade prática. O Direito é necessário porque há certos valores e determinadas exigências que apenas por intermédio dele podem ser explicitadas, positivadas e vividas tanto pelos indivíduos quanto pela coletividade, tendo em vista o bem comum.

Assim o entende Finnis: as normas jurídicas constituem o que há de mais importante no Direito, porque são elas que estatuem positivamente o devido e o que não é devido. Portanto, elas se encontram no centro da discussão teórico-jurídica. Não obstante, as normas necessitam do teórico, de uma análise mais profunda, pois elas devem passar pelo crivo da avaliação da razoabilidade prática. É essa avaliação favorável que as habilita a assumir este caráter central como objeto de estudo. Isso porque o Direito não é para Finnis apenas exercício de poder, mas exercício de racionalidade.

No capítulo XI (“Obrigação”), uma vez mantido o foco para o quanto foi assentado, os sete bens básicos (a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade, a religião e a razoabilidade prática) são reputados de bens comuns porque eles são valorados como bens básicos pelos membros da comunidade.

À vista disso, considerando-se que o papel do Estado é o de promover a coordenação entre ações humanas e seus fins, a partir dos quais as pessoas encontram as condições necessárias para se alcançar um bem básico, as regras estabelecidas pelas autoridades políticas que atendem a essas condições últimas devem ser impostas para que se escape da mera preferência pessoal por seu cumprimento.

O parágrafo anterior, no entanto, esconde uma pretensão específica em Finnis. É que quando o Estado impõe sanções para os recalcitrantes em obedecer ao direito (no sentido finnisiano de conjunto de disposições que atendem ao bem comum) ele, o Estado, está a impedir, aplicando castigos, que se ultime alguma vantagem indevida obtida pelo delinquente sobre os demais membros da comunidade, já que estes limitaram suas eleições pessoais de agir. Ou seja, as sanções jurídicas para Finnis correspondem a instrumentos de compensação da

referida vantagem, tendo em vista que a sanção representa um preceito de justiça geral. Mas não apenas isso. Quando uma sanção é infligida guarda-se o propósito final de, com ela, se buscar imprimir razoabilidade nas próximas ações do delinquente, com o que se evidencia seu propósito educacional.

O capítulo XII (“Leis injustas”) apresenta a concepção de Finnis de que uma teoria da lei natural não precisa ter como principal preocupação a afirmação de que leis injustas não são leis. Inclusive, Finnis, com base na doutrina de Tomás de Aquino, entende que sim, injustas ou não, as leis são leis por serem uma ordem superior destinada aos seus subordinados, embora o Aquinate trate esta questão de modo evasivo.

Finnis aponta três tipos de injustiças que podem estar presentes nas leis: a) o soberano usa de sua autoridade para fazer estipulações projetadas para a sua própria vantagem ou de seu grupo (uma vez que a autoridade é derivada das necessidades do bem comum); b) o funcionário público extrapola os limites de sua autoridade, cujo ato *ultra vires* é abuso de poder e uma injustiça contra aqueles sujeitos a ele; c) o exercício da autoridade de outro modo que não seja conforme o ajustado. Nessa situação, o autor aponta que até mesmo o estipulado pode ser injusto, se destinar algum benefício a uma classe que não teria direito a ele ou, sem motivo justo, impuser a alguns uma determinada obrigação da qual outros estão livres.

Por fim, no capítulo XIII (“Natureza, razão, Deus”) que, se dependesse de Hart não figuraria como capítulo e sim como mero apêndice, Finnis reflete sobre a relação entre direito natural, teologia e revelação, considerando, segundo o pensar de Elton S. de Oliveira, a causa e o fim divino da existência humana.

Neste sentido fica evidente no todo da obra Lei Natural e Direitos Naturais que a escolha de Finnis pela teoria analítica do direito veio antes da opção ao jusnaturalismo. Escolha que colocou Finnis de algum modo na tradição de seu mestre e orientador Herbert L. A. Hart, a quem reconhece inestimáveis contribuições à conceituação do direito, em parte pelo poder descritivo da teoria analítica. Deste modo, a exemplo de Hart, Finnis assume com afinco o rigor linguístico e as dificuldades intrínsecas da tradição analítica. Ele a reconhece e destaca sua importância em três aspectos pontuais, a saber: a atenção ao fim prático, a seleção do caso central e do significado focal e a escolha do ponto de vista.

3 ESTABELECENDO CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Estudar o pensamento de John Finnis requer um esforço por entender sua obra de modo sistêmico. Esta exigência defendida pelo próprio autor, não se apresenta como obstáculo intransponível a um estudo mais restrito de partes de Lei Natural e Direitos Naturais.

Por outro lado, a exemplo de estudiosos como Leandro Mota Cordioli, Elton Somensi de Oliveira, Adrian Sgarbi, Marcos Rohling, Cristóbal Orrego Sánchez e o próprio John Michel Finnis, faz-se necessário estabelecer alguns conceitos e definições preliminares para, posteriormente, (em conformidade com a metodologia escolhida para elaboração deste trabalho) seguir com a apresentação e análise das exigências formais da lei natural e da lei positiva. Com isto se pretende maior aproximação à minuciosa metodologia finnisiana, por meio da qual a teoria do direito natural é abordada a partir de um visível desejo por retomar conceitos-chaves notadamente presentes nos escritos de Tomás de Aquino e Aristóteles (inclusive tecendo críticas a estes²⁵ quando julga necessárias), bem como denunciar inúmeras concepções caricatas do direito natural encontradas em obras de autores do quilate de Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz, Weber, Hume e outros. A síntese desta preocupação de Finnis ocupa praticamente toda a primeira parte do seu livro.

3.1 O Direito para além do justo e injusto

A conceituação do Direito não pode ser restringida a apontar critérios definidores, herméticos e estanques. Se por um lado há quem pensa como Cordioli, para quem “conceituar o Direito é também delimitar o que conta como juridicamente relevante ou irrelevante”²⁶, por outro, existem posições mais extremadas, como as de Paulo Ferreira da Cunha, defensor da ideia de que todo esforço por estabelecer

²⁵ São interessantes as objeções de Finnis a Aristóteles e Tomás, e estudá-las mereceria outra monografia. O tema não é foco deste trabalho, portanto não será abordado com maiores detalhes. Basta apenas citar os tópicos II.4, II.6 e III.5 contidos em Lei Natural e Direitos Naturais.

²⁶ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 15.

definições assemelha-se a “um tipo de paradigma próprio dos positivistas... (definir é sempre pôr um fim a alguma coisa, limitar algo)”²⁷.

Neste contexto observa-se que o jusnaturalismo de Finnis apresenta uma preocupação não apenas em definir o Direito vinculado à moral, mas sublinha tal vinculação como marcadamente racional normativa. Desta feita, Finnis diferencia-se dos demais juspositivistas que tão somente associam o direito a uma noção interdependente com a moral, (o justo) não sendo direito o oposto a isto (o injusto).

Entender o direito como expressão racional vinculado à moral e não apenas subordinado à ideia do justo e injusto revela um traço fundamental de Finnis a ligá-lo diretamente à tradição aristotélico-tomista. Neste sentido, mostra-se oportuno citar os posicionamentos de Aristóteles e Tomás de Aquino a respeito dessa matéria.

Para Aristóteles, a justiça como expressão da política legal (Direito) é a realização das leis da *polis*. Portanto, como cada lugar tem suas leis, justiça não é igual em todas as partes, pois os valores de cada povo são diferentes e também mudam com o passar do tempo. Com a justiça política natural ou direito natural (tópico seguinte) é diferente, pois esta é identificada com as relações justas dentro da sociedade, fundadas na igualdade e na honestidade, que permanecem eternas e iguais em todos os lugares e épocas. Assim escreve o Estagirita em Arte Retórica e Arte Poética:

Digo que, de um lado, há a lei particular e, do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, quando, a despeito da proibição que lhe foi feita, declara haver procedido justamente, enterrando Polinices: era esse seu direito natural. Não é de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos que estas leis existem e ninguém sabe qual a origem delas.²⁸

Como visto, Aristóteles divide a justiça em duas espécies básicas: geral e particular. A justiça geral é representada pela lei (direito positivo), e a lei é justa se reflete as normas do direito natural e estabelece a igualdade. Segundo a justiça

²⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. **O desafio científico e o desafio pedagógico do Direito Natural**. 2004. I Congresso Internacional de Direito Natural. Porto, em jul. de 2004. p. 121.

²⁸ ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. São Paulo: DIFEL Difusão Europeia do Livro, 1959. p. 86.

particular, um homem será justo à medida que pratica a igualdade prescrita na lei. Nos dizeres de Bobbio:

Não é exata a opinião comum segundo a qual é possível distinguir os dois significados de justiça referindo o primeiro sobretudo à ação e o segundo sobretudo à lei, pelo que uma ação seria justa quando conforme a uma lei, e uma lei seria justa quando conforme ao princípio da igualdade (...) costuma-se dizer que um homem é justo não só porque observa a lei, mas também porque é equânime, assim como, por outro lado, que uma lei é justa não só porque é igualitária, mas também porque é conforme a uma lei superior.²⁹

A observação de Bobbio ganha maior significado se corroborada com as palavras do próprio Aristóteles, quando em *Ética a Nicômaco* escreve:

Ora, o termo “injusto” é tido como indicativo tanto do indivíduo que transgride a lei quanto do indivíduo que toma mais do que aquilo que lhe é devido, o indivíduo não equitativo. Consequentemente, fica claro que o homem que obedece a lei e o homem equitativo serão ambos justos. O “justo”, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou equitativo, e o “injusto” significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não equitativo.³⁰

As passagens de Aristóteles acima transcritas parecem apontar para o contrário do título deste tópico, dando margem à interpretação que o direito não vai além do considerado justo ou injusto, desde que, respectivamente, esteja em conformidade ou desconformidade com a lei estabelecida, sem uma necessária vinculação a um critério razoável. Entretanto, o próprio fato de se ponderar as escolhas conforme o senso de justiça ou injustiça a partir da lei, remete a um exercício racional e escolha pelo razoável ou mediania (termo mais caro a Aristóteles).

Em Tomás de Aquino a aparente falta de coesão entre Direito, moral e razoabilidade antes exposta é dissipada. Assim escreve o Doutor Angélico:

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

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 14.

³⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2013. p. 146.

gênero do número, e o primeiro movimento dos movimentos. Daí resulta que a lei é algo que pertence à razão.³¹

Por fim, sobre a definição de Direito em Finnis, é oportuno pincelar aqui as conclusões de Leandro M. Cordioli³², que em síntese afirma:

- a) há, como antes destacado, uma vinculação necessária entre moral e direito, sendo esta vinculação racionalmente normativa;
- b) uma vez compreendida a moralidade como normativa, disto se concebe por analogia uma lei natural do caso central de lei, qual seja para Finnis a lei humana;
- c) visto que o conteúdo do direito não se esvai nas diretivas morais, se entende não ser a conexão entre moralidade e direito plenamente material, pois a lei positiva pode ser derivada da lei natural;
- d) expressões como lei natural, lei da natureza, lei moral, lei da razão, moralidade intrínseca, razão natural e reta razão “são todas sinônimas, designando os critérios racionais de escolha e de guias da ação humana.”³³;
- e) os critérios listados anteriormente protegem e conferem direitos subjetivos denominados simultaneamente de direitos naturais, direitos morais ou de direitos humanos;
- f) já as expressões lei positiva e lei humana são sinônimas. São normas sancionatórias “positivadas para o bem comum de uma comunidade completa pelas autoridades humanas legitimadas a tanto, segundo o procedimento prescrito pelo próprio Direito”³⁴, o que induz à conclusão que (se) “a existência de uma lei natural acarreta na existência da garantia de direitos naturais, uma lei positiva confere ‘direitos legais’ [direitos positivados: *legal rights*] aos membros da comunidade para a qual foi criada.”³⁵

³¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica** I-II: q. 90, a. 1. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 522.

³² CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 15-16.

³³ CORDIOLI, *op. cit.*, p. 15.

³⁴ CORDIOLI, *loc. cit.*

³⁵ CORDIOLI, *loc. cit.*

3.2 Direitos naturais em face do direito natural

A definição dada por Finnis sobre o direito natural é complexa, uma vez necessitar de ao menos três definições de expressões complementares ou correlatas, a saber: “princípios práticos básicos”, “requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática” e “conjunto de padrões morais gerais”³⁶, as quais não serão aprofundadas aqui.

Seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Roseli Coelho Fossari,³⁷ para Finnis há leis e direitos naturais anteriores a qualquer valoração prévia, embasados em princípios evidentes por si mesmos, “são *per se nota* (evidentes por si mesmos) e indemonstráveis”³⁸, podendo ser adequadamente apreendidos por todos que tenham a plena razão (maturidade da razão).

Tais princípios não são, por sua vez, inferidos de outros princípios de caráter especulativo ou inatos, ou de fatos, de proposições metafísicas sobre a natureza humana ou sobre a constituição do bem ou do mal, nem de uma pretensa teleologia da natureza. “São não-derivados, não inferidos de coisa alguma”³⁹, não criados em determinado momento pela humanidade que supostamente tenha a eles dado significado (valor).

As leis e direitos naturais são deduzidos a partir de uma lista de formas básicas de bens humanos, os quais, conforme Finnis, são “existentes desde sempre na natureza”⁴⁰: 1) vida, 2) conhecimento, 3) jogo, 4) experiência estética, 5) sociabilidade (amizade), 6) razoabilidade prática e 7) religião. Diante destes bens, alerta o autor, “cada um de nós (...) está sozinho com a sua própria apreensão inteligente dos primeiros princípios indemonstráveis (porque evidentes por si mesmos) de seu próprio raciocínio prático”⁴¹. Desta forma ele acentua a responsabilidade individual que pesa em cada escolha. Mais para frente no tópico 4.5, quando for analisada a relação existente entre as exigências formais da lei

³⁶ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 34.

³⁷ FOSSARI, Roseli Coelho. Lei Natural e Direito Natural em John Finnis. *In*: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 20., 2008, Porto Alegre. **Livro de Resumos** [...]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/2550783/A_lei_natural_eo_direito_natural_em_John_Finnis. Acesso em: 18 jul. 2019. p. 2.

³⁸ FINNIS, *op. cit.*, p. 44.

³⁹ FINNIS, *op. cit.*, p. 45.

⁴⁰ FINNIS, *op. cit.*, p. 87-94.

⁴¹ FINNIS, *op. cit.*, p. 91.

natural e os requisitos básicos da razoabilidade prática, esta responsabilidade em escolher conforme critérios razoáveis ficará mais evidente.

Para Finnis, individualmente se pode dar prioridade a um determinado valor (bem humano básico) por tempo determinado ao longo da vida. Isso indica inexistir qualquer grau de hierarquia de importância entre tais bens humanos básicos, admitindo inclusive a existência (ou descoberta) de outros bens humanos resultantes de derivações daqueles relacionados acima, não se tratando assim de uma “lista exaustiva”⁴² nem hermética. A passagem seguinte ilustra muito bem esta compreensão realista de Finnis:

Mas há muitas dessas formas básicas; eu identifiquei sete. E cada uma delas pode ter a nossa participação e ser promovida de uma variedade inexaurível de modos e com uma variedade inexaurível de combinações de ênfase, concentração e especialização. Participar completamente de qualquer valor básico exige habilidade ou, pelos menos, um compromisso total. Mas a vida é curta.⁴³

Um passo seguinte rumo à compreensão do conceito de direito natural em Finnis é ter claro a centralidade de outro conceito desenvolvido por ele e intitulado de razoabilidade prática, sobre o qual será dedicado um tópico à parte (4.4). Por ora, basta frisar a complexidade do conceito acima, composto por outros nove⁴⁴, nomeados pelo autor de exigências básicas da razoabilidade prática: 1) adoção de um plano de vida coerente, 2) sem preferências arbitrárias por valores, 3) sem preferências arbitrárias por pessoas, 4) certo distanciamento para evitar fanatismos, 5) fidelidade aos compromissos assumidos, 6) agir eficiente dentro do razoável (a razão não está nas consequências, mas na realização dos bens humanos inerentes a ela), 7) respeitar cada valor básico em todos os atos⁴⁵, mesmo que a circunstância

⁴² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 95.

⁴³ FINNIS, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴ Leandro M. Cordioli acrescenta à listagem contida em *Lei Natural e Direitos Naturais* uma décima exigência (Não escolher bens aparentes), por sua vez extraída de *Fundamentals of Ethics*, publicado por Finnis em 1983, três anos após a publicação de sua obra principal. Esta exigência não será abordada aqui.

⁴⁵ Como consequência da observação desta exigência básica, não se justifica a ideia de que para se atingir determinados fins pretensamente bons deve-se admitir deliberadamente males menores. A temática é antiga e ao mesmo tempo atual. A encontramos de modo velado no pensamento político de Maquiavel (*MAQUIAVEL. O Príncipe*. São Paulo: Cultrix, 1977. p. 113). Em sentido oposto expressa-se Voltaire, para quem “não é permitido praticar um pequeno mal para um grande bem.” (*VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Escala, 2006. p. 112). Um meio termo é verificado nas palavras do papa Paulo VI: “se é lícito, algumas vezes, tolerar o mal menor para evitar um mal maior, ou para promover um bem superior, nunca é lícito, nem sequer por razões gravíssimas,

momentânea deixe em aberto posturas diversas, como em situação de guerra declarada, em que a vida do inocente deve ser preservada. De forma similar cabe a interpretação ao fato de não se admitir atentar contra a vida intrauterina (prática do aborto) ou de doentes terminais (eutanásia), etc., 8) respeitar e promover o bem comum, 9) agir conforme a própria consciência, uma vez não ser razoável praticar o errado e ignorar o certo se tendo conhecimento e liberdade para a ação contrária⁴⁶.

Ainda como parte do esforço por entender em que sentido(s) Finnis apreende e trabalha o direito natural, escreve Marcos Rohling:

(...) por *direito natural* Finnis entende que existe um conjunto de princípios práticos que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem perseguidos e realizados e que existe, igualmente, um conjunto de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática que fornecem os critérios para distinguir entre os atos que são razoáveis e atos que são desarrazoados, por meio do que é possível formular um conjunto de padrões morais gerais. Além disso, pondera que os princípios do direito natural, tal como os entende, são encontrados não apenas na filosofia moral ou ética, mas também em toda a filosofia política e jurídica, na ação política, nas adjudicações e na vida do cidadão, tendo em vista que esses princípios justificam o exercício da autoridade na comunidade, a qual deve ser pautada pelas exigências do que se chama Estado de Direito (*rule of law*), respeitando devidamente os direitos humanos que encarnam os requisitos da justiça.⁴⁷

Sobre a origem do direito natural e suas vicissitudes, Finnis se expressa em termos negativos⁴⁸:

O direito natural não poderia surgir, declinar, ser revivido ou encenar “eternos retornos”. Não poderia ter realizações históricas creditadas a ele. Não poderia ser responsabilizado por desastres do espírito humano por atrocidades da humanidade.

A título de síntese é possível afirmar que direito natural⁴⁹, segundo Finnis, seja uma decisão-ação a reforçar certo comportamento racionalmente assentido⁵⁰

fazer o mal, para que daí provenha o bem”. (PAULO VI. **Humanae Vitae**. São Paulo: Paulinas, 2007. p. 18).

⁴⁶ Platão, por meio de Sócrates, fala deste compromisso que se deve ter com a verdade (justiça). Assim escreve: “Ouvi, pois, de mim mesmo o que aconteceu, para que saibais que não há ninguém a quem eu tenha feito concessões com desprezo da justiça e por medo da morte; e que, ao mesmo tempo, por essa recusa de toda concessão, deverei morrer.” PLATÃO. **Apologia de Sócrates; Banquete**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 75.

⁴⁷ ROHLING, Marcos. Lei Natural e Direito: a crítica de Finnis ao Positivismo Jurídico. **Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 162, jun. 2012. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2012v11n1p159/22910>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁴⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 36.

que instiga a proteger e ao mesmo tempo promover os bens básicos humanos (vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade, razoabilidade prática, religião), agindo em conformidade com algumas exigências da razoabilidade prática (adoção de um plano de vida coerente, sem preferências arbitrária por valores, sem preferências arbitrária por pessoas, certo distanciamento para evitar fanatismos, fidelidade aos compromissos assumidos, agir eficiente dentro do razoável, respeitar cada valor básico em todos os atos, respeitar e promover o bem comum, agir conforme a própria consciência) tendo por fim o bem comum de todos. E, embora o direito natural seja auto-evidente isto “não significa apreensão imediata por todos, indistintamente, mas possibilidade de apreensão por todos em razão da objetividade daquilo que se diz auto-evidente.”⁵¹

A definição posta acima parece mais ampla e completa se comparada àquela atribuída a Tomás de Aquino, conforme as palavras de Marcus Boeira, quando afirma: “(...) o Direito Natural é o conjunto das regras da moralidade, derivadas da lei natural (pré-moral, cujos preceitos são evidentes e indemonstráveis) e que fundamentam o direito positivo humanos em uma sociedade ordenada para o bem comum.”⁵²

3.3 Direitos naturais em face da lei natural

O citado artigo da Roseli C. Fossari não se ocupa de uma análise mais aprofundada sobre lei natural e direitos naturais. As críticas de Finnis a pensadores como Kelsen, Raz e Hart, e todas as caricaturas destes relacionadas ao direito natural e à lei natural, são apenas reproduzidas, como se não tivessem sido sumariamente atacadas por Finnis.

⁴⁹ Tomás de Aquino mostra-se bem mais sucinto ao definir direito natural como “participação da lei eterna na criatura racional”. AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica** I-II: q. 90, a. 1. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 531.

⁵⁰ Sobre o termo “assentimento” vale a pena referir-se a Newman, que o define como função mental que tira conclusões a partir de um conjunto de probabilidades independentes “[...] pois, pelo que parece, quando assentimos a uma proposição, a apreensão de seus termos é apenas um pré-requisito necessário para o assentimento”. NEWMAN, John Henry. **El asentimiento religioso**. Barcelona: Herder, 1960. p. 50.

⁵¹ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 46.

⁵² BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. Diferenças entre a teoria da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suárez: problemas gnosiológicos e metafísicos. In: MOTA, Mauricio; MACEDO, Paulo Emilio Borges de (Org.). **Leituras Tomistas do Direito**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 57-58.

Já Leandro M. Cordioli⁵³ faz uma análise mais condizente ao pensar finnisiano. Posturas similares são encontradas em Elton S. Oliveira⁵⁴, Adrian Sgarbi⁵⁵ e Marcos Rohling⁵⁶.

Para Finnis, como já fora aqui antes posto, direitos naturais são o conjunto dos bens básicos e exigências da razoabilidade prática, as quais apontam para um fim: o bem comum. A lei natural, neste sentido, é aquela que respeita e apresenta mecanismos normativos propiciadores ao florescimento tanto dos bens ou valores humanos quanto das exigências básicas da razoabilidade prática. Neste sentido, entende “que a razão opera distintamente quando orientada a resolver problemas práticos, procurando fins inteligivelmente bons e modos de persegui-los razoavelmente.”⁵⁷

A respeito dos modos pelos quais os seres humanos conhecem a lei natural e os direitos naturais, Finnis é incisivo ao rebater a crença de Hart, para quem “[...] os seres humanos são igualmente dedicados concordes a suas concepções de objetivos”⁵⁸ afirmando Finnis, por sua vez, que “todos os teóricos clássicos do direito natural certamente tomaram por assente, e muito frequentemente afirmaram com franqueza, que os seres humanos não se dedicam igualmente à busca do conhecimento”⁵⁹, recorrendo portanto, mais uma vez Tomás de Aquino⁶⁰, “não por

⁵³ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 23-28.

⁵⁴ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 43-50.

⁵⁵ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 683, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁵⁶ ROHLING, Marcos. Lei Natural e Direito: a crítica de Finnis ao Positivismo Jurídico. **Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 161-173, jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2012v11n1p159/22910>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁵⁷ CORDIOLI, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 40.

⁵⁹ FINNIS, *op. cit.*, p. 41.

⁶⁰ Elogios semelhantes são dados a Tomás de Aquino pelo magistério da Igreja Católica, especialmente ao longo dos últimos papados, de Leão XIII para cá. Um apanhado destes é encontrado na carta encíclica sobre As Relações entre Fé e Razão, de João Paulo II: “Sem dúvida, S. Tomás possuiu, no máximo grau, a coragem da verdade, a liberdade de espírito quando enfrentava os novos problemas, a honestidade intelectual de quem não admite a contaminação do cristianismo pela filosofia profana, mas tão pouco defende a rejeição apriorística desta. Por isso, passou à história do pensamento cristão como um pioneiro no novo caminho da filosofia e da cultura universal. O ponto central e como que a essência da solução que ele deu ao problema novamente posto da contraposição entre razão e fé, com a genialidade do seu intuito profético, foi o da conciliação entre a

qualquer presunção de que tudo o que ele afirma é verdade, mas simplesmente porque ele é um paradigma do ‘teórico do direito natural’ e domina o período ‘desde os Padres da Igreja até Kant.’”⁶¹

Assim, conforme as assertivas do Aquinate, “a respeito da extensão do conhecimento humano da lei natural”⁶² é possível elencar as seguintes categorias de princípios ou preceitos do direito natural: princípios gerais (comuníssimos) sobre os quais “qualquer pessoa sã é capaz de ver que a vida, o conhecimento, o companheirismo... são, como tais, bens, isto é, coisas que vale a pena se ter”⁶³ e conservar. Tudo isto sem entrar no mérito ou mesmo deixando de lado considerações particulares, julgamentos sobre o grau de importância relativa, exigências morais e quaisquer questões sobre como o ser humano deve dedicar-se a tais bens ou o modo como deve relacionar-se com eles. “E neste sentido ‘não podem, enquanto princípios gerais [*in universalí*], ser eliminados do coração humano”⁶⁴ de modo universal. Mas podem ser obscurecidos pela prática do mal, que, por sua vez, caracteriza-se pela ausência do bem.”⁶⁵

A segunda categoria é composta por “implicações morais mais elementares (...) que qualquer um pode alcançar imediatamente pelo simples uso de sua razão.”⁶⁶ Embora tais princípios estejam acessíveis a todos que gozam de sanidade racional, eles podem ser simplesmente ignorados ou transgredidos. Logo, não existe um imperativo para que sejam observados, pois sobressai a força do livre arbítrio e liberdade dos agentes (seres humanos) agrupados em comunidade ou isolados.

Segue, por fim, a terceira categoria. São princípios sobre os quais não basta a sã razão para que sejam considerados corretamente, exigindo sabedoria e profundidade, apenas acessíveis aos sábios. Tomás não indica quais são os princípios comuníssimos e pré-morais reservados ao conhecimento dos sábios.

secularidade do mundo e a radicalidade do Evangelho, evitando, por um lado, aquela tendência anti-natural que nega o mundo e seus valores, mas, por outro, sem faltar às exigências supremas e inabaláveis da ordem sobrenatural.” JOÃO PAULO II. **As Relações entre Fé e Razão**. Porto Alegre: Edipucrs, 1999. p. 51. Mais adiante, à página 84 da mesma encíclica se lê: “o objectivo do Magistério era, e continua a ser, mostrar como S. Tomás é um autêntico modelo para quantos buscam a verdade.”

⁶¹ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 39.

⁶² OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 43.

⁶³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 41.

⁶⁴ FINNIS, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁵ Esta concepção de mal como carência do bem é característica do pensamento de Santo Agostinho, conforme GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia**. São Paulo: Cia das Letras, 1995. p. 195.

⁶⁶ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 44.

Não custa ressaltar que para o Aquinate “a lei natural (a moralidade) não é conhecida unicamente pela revelação divina, nem pela vontade de Deus, mas pela razão humana enquanto voltada a escolher alternativas de ação e compromissos de vida”⁶⁷, uma vez que nem “a existência de Deus é evidente por si mesma, mesmo para o relativamente sábio, nesta vida”.⁶⁸

Neste contexto o termo “lei” refere-se aos critérios normativos da boa escolha, por serem verdadeiros, e não é razoável escolher de outra maneira senão segundo esses critérios.”⁶⁹ Já a expressão “‘natural’ quer dizer primariamente que tal lei fornece critérios ou padrões racionais às escolhas humanas, que se conhecidos e adotados, implicam na razoabilidade das deliberações”. E, de modo secundário,

(...) pode significar também que os critérios de escolha de ações (princípios ou normas) fornecidos pela lei natural: (i) não são “positivados” pelos homens e valem mesmo antes de ser estabelecidos por alguém; (ii) estão “além” das leis positivadas, isto é, servem de critérios para avaliar aceitando ou recusando ditas leis, com a possibilidade da fundamentação de desobediência; (iii) são objetivos e quem não os acata encontra-se em erro, porque conhecidos a partir das exigências da razoabilidade prática; (iv) a adesão habitual a tais critérios implica ainda no desenvolvimento humano individual ou da comunidade.⁷⁰

Com relação à noção de direitos naturais, estes são derivados da força normativa da lei natural. Resulta isso na existência de direitos oriundos do direito positivo (o qual não pode ser “tratado como mera ‘cópia’ do direito natural”⁷¹) e dos “direitos naturais”⁷² [*natural rights*] fruto das disposições obtidas por conclusão da lei natural. Ambos conferidos por regras ou preceitos verdadeiramente normativos e obrigatórios moralmente.”⁷³

Assim sendo, há de se admitir certa dependência do direito positivo em relação à lei natural, uma vez que

(...) eventual ordenamento jurídico positivo (lei humana) que permita que se firmem esses direitos naturais ou prescreva condutas que atinjam voluntária e

⁶⁷ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão “lei natural” em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 23.

⁶⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 43.

⁶⁹ CORDIOLI, *loc. cit.*

⁷⁰ CORDIOLI, *op. cit.*, p. 24.

⁷¹ FINNIS, *op. cit.*, p. 39.

⁷² Os direitos naturais também são tidos como “direitos do homem” e se referem à dignidade da pessoa humana. GROCHOLEWSKI, Zenon. **A filosofia do direito nos ensinamentos de João Paulo II e outros escritos**. São Paulo: Paulinas, 2002. p. 78.

⁷³ CORDIOLI, *op. cit.*, p. 27.

diretamente os bens tutelados por esses direitos perde “força” e obrigatoriedade perante a lei natural, possibilitando o exercício do direito de resistência.⁷⁴

Como são direitos, seus titulares (todos os seres humanos reunidos em comunidade ou cada indivíduo isoladamente) estão legitimados para exigir seu cumprimento ante a ameaça de lesão, pois há de se reconhecer a “(...) alta importância (da) lucta do indivíduo pelo seu direito, quando ele diz: _ o direito inteiro, que foi lesado e negado em meu direito pessoal, é que eu vou defender e restabelecer!”⁷⁵

A exclamação de Ihering encontra eco em João Paulo II quando este afirma ser o direito um “bem supremo que todo homem, bem como as autoridades públicas, deve fazer prevalecer”⁷⁶, sendo que o direito justo, especialmente a lei natural e os direitos naturais dela derivados encontram fundamento na razoabilidade prática e na busca do bem comum, a ponto de ser o elemento fundamental de distinção entre “o que é moralmente certo (virtude) e errado (vício) perguntar não o que está de acordo com a natureza humana, mas o que é razoável.”⁷⁷

⁷⁴ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 24.

⁷⁵ IHERING, Rudolf Von. **A Lucta pelo Direito**. Canoas: Vendramim, [1981]. p. 68.

⁷⁶ GROCHOLEWSKI, Zenon. **A filosofia do direito nos ensinamentos de João Paulo II e outros escritos**. São Paulo: Paulinas, 2002. p. 40.

⁷⁷ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 49.

4 EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI NATURAL EM JOHN FINNIS

O capítulo IX, intitulado AUTORIDADE, está compreendido na segunda parte de Lei Natural e Direitos Naturais. Toda esta segunda parte (composta do capítulo III ao XII) por sua vez é definida por seu autor como “cerne deste livro”⁷⁸ por englobar vários temas desde ética, filosofia política e filosofia do direito. Finnis entende ser possível aceitar os rótulos de que a segunda parte de sua obra trata das áreas do Direito, acima citadas, mas unicamente por mera conveniência acadêmica. Entretanto, ele não aceita a “implicação de que as ‘disciplinas’ que eles (capítulos III-XII) identificam são realmente distintas e podem ser seguramente tratadas em separado.”⁷⁹

No presente capítulo desta pesquisa são expostos e analisados alguns pressupostos formais da lei natural colhidos em especial do capítulo IX da obra de John Finnis. O destaque e análise de tais pressupostos, aqui também denominados de Exigências Formais da Lei Natural, constituem a primeira parte do problema central desta pesquisa. Consequentemente, a segunda parte (Exigências Formais da Lei Positiva) será tema do capítulo seguinte.

4.1 A autoridade

John Finnis está convencido do papel central ocupado por uma autoridade junto a uma comunidade humana. Para os objetivos deste trabalho, a autoridade pode ser identificada à primeira exigência formal da lei natural. A justificativa para a existência de autoridade não é, necessariamente, devida às “fraquezas humanas”⁸⁰ (estupidez, incompetência, debilidade de propósito, falta de compromisso com o grupo, egoísmo, malevolência, tendência à exploração do outro). Finnis a justifica argumentado haver uma complexidade maior para tal, convencido de que:

(...) quanto maiores a inteligência e a competência dos membros de um grupo, quanto maiores o comprometimento e a dedicação deles a propósitos em comum e ao bem comum, mais a autoridade e a regulamentação podem ser necessárias para permitir que o grupo alcance seus propósitos em comum, o bem comum.⁸¹

⁷⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007, p. 11.

⁷⁹ FINNIS, *loc. cit.*

⁸⁰ FINNIS, *op. cit.*, p. 227.

⁸¹ FINNIS, *loc. cit.*

No entanto, não basta a existência de uma autoridade para que os indivíduos constituintes de determinada comunidade humana superem suas fraquezas e se tornem empenhados em buscar o bem comum (tópico 5.2). Faz-se necessária à autoridade algo essencial para seu exercício: legitimidade ou, conforme Barzotto, reconhecimento, entendido como “a prática de considerar o outro como sujeito de direito ou pessoa, isto é, como um ser que é ‘fim em si mesmo’ e que possui uma ‘dignidade’ que é o fundamento de direitos e deveres.”⁸² Obviamente que o conceito de reconhecimento trabalhado por Barzotto está num contexto mais amplo, aplicável a todas as pessoas. Entretanto, se comparado às reflexões de Finnis, pode muito bem ser aproximado ao conceito de autoridade defendido por ele.

Quando Finnis alerta para o fato de, em uma determinada comunidade humana, o exercício da coordenação normalmente assumir dimensões mais complexas, à maneira que no seio dela se encontram pessoas inteligentes e dedicadas, a justificativa é mais que apropriada, pois, naturalmente, “o membro dedicado do grupo sempre estará alerta para modos novos e melhores de atingir o bem comum, de coordenar a ação dos membros, de representar seu próprio papel.”⁸³ Do mesmo modo procederá o membro inteligente. Ambos, por suas capacidades, irão “descobrir tais modos novos e melhores, e talvez não apenas um, mas muitos modelos possíveis e razoáveis.”⁸⁴

Ora, o cenário descrito pelo último parágrafo parece ser o ideal a uma comunidade humana decidida a assegurar o bem comum: seu fim almejado e objetivo último. Mas, segundo a análise de Finnis, trata-se apenas de mera aparência, pois esta concentração de “mentes brilhantes” e interessadas acentuam os problemas na hora de decidir, inclusive impossibilitando alguma tomada de decisão, por mais urgente e necessária ao bem comum. Não deixa de ser uma conclusão, à primeira vista, no mínimo perturbadora. Assim escreve:

A inteligência e a dedicação, a capacidade e o comprometimento assim multiplicam os problemas de coordenação, dando mais orientações, compromissos, projetos, “prioridades” possíveis dentre os quis escolherem. E, até que uma escolha em particular tenha sido feita, nada será na verdade feito. Além do mais, em algumas formas de comunidade humana, que algo

⁸² BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 93.

⁸³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 227-228.

⁸⁴ FINNIS, *op. cit.*, p. 228.

seja feito não é apenas uma questão de vantagem opcional, mas uma questão de direito, um requisito de justiça.⁸⁵

Com as palavras transcritas acima evidencia-se a intenção de Finnis em ressaltar a complexidade administrativa de uma comunidade à medida que seja composta por membros capazes e bem-intencionados. Pois justamente os abundantes talentos individuais nela presentes tornam-se obstáculos difíceis de serem superados. Isto porque, dentre tantas possibilidades de ação e escolha levantadas para o bem da referida comunidade, graças às capacidades e dons de seus componentes, mais se torna difícil a escolha por uma ação, e, conseqüentemente, exclusão das demais. Motivo: pessoas inteligentes e empenhadas têm mais tenacidade e argumentos na defesa de seus pontos de vista e deles dificilmente abrem mão. Conseqüentemente, num cenário assim, não se alcança um consenso mínimo facilmente (tópico 4.3), comprometendo a eleição e concretização do bem comum.

Posta a situação deste modo, ainda conforme o pensar de Finnis, restam apenas dois modos distintos de se chegar a uma solução razoável: ou por meio da unanimidade, ou de uma autoridade legítima e reconhecida pela maioria dos membros da comunidade sobre a qual exercerá seu poder, tendo por fim (não custa destacar mais uma vez) o bem comum. Assim se expressa:

Existem, em última análise, apenas dois modos de se fazer uma escolha entre modos alternativos de coordenar a ação para o propósito em comum ou o bem comum de qualquer grupo. Deve haver ou unanimidade, ou autoridade. Não existem outras possibilidades.⁸⁶

Aqui, embora seja importante expor as possibilidades de se alcançar decisão (duas apenas: autoridade e unanimidade⁸⁷) dentro de uma comunidade ou grupo, mais importante ainda é sublinhar que para Finnis o foco central seja tornar viável o bem comum, sua concretização na vida das pessoas. Uma vez feita a triste constatação de que a mera existência de pessoas inteligentes e comprometidas em fazer o bem não garante a concretização de tal bem, caso não cedam umas às

⁸⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 228.

⁸⁶ FINNIS, *loc. cit.*

⁸⁷ Uma terceira possibilidade é descartada por Finnis: a promessa recíproca. Para ele, este modo nada mais é que uma variação da unanimidade. Assim se expressa: "Fazer promessa reciprocamente não é um terceiro modo; pelo contrário, é uma modalidade do primeiro modo, a unanimidade." FINNIS, *loc. cit.*

outras. Se as pessoas se isolam em posturas polarizadas, obstinadas egoisticamente em defender seus interesses individuais ou corporativistas e limitados, muito dificilmente atingirão o bem comum.

Ante o fato de existirem tão somente duas vias (autoridade e unanimidade) para se alcançar a resolução de conflitos de escolhas numa comunidade (ainda que predominantemente composta de pessoas inteligentes e dedicadas), um problema se impõe: escolher uma delas. Mas para tal problema Finnis não demanda muita reflexão para se chegar a uma solução. De imediato descarta a possibilidade de opção pela unanimidade, classificada por ele como “muito além dos limites da possibilidade prática na comunidade política.”⁸⁸

Uma vez afastada a unanimidade, não fica difícil identificar a autoridade como o melhor modo (senão o único possível na prática) de se mediar conflitos de escolhas numa comunidade ou grupo humano, a fim de que ali seja concretizado o bem comum.

A respeito do termo autoridade, Finnis faz uma série de observações sobre o que ele chama de “complicações linguísticas”⁸⁹, convencido das consequências nefastas de tais complicações, pois “quando não são claramente entendidas, causam séria confusão entre ‘positivistas’ e ‘teóricos da lei natural’ na teoria do direito”.⁹⁰

Sobre as “complicações linguísticas” relacionadas à autoridade a que se refere Finnis, não serão aqui tratadas de modo pormenorizado, devido à delimitação da presente pesquisa. A apresentação da síntese formulada por Sgarbi é suficiente e atende, em certa medida, os objetivos deste trabalho. Segue:

Com respeito à “autoridade”, Finnis procura expor os “sentidos” com os quais o termo pode ser enunciado. Ou seja, nosso autor pontua que a expressão «**X** tem autoridade sobre **S**» pode ser explicado ao menos sob três perspectivas distintas:

- (1) Sentido 1: Quando **S** o diz, isto é, quando **S** admite que **X** tem autoridade;
- (2) Sentido 2: Quando um **Z** o diz a um **Q** com respeito a **X** e **S**;
- (3) Sentido 3: Quando **Z** conhece bem as razões de **S** em razão de alguma condição que tem.

Na primeira situação, tem-se a descrição de “um ponto de vista interno”; na segunda situação uma descrição da autoridade sob o ponto de vista externo; na terceira, o ponto de vista técnico ou profissional. Em que pese essas variações, nosso Autor assinala que o ponto de vista que assume

⁸⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 228.

⁸⁹ FINNIS, *op. cit.*, p. 230.

⁹⁰ FINNIS, *loc. cit.*

para descrever a relação de autoridade é o primeiro, pois os outros dois são apenas consequências deste.⁹¹

O próprio Finnis chama atenção ao fato de ser sua “explicação da necessidade e da justificação da autoridade, e de seus limites e modos apropriados de atuação, uma explicação com referência ao bem comum.”⁹² Com isto ele coloca em relevo quem são os legítimos titulares da autoridade dentro de uma comunidade: aqueles que formalmente tornam possível a concretização do bem comum, da lei natural, ou seja, os incumbidos do exercício da autoridade. Para Sgarbi “este princípio não é a última palavra sobre as exigências da razoabilidade prática relativa à atribuição ou ao reconhecimento da autoridade, porém é a primeira e a mais fundamental.”⁹³

4.2 Regras razoáveis

Outra exigência formal para a concretização da lei natural diz respeito às regras razoáveis no sentido de serem conformes à razão. Trata-se de um conceito muito próximo ao usado por Finnis quando analisa as leis injustas⁹⁴, as quais não são foco do presente trabalho. Entretanto, há uma diferença fundamental e esta consiste no fato de serem as leis injustas, não aspectos formais, mas materiais do direito. Desta feita é correto afirmar que se depreende da razoabilidade das regras seu caráter prévio (que vem antes de certa lei ser positivada), devendo ser ela (a razoabilidade das regras) levada em consideração por parte do legislador no momento em que formula as leis. Trata-se, de certa forma, de uma interdependência entre o exercício racional do operador do direito e a consequente explicitação (codificação) da lei positiva sob a forma de normas, mas não de qualquer norma, e sim de uma norma fundamentalmente razoável, ou seja, embasada nos ditames da razão e nas exigências formais da lei natural.

⁹¹ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 678, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

⁹² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 232.

⁹³ SGARBI, *loc. cit.*

⁹⁴ FINNIS, *op. cit.*, p. 337-347.

Nesta linha de pensamento Marcus Boeira⁹⁵ esclarece que tendo sido a lei natural “identificada pela operação racional que a inteligência prática exerce, é fundamental reconhecer que é a razão prática⁹⁶ que a decifra e torna-a uma lei para o agente.” Também fica explícito o entendimento de Tomás de Aquino sobre a lei natural como participação da “lei eterna”⁹⁷ na criatura racional, ligando-a à razão. Conseqüentemente, isto obriga ao “legislador, na elaboração e constituição da norma, observar de que modo sua própria inteligência prática realiza a operação de detectar os princípios evidentes da racionalidade.”⁹⁸

Conforme Finnis, “deve haver confluência de prática deliberada, não induzida pela força, por fraude ou erro. E, mais positivamente, a prática deve ser acompanhada de uma certa atitude, crença, intenção ou disposição”.⁹⁹ Ou seja, a ação prevista por determinada regra precisa encontrar respaldo na razoabilidade prática, até alcançar o mundo concreto das pessoas, de modo a garantir aquilo intitulado por Barzotto de “justiça social, a qual por sua vez trata das relações do indivíduo com a comunidade.”¹⁰⁰ O sentido de “justiça social” usado por Barzotto sintetiza com muita precisão o entendimento de Finnis quando se refere ao bem comum.

Ora, para a concretização do bem comum no âmbito da lei natural, a existência de regras conformes à razoabilidade prática é indispensável, uma vez ser “inerente ao homem a inclinação ao bem segundo a natureza da razão, que lhe é própria (...) e segundo isso, pertencem à lei natural aquelas coisas que dizem respeito a tal inclinação.”¹⁰¹

⁹⁵ BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. Diferenças entre a teoria da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suárez: problemas gnosiológicos e metafísicos. *In*: MOTA, Mauricio; MACEDO, Paulo Emilio Borges de (Org.). **Leituras Tomistas do Direito**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 57.

⁹⁶ Para Boeira, razão prática em Tomás de Aquino refere-se ao “conhecimento das coisas contingentes, parciais e concretas” (também do Direito, por exemplo), diferente da “razão teórica, destinada ao conhecimento das coisas universais e invariáveis, dos primeiros princípios da ciência e da filosofia.” BOEIRA, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁷ Para além do conceito de lei natural, não faz parte dos objetivos deste trabalho maiores detalhes sobre lei eterna e lei divina. Basta tão somente afirmar que, respectivamente, uma representa a lei do criador, “a lei de Deus que orienta todos os entes para seu fim correspondente” e que a outra (lei divina) “representa a lei (o decálogo) que o próprio Deus instituiu para seu povo”. BOEIRA, *op. cit.*, p. 58. Sendo que tanto a lei eterna quanto a divina estão acima da lei natural.

⁹⁸ BOEIRA, *op. cit.*, p. 57.

⁹⁹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 234.

¹⁰⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

¹⁰¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica Suma Teológica I-II: q. 90, a. 1. 2. ed.** São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 563.

4.3 Consenso mínimo

Na figura de pessoas revestidas de autoridade, cuja responsabilidade de governar “em uma comunidade deve ser exercida de fato, [de modo a] efetivamente resolver seus problemas de coordenação”,¹⁰² situa o esforço de todos os membros ou ao menos da maioria considerável destes, em buscar o consenso mínimo, o qual pode, ainda que de modo precário, ser identificado com a mediania aristotélica e prudência tomista.

Do jeito como Finnis aborda o assunto, centrado na discussão sobre autoridade, fica quase impossível extrair alguma referência ao consenso mínimo. Por outro lado, se os modos razoáveis pelos quais, eventualmente, se consegue resolver as questões conflituosas dentro de uma comunidade não são pela unanimidade e sim pela autoridade, se pode certamente concluir que, na figura de quem representa a autoridade não repousa outra característica marcante senão a possibilidade de apresentar para tal comunidade um modo de resolução no qual, embora individualmente, seus membros não vejam seus interesses atendidos em sua totalidade, o verão, ao menos, em parte. Em outras palavras: nenhum terá tudo o que almejou, mas ninguém o deixará ter (ainda que) em parte.

A esta função primordial da autoridade de harmonizar interesses, às vezes, intrinsecamente opostos e, quase sempre impossíveis de concretização devido à natural escassez de alguns bens tidos como essenciais à sobrevivência (os bens naturais, por exemplo) pode ser denominada também de consenso mínimo. A expressão por excelência da concentração da força do consenso mínimo verifica-se quando, na vida concreta dos indivíduos reunidos numa comunidade, os quais verdadeiramente demonstrando interesse em alcançar o bem comum, se manifestam atitudes contrárias ao egoísmo e ao individualismo irracionais.

Sob esta linha de raciocínio fica evidente a viabilidade prática e a existência da autoridade que advém do reconhecimento dos membros de certo grupo humano. E algo aparentemente impossível à primeira vista (satisfazer a todos, embora cada um individualmente receba apenas parte do que pretendia ou e se julgava no direito de possuir), pode sim se concretizar, embora precariamente, pois “a vida da comunidade política é uma vida em aberto; seus fins nunca são totalmente

¹⁰² FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 240.

alcançados, e poucos de seus problemas de coordenação são resolvidos de uma vez por todas.”¹⁰³

A adesão e busca do consenso mínimo deve resultar no rompimento de atitudes intrinsecamente egoístas dos indivíduos reunidos em comunidade, permitindo, assim, a concretização do bem comum por meio da autoridade reconhecida. Trata-se de exigência formal da lei natural para que o direito possa ser estabelecido e seus frutos venham a florescer. Sem consenso mínimo, a autoridade se torna impossível, não mais entendida como “um bem (porque requerida para a realização do bem comum)”¹⁰⁴; as regras razoáveis ficam inoperantes e vazias ante a indecisão por uma escolha a qual se mostra imperiosa realizar, persistindo a inércia e, aos poucos, conseqüente declínio comunitário.

Ora, uma comunidade que chega a um impasse deste nível está fadada ao colapso, pois justamente a “possibilidade de coordenar a ação da comunidade para o bem-comum é que, em última análise, obriga aos membros da comunidade a reconhecer a autoridade”,¹⁰⁵ a enxergar nela a capacidade de fazer valer o consenso mínimo sob a forma de satisfação dos interesses individuais e coletivos, atitudes precedentes e indispensáveis ao surgimento e florescimento do bem comum.

4.4 A razoabilidade prática¹⁰⁶

Este é, com certeza, um dos conceitos mais elementares para se compreender a teoria de Finnis sobre o direito natural, trazendo-o (o direito natural) do limbo a que fora relegado nos últimos séculos para o foco de interesse dos estudiosos contemporâneos. Impulsionado pela força argumentativa, meticulosidade e logicidade de sua metodologia, Finnis procede de maneira hábil e retira a espessa poeira acumulada por anos sobre o direito natural, apresentando-o não apenas revigorado, conforme expressão usada por Adrian Sgarbi, mas compreensivo e

¹⁰³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 229.

¹⁰⁴ FINNIS, *op. cit.*, p. 240.

¹⁰⁵ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 679, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁰⁶ Sobre a razoabilidade prática, Finnis afirma: “Em sexto lugar, há o bem básico de ser capaz de se utilizar a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de escolher as ações, o estilo de vida e de dar forma ao caráter. Negativamente, isso implica que a pessoa tem certo grau de liberdade efetiva; positivamente, implica que ela tenta impor uma ordem inteligente e razoável a suas ações, hábitos e atitudes praticas.” FINNIS, *op. cit.*, p. 93-94.

atraente aos olhos da comunidade acadêmica dos séculos XX-XXI, tão acostumada e, porque não, acomodada, às críticas dominantes de teóricos da envergadura de Hart, Kelsen, Raz e outros mais.

A respeito do destaque da razoabilidade prática em relação às demais formas básicas de bem humano, anteriormente sinalizado (tópicos 2.2, 2.3, 3.2) Finnis pontua que:

(...) entre as formas básicas de bem que não temos qualquer boa razão para deixar de lado, está o bem da razoabilidade prática, no qual a pessoa participa precisamente dando forma à própria participação nos outros bens básicos, direcionando os compromissos, a seleção de projetos e o que ela faz ao leva-los a cabo.¹⁰⁷

Nesta pesquisa, por respeito às delimitações metodológicas e restrições do alcance de seus objetivos, a razoabilidade prática e os requisitos básicos dela derivados não são abordados, há de se reconhecer, com o nível de profundidade merecida. Isto não significa negar-lhe o justo reconhecimento do papel central ocupado por ela na teoria finnisiana.

Por outro lado, não custa chamar a atenção ao evidente caráter inovador trazido por Finnis ao estudo do direito natural, graças à sua intuição quando formula o conceito da razoabilidade prática, tida como elo indispensável para se entender o funcionamento, tanto dos requisitos básicos, quanto das formas básicas (ou valores) do bem humano.

Concatenada a esta linha de pensamento soma-se essa outra: sem a intuição das formas básicas do bem humano e dos requisitos da razoabilidade prática, o pensamento de Finnis dificilmente teria alcançado a elevada aceitação de que goza atualmente e, assim, críticas similares à de Fulvio Di Blasi de que “a teoria moral de Finnis peca ao ser excessivamente intelectualista”,¹⁰⁸ dificilmente teria como ser refutada.

Mas, ao inferir maneiras concretas pelas quais sua teoria atua no mundo concreto das pessoas e suas organizações políticas, mais especificamente ao elencar e descrever as formas e os requisitos básicos da razoabilidade prática,

¹⁰⁷ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 105.

¹⁰⁸ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 29.

Finnis distancia-se das infrutíferas elucubrações intelectualistas, estas muitas vezes pintadas com indisfarçáveis tons metafísicos.

Agindo assim, o pensamento finnisiano se fortalece por se apresentar alicerçado sobre a razão, e, portanto, acessível e compreensível a qualquer um capaz de mínimo uso adequado de suas funções racionais. Para este “qualquer um” fica fácil vislumbrar as ações traçadas por Finnis desde quando ele inicia a sua tarefa ao aplainar o caminho a ser percorrido, (e o faz lançando luz sobre as sombras e caricaturas¹⁰⁹ atribuídas injustamente ao direito natural) prosseguindo nesta tarefa ao intuir as formas básicas do bem humano e, por fim, os requisitos básicos da razoabilidade prática, os quais, somados ou isoladamente, (desde que assumidos como critérios de escolha) apontam de modo indistinto para a realização do bem comum.

Em sua formulação os requisitos básicos “expressam o ‘método da lei natural’ de elaborar a ‘lei natural’ (moral) a partir dos primeiros (pré-morais) ‘princípios da lei natural’”,¹¹⁰ constituindo-se em “razões pelas quais (e portanto os modos segundo os quais) existem coisas que moralmente (não) deveriam ser feitas.”¹¹¹ Com estas palavras Finnis procura destacar mais uma vez a importância dos requisitos básicos, realçando desta feita o papel fundamental ocupado em sua teoria pela razoabilidade prática.

As considerações seguintes sobre as formas e requisitos básicos listados por Finnis ao longo do capítulo quinto de *Lei Natural e Direitos Naturais* seguirão basicamente a linha de análise desenvolvida por Leandro M. Cordioli¹¹², dando ênfase ao pressuposto aqui defendido de que a razoabilidade prática e seus requisitos podem, sem sombra de dúvida, ser analisados e correlacionados simultaneamente às exigências formais da lei natural, isto em conformidade com as ideias defendidas por seu idealizador, no caso, John Finnis.

Posto este cenário, faz-se indispensável uma representação mais elaborada dos nove requisitos básicos da razoabilidade prática enumerados por Finnis, oportunidade na qual, por sua vez, serão explicitadas e analisadas as relações

¹⁰⁹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 39.

¹¹⁰ FINNIS, *op. cit.*, p. 108.

¹¹¹ FINNIS, *loc. cit.*

¹¹² A respeito do pensamento de Cordioli quando elenca e analisa os requisitos básicos da razoabilidade prática, basicamente o seguiremos em tudo, menos no que se refere ao acréscimo de um décimo requisito: não escolher bens aparentes. Embora reconhecidamente tal requisito seja autêntica criação de Finnis, porém posterior à publicação de *Lei Natural e Direitos Naturais*. Não se trata de escolha arbitrária, e sim devido aos objetivos a presente pesquisa.

defendidas como existentes (para esta pesquisa) entre eles e as exigências formais da lei natural.

4.5 Os requisitos básicos da razoabilidade prática e as exigências formais da lei natural

Ao apresentar o primeiro requisito da razoabilidade prática, Finnis põe em relevo o fato de que nem todos estão aptos a usufruírem dos aspectos básicos do bem-estar humano, mas apenas a quem “pondera a respeito de suas oportunidades e, portanto, só são realizáveis por alguém que inteligentemente direcione, enfoque e controle seus ímpetos, inclinações e impulsos”.¹¹³ A esta disposição de controle e vigilância de si, por sua vez direcionada por um “conjunto harmonioso de propósitos e orientações”,¹¹⁴ o qual aponta para uma real e indiscutível efetividade, é que Finnis chama de plano coerente de vida.

As duas características (propósitos e orientações) assinaladas como indispensáveis para um plano de vida, asseguram o comprometimento e a previsibilidade das ações, pois nem se pode viver apenas fiel às conveniências de momento, sem compromissos, nem sem aspirações de futuro, ao “Deus dará”, visto “não ser razoável viver apenas de momento a momento, atendendo a anseios imediatistas, ou apenas deixando o barco correr”,¹¹⁵ bem como mostra-se irracional a obstinação em apostar todas as fichas apenas na realização de um único projeto, quando, para a efetivação do mesmo, fosse necessária tão somente certa atenção momentânea.

Somado ao requisito anterior tem-se aquele em cujo núcleo está algo semelhante a uma advertência: não deve haver preferências arbitrárias por valores. A razão para tanto parece ser de fácil entendimento se considerado o modo de pensar de Finnis, para quem não existe qualquer hierarquia entre os bens humanos, não devendo haver, por conseguinte, escolha arbitrária por um e exclusão injustificada de outro. O importante é considerar sempre a totalidade dos bens, de modo a percebê-los como conjunto indispensável pelo qual a lei natural se manifesta.

¹¹³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 108.

¹¹⁴ FINNIS, *loc. cit.*

¹¹⁵ FINNIS, *loc. cit.*

O requisito seguinte assemelha-se ao último citado. Trata-se de não se ter preferências arbitrárias por pessoas. Desta forma, uma vez considerados os bens humanos, não é razoável ter acepção por indivíduos. Pelo contrário, deve haver nas relações uma imparcialidade fundamental para com todos os sujeitos humanos que são ou podem ser partícipes desses bens. Em sentido contrário, fica fácil o estabelecimento de critérios nem sempre justos, odiosos até, correndo-se o risco de ser a escolha fundamentada não em princípios como o da dignidade humana, por exemplo, mas sim noutros, como a cor da pele, a nacionalidade, a estratificação social, dentre outros; impossibilitando, assim, a viabilidade da incidência da lei natural e seu florescimento em meio às comunidades e grupos humanos.

Uma vez não observada a vedação anterior sobressai, na pessoa, embora em convívio e dependente de uma comunidade, um egoísmo implacável propenso a induzi-la a buscar apenas sua própria realização, mesmo se outras pessoas dela conviveres, venham a ser prejudicadas. Pois ante a possibilidade de escolha arbitrária, facilmente escolhe-se a si próprio como merecedor dos bens, configurando-se aquilo que Finnis classifica como tendência “a advogar em causa própria, a ter dois pesos e duas medidas, à hipocrisia, à indiferença para com o bem dos outros a quem poderia facilmente ajudar.”¹¹⁶ Num contexto assim, não pode a lei natural estabelecer-se e se fazer percebida, pois ela depende da não escolha arbitrária por pessoas como exigência formal para acontecer.

Segue ao requisito da não preferência arbitrária por pessoas outro: o despreendimento, o qual “consiste em se evitar o fanatismo, na medida em que se pode dar a um projeto particular importância tal que se não for alcançado em razão das circunstâncias a vida pode parecer sem sentido.”¹¹⁷

Para Finnis, posturas semelhantes a estas se mostram absolutamente irracionais, uma vez que

(...) desvaloriza e trata como destituído de sentido o bem humano básico de autodeterminação autêntica e razoável, um bem do qual a pessoa participa, de modo significativo, simplesmente tentando fazer algo sensato e que valha a pena, venha ou não este projeto sensato e que vale a pena a dar em nada.¹¹⁸

¹¹⁶ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 112.

¹¹⁷ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 124.

¹¹⁸ FINNIS, *op. cit.*, p. 114.

O fanático, para quem o centro de interesse aglutina-se no entorno de uma única causa ou conjunto delas, fecha-se em si mesmo e aos demais. Para ele, o que importa é o “tudo ou nada”, embora reconheça a boa razão de que, quem quase sempre conduz a vida a partir da ideia de um “tudo ou nada”, a conduza invariavelmente a um nada absoluto.

Por si só, negligenciar este requisito importa seriamente em descuidar da concretização da lei natural não apenas a nível pessoal quanto a nível comunitário. Ou se não impossibilitando, ao menos dificultando o surgimento do bem comum por meio da vigência da lei natural.

Na continuação de sua listagem, Finnis apresenta o compromisso como requisito complementar ao desprendimento, por meio do qual deve ser evitada a apatia quando se tem por meta a perseguição dos bens humanos. Se razoável é a não admissão do fanatismo, igualmente razoável mostra-se a tenacidade em resistir às adversidades pela busca do bem comum, pois, segundo Finnis, é salutar às pessoas procurarem “criativamente modos novos e melhores de cumprir com seus compromissos, em vez de ficar restringindo seus horizontes e seus esforços a projetos, métodos e rotinas com as quais estão familiarizadas.”¹¹⁹

A relevância (limitada) das consequências: eficiência dos limites do bom senso, é como Finnis intitula o sexto requisito da razoabilidade prática. Conforme Cordioli, “em termos positivos, para se alcançar os mesmos resultados e estados de coisas desejáveis deve-se dar privilégio aos meios e às ações mais eficientes, e bens mais fundamentais.”¹²⁰

Em termos bem concretos, onde escolhas precisam ser feitas, seja preferível o bem humano ao bem dos animais, bens humanos básicos àqueles considerados instrumentais (materiais), assim como o menor dano a determinado bem humano básico tenha preferência a um dano maior, e assim sucessivamente. Nos termos seguintes se expressa Finnis:

Onde uma escolha deve ser feita, é razoável preferir o bem humano ao bem dos animais. [...], é razoável preferir bens humanos básicos (como a vida) a bens meramente instrumentais (como a propriedade). Onde o dano é inevitável, é razoável preferível atordoar a ferir, ferir a aleijar, aleijar a matar:

¹¹⁹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 114.

¹²⁰ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 126.

isto é, menor grau em preferência ao maior grau de dano a um mesmo bem básico, em um mesmo caso. Onde um modo de participar de um bem humano básico inclui *tanto* todos os bons aspectos e efeitos de sua alternativa *como* também mais do que isso, é razoável preferir esse modo: um remédio que tanto alivie a dor quanto cure deve ser preferido a um que meramente alivie a dor.¹²¹

Conclui-se que Finnis apresenta critérios gradativos quando se depara com escolhas conflituosas entre determinados bens humanos, tendo em consideração mais uma vez a totalidade dos bens em questão, de modo a preservar os mais relevantes e assim garantir os pressupostos indispensáveis para a devida efetivação da lei natural.

O sétimo requisito Finnis denomina de respeito por cada valor básico em cada ato, “o princípio sobre o qual se assenta unicamente a estrita inviolabilidade dos direitos humanos básicos.”¹²² À primeira vista soa estranha a formulação de um requisito para supostamente garantir a integridade dos demais.

As palavras de Cordioli¹²³ ajudam a entender a intenção de Finnis.

Evidentemente, é razoável que busquemos *evitar* males, já que o próprio primeiro princípio da razoabilidade prática (*há de se perseguir o bem, e se evitar o mal...*) nos dirige a perseguir o bem e evitar os males. Porém, infligir a nós mesmos ou aos outros males como fim principal da ação ou como meio para a perseguição de fins bons nunca pode ser razoável. Assim, assumir essa exigência da razoabilidade prática requer que nos abstenhamos de intencionalmente agir contra os bens humanos básicos, excluindo ações desse tipo.

Neste sentido evidencia-se o objetivo de Finnis: não se deve violar a nenhum dos bens básicos humanos. Agir de outra forma é atentar contra a razoabilidade prática e tornar inviável a concretização da lei natural, uma vez não ser possível, em nome de pretensão bem comum, praticar um ato intrinsecamente mau (vide nota de rodapé 23).

O requisito do bem comum¹²⁴ (oitavo requisito) é definido por Finnis como sendo o “requisito de favorecer o bem comum da comunidade.”¹²⁵ Sobre a ideia de bem comum, Cordioli assevera: “John Finnis entende por bem comum o conjunto de

¹²¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 115.

¹²² FINNIS, *op. cit.*, p. 124.

¹²³ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 128.

¹²⁴ A este requisito é dedicado todo o capítulo VI. FINNIS, *op. cit.*, p. 137-160.

¹²⁵ FINNIS, *op. cit.*, p. 127.

condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis e participem dos bens humanos básicos.”¹²⁶ É, de certa forma, um apelo a respeitar a autonomia do outro, pois “não devemos interferir arbitrariamente positiva ou negativamente nos compromissos razoáveis dos outros. O que é também uma implicação do bem humano básico da razoabilidade prática.”¹²⁷

Este requisito impõe o respeito ao bem comum de uma comunidade em geral e de outras comunidades as quais com ela se relacionam. Sua aplicabilidade concreta acontece no espaço comum, de modo indistinto, assegurando o acesso aos bens jurídicos não apenas a alguns, mas a todos os seus membros.

Por fim, o nono requisito prescreve a necessidade de se seguir os ditames da própria consciência. Trata-se de conceito elaborado anteriormente, a que tudo indica, por Tomás de Aquino. Sua síntese consiste na ideia de que “se a pessoa escolhe fazer o que julga ser em última análise desarrazoado, ou se escolhe não fazer o que julga ser em última análise requerido pela razão, então a escolha dessa pessoa é desarrazoada (equivocada)”.¹²⁸ Agir segundo sua consciência é característica do exercício do livre arbítrio por parte do agente, o que implica em responsabilidade individual com a formação do caráter pessoal.

Segundo Finnis, o nono requisito funciona como resumo de todos os demais e a “ele se segue do fato de que a razoabilidade prática não é simplesmente um mecanismo para produzir juízos corretos, mas um aspecto da plenitude da existência pessoal a ser respeitado em cada ato assim como ‘em tudo’”.¹²⁹

A partir das afirmações acima e a título de conclusão, percebe-se que os requisitos básicos da razoabilidade prática devem ser compreendidos sob a perspectiva da interdependência e complementaridade existentes entre eles e todos os demais aspectos da teoria finnisiana do direito natural, tornando viável a lei natural, a qual, conforme o pensar de Finnis, mais facilmente chega à concretização à maneira que suas exigências formais são vislumbradas e conscientemente postas

¹²⁶ CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis**: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 131.

¹²⁷ CORDIOLI, *op. cit.*, p. 131.

¹²⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 128.

¹²⁹ FINNIS, *loc. cit.*

em prática; desde a figura da autoridade, perpassando pela adesão a regras razoáveis, bem como pelo consenso mínimo.

A consequência de toda esta engrenagem, como se pretendeu aqui demonstrar, é o surgimento da possibilidade de uma escolha moral livre, consciente, e, porque racional, logo conforme os ditames da razoabilidade prática e do bem comum.

5 EXIGÊNCIAS FORMAIS DA LEI POSITIVA EM JOHN FINNIS

O presente capítulo complementa o anterior, uma vez ter por foco também a análise de exigências formais, só que agora da lei positiva. Com relação ao alinhamento às ideias de Finnis, as reflexões aqui desenvolvidas particularmente se concentram em extrair dos conteúdos do capítulo X¹³⁰ de Lei Natural e Direitos Naturais seus elementos essenciais e justificadores. Já em termos metodológicos, está dividido em cinco tópicos¹³¹, cada um abordando respectivamente uma exigência formal da lei positiva.

O tópico 5.1 apresenta o poder coercitivo da lei e os modos como se relacionam e se complementam. O seguinte (5.2) aborda a autorregulação do Direito e o 5.3 trata da validade das normas jurídicas no tempo. Já o tópico 5.4 reflete o jeito do Direito regular a atuação dos indivíduos. Por fim, o tópico 5.5 estuda a ficção da previsibilidade absoluta do Direito.

Em seu artigo, Adrian Sgarbi apresenta uma lista com as cinco características (exigências) formais do direito (lei positiva) “aos olhos de Finnis.” São elas:

1. “Regras de coação”. Segundo Finnis, o direito é necessariamente coativo: primeiramente através de sanções punitivas; secundariamente mediante intervenções restritivas, pois o castigo tanto atua como incentivo para que se aja conforme ao direito como para restaurar o equilíbrio de vantagens entre aquele que viola e aquele que respeita a lei;
2. “O direito regula sua própria criação”. O direito atribui previsibilidade às interações humanas utilizando-se de regras e instituições que ele mesmo formula;
3. “As normas jurídicas permanecem no tempo”. Afirma Finnis que as normas jurídicas se caracterizam por, uma vez criadas, permanecerem válidas até o exaurimento do seu propósito ou sua revogação;
4. “As normas jurídicas regulam a atuação dos indivíduos, podem modificar a extensão e a aplicação de regras”. Ou seja, as regras jurídicas também organizam a atuação privada na constituição de padrões de conduta;
5. “O direito assume a ficção de previsibilidade total”. Conforme Finnis, é comum a presença do postulado conforme o qual os atos jurídicos passados preveem os problemas de coordenação social.¹³²

¹³⁰ Considerações semelhantes à temática abordada neste capítulo são encontradas em Finnis, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 66-77.

¹³¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 260.

¹³² SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 686, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

A forma como será abordada e comentada as cinco características elencadas por Sgarbi neste capítulo consistirá num esforço maior por depreender da totalidade do capítulo X de Lei Natural e Direitos Naturais uma visão mais abrangente destas cinco características correlacionando-as aos demais pontos de vista trabalhados por Finnis. Por resultado, pretende-se obter uma reflexão o mais

Correlacionadas às cinco características estão os oito *desiderata* (desejos) também formulados por Finnis.

1) as regras do Direito devem ser prospectivas e não-retroativas; 2) as regras devem estatuir o que é possível de se fazer ou realizar; 3) suas regras devem ser promulgadas; 4) elas devem ser claras; 5) coerentes entre si; 6) suficientemente estáveis; 7) as ordens que regulam as situações de comportamento devem resultar de orientações gerais; e 8) as autoridades devem aplicar o Direito coerentemente e segundo o seu teor.¹³³

Sobre a relação de complementaridade existente entre os *desiderata* e as cinco características formais do direito assim se expressa Finnis:

Resumindo, quanto mais os oito *desiderata* já listados são satisfeitos, mais as cinco características formais da lei (X.3) são satisfeitas em casos concretos. O ponto fundamental dos *desiderata* é garantir àqueles que estão sujeitos à autoridade a dignidade da autonomia e de ficarem livres de certas formas de manipulação. O Estado de Direito está, portanto, dentre os requisitos de justiça ou equidade.¹³⁴

5.1 O poder coercitivo da lei

Já nas primeiras linhas do capítulo X de Lei Natural e Direitos Naturais, intitulado simplesmente de LEI, Finnis defende não ser possível dissociar a noção de complementariedade existente entre lei e coerção. Para ele, não se trata de mera questão de garantir a efetividade da lei fazendo-se uso da coerção em si, embora de imediato reconheça que “neste mundo, sendo ele como é, é possível que a justiça precise ser garantida pela força.”¹³⁵

O ponto de vista defendido por Finnis vai um pouco além, a se aproximar de algo por ele denominado dever de consciência, nesta pesquisa compreendido como imperioso apelo à ação conforme os critérios da razoabilidade prática ante ameaças concretas à autoridade da lei.¹³⁶ Posturas opostas a esta, constatadas

abrangente possível. Para tanto, se observado ao longo da explanação uma certa insistência em seguir os passos de Finnis, isto não pode ser tomado como mera coincidência.

¹³³ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 687, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹³⁴ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 266.

¹³⁵ FINNIS, *op. cit.*, p. 265.

¹³⁶ Sobre a subordinação da ação conforme os critérios da razoabilidade prática, Elton S. de Oliveira acrescenta: “A perspectiva adequada é, assim, a perspectiva moral. Finnis denomina-a, inicialmente, de perspectiva da razoabilidade prática e a considera, dessa forma, o caso central da perspectiva do agente. Este caso central deve ser o ponto de vista adotado para a construção da ciência do direito,

especialmente em autoridades legitimamente constituídas, pode resultar na grave consequência da lei se tornar ineficiente em garantir aquela que, para Finnis, é sua principal habilidade: a garantia da justiça.¹³⁷

Neste contexto, ao analisar a função, por assim dizer, “pedagógica” das proibições dos modernos sistemas de direito penal vigentes, área do Direito em que por excelência e de modo mais explícito é encontrado atuando conjuntamente lei e coerção, Finnis tece uma série de considerações importantíssimas a respeito das imbricações existentes entre elas (lei e coerção).

Primeiramente reconhece que Aristóteles simplificou demais a relação entre lei e coerção quando diz ser a necessidade da interação delas apenas em função da “recalcitrância dos muitos egoístas embrutecidos cujo egocentrismo inescrupuloso só pode ser moderado por uma ameaça direta a seu egoísmo.”¹³⁸ Ora, para Finnis, a situação não é tão simples assim, pois se Aristóteles estivesse de todo certo, não haveria espaço para se justificar a não adesão a leis intrinsecamente injustas ou, ao menos, a denúncia delas sem incorrer, devido a isto, em crime. Conforme defende Finnis, há de se reconhecer que:

A recalcitrância _ recusa em cumprir com as estipulações da autoridade para a coordenação da ação do bem comum _ pode estar não apenas em egocentrismo ou em indiferença descuidada para com os bens comuns e as estipulações em benefício deles, mas em nobre oposição conscienciosa às exigências desta ou daquela estipulação (ou talvez a todas elas).¹³⁹

Uma segunda consideração se dá no modo como a coerção legal se manifesta numa determinada comunidade¹⁴⁰ completa, a qual se considera

bem como o ponto de vista a ser seguido em qualquer ciência prática. A partir dessa perspectiva, as instituições jurídicas são compreendidas sob os olhos daquele que as considera como exigências, ao menos pressupostas, da razoabilidade prática. E, somente dessa maneira, é possível atribuir ao direito algo distinto das outras formas de ordem social.” OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Perspectiva da Lei Natural** (a metodologia jurídica de John Mitchell Finnis). 2010. 128 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. P. 18.

¹³⁷ Para Finnis, “a autoridade da lei depende, como veremos detalhadamente, de sua justiça ou pelo menos de sua habilidade de garantir a justiça”. FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 255.

¹³⁸ FINNIS, *loc. cit.*

¹³⁹ FINNIS, *loc. cit.*

¹⁴⁰ “A comunidade é concebida por Finnis como uma maneira de unificar as relações entre os seres humanos para cujo objetivo é indispensável a cooperação e o compromisso comum, tendo em vista assegurar-se o bem-estar coletivo.” ROHLING, Marcos. Lei Natural e Direito: a crítica de Finnis ao Positivismo Jurídico. **Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 165, jun. 2012. Disponível em:

possuidora de “autoridade para dar orientação abrangente e suprema para o comportamento humano na comunidade, e para conferir validade jurídica a todos os outros arranjos normativos que afetam os membros dessa comunidade.”¹⁴¹

Finnis afirma que em casos semelhantes ao acima citado, apenas a crença dos membros de tal comunidade no efeito positivo (punição dos recalcitrantes, por exemplo) da obediência às autoridades comunitárias se justifica por si só. Desta forma, se explicita uma íntima relação entre a efetividade da autoridade e a confiança dos membros de determinada comunidade completa à medida que tal autoridade garante o cumprimento da lei e, sem titubear, faça uso da coerção em desfavor de quem, de modo deliberado, resiste em moldar seu comportamento aos ditames da lei ali estabelecida conforme os critérios da razoabilidade prática.¹⁴²

Neste mesmo sentido continua Finnis:

Há a necessidade de que quase todos os membros da sociedade aprendam quais são de fato as exigências _ o caminho em comum para se buscar o bem comum _ da lei; e não por meio de sermões, ou em letras miúdas, mas por meio do drama público e (relativamente!) vivido de detenções, julgamentos e punições daqueles que se desviam daquele caminho em comum estipulado.¹⁴³

A terceira consideração de Finnis versa sobre a diversidade de tipos de coerções previstas pela lei. Mais que uma consideração ele faz uma constatação afirmando haver, destacadamente nos mais desenvolvidos sistemas jurídicos, não apenas o uso da força, mas também outros diversos mecanismos possibilitadores da efetivação da justiça, a exemplo de detenção de pessoas e coisas suspeitas de serem autores ou instrumentos (meios usados) para a prática de ilícitos. Também a existência do confisco, arresto, liquidação forçada e outros procedimentos análogos reforça esta tese.

A quarta consideração mostra-se a mais robusta e elucidativa. Trata-se daquela existente entre o direito penal moderno, as proibições prescritas por ele, as sanções e punições resultantes das infrações cometidas contra tais preceitos. Com

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2012v11n1p159/22910>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴¹ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 255.

¹⁴² Sobre as autoridades, no que diz respeito ao zelo pelo cumprimento da lei, incide o viii *desiderata* assim formulado por Finnis: “aquelas pessoas que têm a autoridade da fazer, administrar e aplicar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consistência e de acordo com seu teor.” FINNIS, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴³ FINNIS, *op. cit.*, p. 256.

relação a isto, um primeiro aspecto elencado por Finnis se refere ao objetivo da legislação penal moderna. Expressa-se Finnis dessa forma:

Uma certa forma ou qualidade de vida em comunidade, na qual as exigências do bem comum são de fato insistentes e inequivocamente preferidas à indiferença ou à busca individualística de liberdade excessiva, mas que são também reconhecidas como incluindo o bem da autonomia individual, tal que neste modo de associação ninguém é forçado a viver sua vida em benefício ou para conveniência de outrem, e a cada um é permitido conduzir sua própria vida (constituir a si mesmo durante seu tempo de vida) com o conhecimento e a consciência clara do modo comum apropriado e do custo de se desviar desse modo.¹⁴⁴

Fica evidente se tratar de objetivo, no mínimo complexo e, de certa forma, quase impraticável sem uma educação para tal. Educação aqui entendida como estabelecimento de modos intencionais de tornar explícitos e acessíveis a todos o conhecimento das normas e meios possíveis para seu efetivo cumprimento. Entendido desta forma, fica fácil depreender uma sutil referência à responsabilidade dos legisladores em elaborar leis praticáveis, não impossíveis (ii *desiderata*: “não é impossível obedecer a elas”¹⁴⁵ [regras]), e do Estado a obrigação em disponibilizar um sistema educacional e política social capazes de favorecer “uma resposta humana às necessidades humanas, e não moldadas em uma campanha de ‘defesa social’ contra uma praga de gafanhotos e pardais.”¹⁴⁶ (Terrível ironia finnisiana).

Por fim, a quinta observação revela-se uma pérola inerente ao modo de Finnis entender a razoabilidade prática, sendo esta uma via irrenunciável para que seja atingido, numa comunidade, o bem comum, este, por sua vez, intitulado de “o bem de todos os membros (da comunidade). É um bem em aberto, uma participação em todos os valores básicos, e sua manutenção não é um objetivo simples como aquele de manter uma trilha livre de ervas daninhas.”¹⁴⁷

Consiste a quinta observação no fato de que interação entre a lei e a coerção deve resultar numa punição cuja função pedagógica esteja evidente, de modo a prevenir novos ilícitos e, ao mesmo tempo, desencorajar a quem, nos caminhos da recalcitrância, planejava enveredar, isto sem deixar de destacar, por outro lado, a importância do que Finnis escreve nesses termos:

¹⁴⁴ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 257.

¹⁴⁵ FINNIS, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁶ FINNIS, *op. cit.*, p. 257.

¹⁴⁷ FINNIS, *op. cit.*, p. 266-257.

Há a necessidade de dar aos cumpridores da lei o estímulo de saberem que não estão sendo abandonados à mercê dos criminosos, que os criminosos não estão podendo gozar de seus ganhos ilícitamente conseguidos, e que cumprir a lei não é ser um mero otário: pois sem este sustentáculo e certeza é provável que a indispensável cooperação dos cidadãos cumpridores da lei não continue.¹⁴⁸

É evidente a preocupação de Finnis em reforçar o caráter desestimulador da punição sobre quem pratica ilícitos, bem como assinalar o aspecto restaurador da justiça, ofendida e zombada pela ação do recalcitrante. Também chama atenção para o papel regenerador da punição para quem cometeu atos contrários à lei.¹⁴⁹

Neste viés, ele ressalta o efeito nocivo quando se pratica, sob os auspícios da lei e de seu poder coercitivo, a punição injusta. Prática a ser evitada com a mesma gana que se deve buscar a punição do ilícito, uma vez que a punição injusta atenta contra os valores e os requisitos básicos da razoabilidade prática. A não correção dos efeitos da punição injusta, no seio de uma comunidade completa¹⁵⁰, por si só ofende de modo grave (quase sempre irreparável) o bem comum.

5.2 A autorregulação do Direito

A segunda exigência formal da lei positiva versa sobre a autorregulação do direito, o que Finnis denomina de capacidade do direito constituído e do sistema a ele circunscrito, de se elevar por seus “próprios cadarços.”¹⁵¹ Esta elevação ou irrupção do direito uma vez semeado (e germinado) justifica-se à medida que ele nasce, justamente, para atender (regular) as relações complexas surgidas com a formação de uma comunidade.

¹⁴⁸ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 257.

¹⁴⁹ Assim se expressa Finnis: “A sanção punitiva deveria, portanto, ser adaptada tal que, dentro do sistema de referência de seus dois conjuntos de propósitos definidores já indicados, possa servir para restituir a personalidade razoável ao infrator, regenerando-o em benefício não apenas dos outros, mas dele mesmo.” FINNIS, *loc. cit.*

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Perspectiva da Lei Natural** (a metodologia jurídica de John Mitchell Finnis). 2010. 128 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 89-91.

Já em sua dissertação, Elton enfatiza que: “comunidade completa seria uma ordem de relacionamentos de união cujo sentido é assegurar o conjunto de todas as condições materiais ou de outras ordens, incluindo formas de colaboração, que favoreçam, facilitem e fomentem cada indivíduo a realizar-se integralmente.” OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 108.

¹⁵¹ FINNIS, *op. cit.*, p. 262.

Não está aqui em discussão o surgimento espontâneo do direito em consequência ao fato de que, num determinado espaço e tempo, indivíduos resolveram se unir e formar uma comunidade. Não é esta a perspectiva que Finnis defende.¹⁵² Ele está convencido ser, a autorregulação, fruto da intencionalidade e capacidade organizativa daquela comunidade. Assim escreve:

Em primeiro lugar, então, a lei insere definição, especificidade, clareza e, portanto, previsibilidade nas interações humanas por meio de um sistema de regras e instituições tão inter-relacionadas que as regras definem, constituem e regulam as instituições, enquanto as instituições criam e administram as regras e resolvem questões a respeito da exigência, abrangência, aplicabilidade e funcionamento delas.¹⁵³

A partir do que acima foi transcrito de Finnis, pode-se tranquilamente inferir a existência de um movimento circular no qual seja possível visualizar a atuação da lei definindo, especificando, estabelecendo precisão e clareza a conceitos, ou múltiplos conjuntos destes, resultando no surgimento de normas ou porções destas. A reunião de um significativo número de normas definidas, especificadas e claras origina por sua vez sistemas normativos, os quais não fecham possibilidades de novas definições, especificidades, clareza e previsibilidade nas interações humanas, reiniciando assim o ciclo.

Vista desta forma, a autorregulação do direito é encarada por Finnis como algo inerente ao próprio direito. Entretanto, esta característica não justifica nem autoriza a incidência do arbítrio por parte da autoridade legisladora. Há de se respeitar os limites impostos, neste caso em específico, no que se refere ao vii *desiderata*¹⁵⁴: “a feitura de decretos e mandados judiciais aplicáveis a situações

¹⁵² Da mesma forma pensa Elton S. de Oliveira ao refletir sobre duas características fundamentais do direito positivo, sendo a primeira “a percepção do direito como resultado do labor humano e a segunda a de um direito cuja positivação desse origem a sua obrigatoriedade. Por outro lado, é fácil constatar que essas características são marcantes no direito positivo.” OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Perspectiva da Lei Natural** (a metodologia jurídica de John Mitchell Finnis). 2010. 128 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. p. 26.

¹⁵³ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 262.

¹⁵⁴ Neste sentido, vale a pena ressaltar mais uma vez a conclusão a que chega Finnis sobre a importância da atuação conjunta dos *desiderata* e das cinco características ou exigências formais do direito (lei positiva). Esta relação assegura “àqueles que estão sujeitos à autoridade a dignidade da autonomia e de ficarem livres de certas formas de manipulação.” FINNIS, *op. cit.*, p. 266. Ora, a História está repleta de casos ilustrativos por parte de legisladores que promulgam leis de conteúdo abusivo, lesivas aos membros da comunidade completa sobre as quais atuam. Sobre tais casos as estantes das bibliotecas jurídicas estão repletas. Igualmente inúmeras são as obras literárias dedicadas ao assunto, de modo fantástico ou mais assemelhadas à realidade humana. Os exemplos vão desde narrativas bíblicas (dezenas por sinal: Davi e Urias, a usurpação da vinha de

relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais.”¹⁵⁵

5.3 A validade das normas jurídicas

As normas jurídicas, uma vez criadas e promulgadas, persistem válidas até que outro ato jurídico igualmente válido determine sua revogação, ou, por si só, seja constatado seu exaurimento. Trata-se com certeza do elemento assegurador da força normativa das regras, conferindo a elas certa imunidade frente ao poder caducante inerente ao passar do tempo.

Segundo as palavras de Finnis, tal característica garante também um fator muito caro a qualquer sistema jurídico: a segurança jurídica advinda da previsibilidade e anterioridade da lei. Neste sentido escreve:

Os indivíduos podem realizar atos jurídicos que, se realizados de acordo com as regras em vigor na época de sua realização, contam como sendo contrato, liquidação, compra, transferência de bens, doação, aquisição, casamento, curatela, constituir pessoa jurídica, distribuir intimações, proferir sentenças... Todas as entidades jurídicas assim criadas têm a qualidade de persistência no tempo.¹⁵⁶

A definição acima encontra amparo no *vi desiderata*, que estabelece a exemplificação de um Estado de Direito¹⁵⁷ em cujo núcleo de seu sistema jurídico se constata “regras estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que têm do conteúdo delas.”¹⁵⁸

Nabot por parte do rei Acab, a matança das crianças determinada por Herodes...), passando por obras como Antígona, de Sófocles, o Mercador de Veneza, de Shakespeare ao O Processo, de Franz Kafka, dentre milhares de outros títulos cuja conveniência não cabe aqui citar.

¹⁵⁵ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 264.

¹⁵⁶ FINNIS, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵⁷ Salutar mostra-se a observação de Marcos Hohling: “Finnis considera que o bem comum tem exigências e que, em vista dessas exigências, o direito é o que pode mais bem responder a elas, não se reduzindo a uma posição que identifique o estado de direito com o próprio Estado, como no caso de Kelsen, que considera que todo Estado é necessariamente um estado de direito.” ROHLING, Marcos. Pluralismo e direitos: a necessidade da ordem jurídica para o bem comum em Finnis. **Sapere Aude: Revista do departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 305, jul/dez. 2015. Disponível em:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/10059>. Acesso em: 04 nov. 2019.

¹⁵⁸ FINNIS, *op. cit.*, p. 264.

5.4 A regulação dos indivíduos por meio das normas jurídicas

Sobre este ponto, assim expressa-se Sgarbi: “as regras jurídicas também organizam a atuação privada na constituição de padrões de conduta.”¹⁵⁹ Já o modo como Finnis desenvolve esta característica não é tão simples e precisa quanto o faz Sgarbi. Para Finnis, o que se tem a considerar parte de uma constatação prévia de que a lei ou pensamento jurídico é enriquecida de toda precisão e previsibilidade por meio do que ele denomina “técnica especial” assim definida:

Tratar atos passados (geralmente datáveis) (sejam eles decretos, julgamentos ou qualquer dos inúmeros exercícios de ‘poderes’ públicos e privados) como dando, *agora*, [grifo do autor] razão suficiente e excludente para agir de um modo ‘estabelecido’ *no passado* [também grifo do autor].¹⁶⁰

A continuidade da exposição de Finnis revela que o autor está convencido haver uma contínua relação entre o “ato jurídico do passado, que dá razão para decidir e agir no presente do modo especificado ou estabelecido então”¹⁶¹ e o conteúdo da norma jurídica vigente. A justificativa que encontra para assim pensar é de mera conveniência, aliás, de dupla conveniência. A primeira justifica-se pelo fato de o “passado estar além do alcance das pessoas do presente”, o que lhe confere “um ponto de referência estável que não é afetado pelos interesses e disputas cambiantes atuais.”¹⁶² A segunda conveniência é que “logo o presente se tornará passado; então esta técnica dá às pessoas um modo de determinar agora a estrutura de seu futuro.”¹⁶³ Isto porque, enquanto o sistema jurídico é considerado no agora, ele garante a validade de suas normas. Neste “agora” as pessoas podem se fiar e dele extrair a segurança jurídica necessária para estabelecerem suas relações de modo seguro. Uma vez que o “agora” se tornou passado, isto não diminui o efeito legal estabelecido antes, quando era celebrada a relação jurídica entre as partes envolvidas.

Confrontada a característica acima com a lista dos *desiderata*, percebe-se semelhança entre esta e a primeira listada por Finnis, cuja definição relembra de que

¹⁵⁹ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 686, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁶⁰ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 263.

¹⁶¹ FINNIS, *loc. cit.*

¹⁶² FINNIS, *loc. cit.*

¹⁶³ FINNIS, *loc. cit.*

um Estado de Direito em funcionamento evidencia que “suas regras são prospectivas, não retroativas.”¹⁶⁴

5.5 A ficção da previsibilidade absoluta do Direito

A quinta e última característica reforça a anterior. Conforme as palavras de Finnis, “em quinto lugar, esta técnica é reforçada pelo postulado de trabalho (‘sem exceções’) de que toda questão prática ou problema de coordenação presente foi, em todos os aspectos, ‘prevista’ por algum ato ou atos jurídicos do passado.”¹⁶⁵ Ora, uma pretensão assim só pode ser admitida a nível de ficção jurídica absoluta, pensa Sgarbi ao escrever: “o direito assume a ficção de previsibilidade total.”¹⁶⁶

Nas palavras de Finnis, o tema da ficção para que seja admitida a possibilidade da previsibilidade total no direito é assim apresentada: “Não há necessidade de enfatizar que este postulado é fictício e, se aceito literalmente, é descritivamente enganador e iria restringir desnecessariamente o desenvolvimento da lei por meios não legislativos.”¹⁶⁷ Mas, no mesmo parágrafo, Finnis ressalta que a importância de tal postulado não deve ser buscada nele mesmo e sim atribuída ao fato dele ser “significativo simplesmente apenas como reforço das outras quatro características da lei e do pensamento jurídico já mencionadas”.¹⁶⁸

Uma vez expostas as cinco características formais do direito (as exigências formais da lei positiva), evidenciando, à maneira do possível, a relação existente entre cada uma delas e os oito *desiderata*, de modo a se constatar que “o sistema legal esteja funcionando bem”¹⁶⁹ (definição finnisana para Estado de Direito), resta um último esforço por tecer considerações gerais do que fora até então exposto no presente capítulo.

Primeiro uma observação direcionada ao conjunto da exposição de Finnis ao abordar as cinco características. Nas palavras do próprio autor, “tudo isto, então, é um arranjo social suficientemente característico, independente, inteligível e significativo na prática que teria uma exposição de motivos completamente

¹⁶⁴ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 264.

¹⁶⁵ FINNIS, *op. cit.*, 263.

¹⁶⁶ SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 686, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁶⁷ FINNIS, *loc. cit.*

¹⁶⁸ FINNIS, *loc. cit.*

¹⁶⁹ FINNIS, *op. cit.*, 264.

adequada em mundo de santos”.¹⁷⁰ Mas não é sobre um mundo perfeito, habitado por santos, que incide o direito. Pelo contrário, seus construtores e aqueles sobre os quais se faz sentir a ação das normas, são pessoas comuns, de carne e osso, nem sempre dotadas de virtudes.

Desta forma, deve ser explicitado o que segue, escrito por Finnis a título de fechamento das reflexões sobre as características formais da lei positiva:

Então a ordem jurídica tem duas amplas características, dois modos de atuação característicos, dois polos em torno dos quais a jurisprudência e a “definição de lei” tendem a se aglutinar. São exemplificados pelo contraste entre a definição formal de lei dada por Weber e o uso extensivo que ele fez do termo “legal”; e eles podem ser resumidos nos dois slogans: **a “lei é uma ordem coercitiva” e “a lei regulamenta sua própria criação** (grifo nosso).¹⁷¹

O que Finnis assinala é que “no mundo de verdade”, habitado por pessoas de verdade, as relações estão sujeitas aos mais variados tipos de vícios e manifestações do egoísmo. Desta forma, não se deve partir de ingênua e superficial percepção de que o rumo das coisas cotidianas e centro dos interesses individuais não necessitam de ativa observação e atenção. Nada deve escapar aos olhos do legislador. E sua atenção deve ser redobrada, manifesta continuamente de modo criativo e ativo, a ponto de que as cinco características formais sejam amplificadas, aperfeiçoadas a poder “enfrentar os problemas de fraude, e de abuso de poder, suplementadas pela lei de responsabilidade civil e de contravenções penais, lei processual penal e lei da execução penal.”¹⁷²

¹⁷⁰ FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. p. 263.

¹⁷¹ FINNIS, *op. cit.*, 263-264.

¹⁷² FINNIS, *op. cit.*, p. 263.

6 CONCLUSÃO

Tudo que foi exposto até aqui é resultado de árdua busca por compreender. Compreender, primeiramente, a pessoa, o texto e o contexto de John Michel Finnis. Num segundo ato, compreender os conceitos mais relevantes de sua teoria do direito natural. Num terceiro, o jeito deste direito natural, formalmente, elaborar e sintetizar critérios validadores da lei natural, aqui nominadas de exigências formais da lei natural. Um quinto ato seguiu-se contínuo ao anterior: compreender as formalidades (exigências) da lei positiva e a dinâmica existente entre elas. Por fim, compreender o modo pelo qual a sincronia, o encadeamento de tudo isto revela a essência da tese finnisiana sobre o direito natural que é, sem dúvida, o de garantir às comunidades humanas e aos seus membros individualmente o acesso, o aprimoramento, a aplicabilidade e o gozo (desfrutamento) dos frutos bons da razoabilidade prática e do bem comum.

A pessoa, o texto e o contexto de Finnis justificam a profundidade da teoria exposta na obra *Lei Natural e Direitos Naturais*. Homem metuculoso, intelectualmente honesto, não se conformou com a maneira caricata usada por nomes proeminentes da área jurídica quando se referiam ao direito natural. Munido de disciplina suficiente, por cerca de treze anos esmiuçou frases incompletas, imagens distorcidas e preconceitos que, de tanto apregoados ao longo dos anos, aos poucos foram assumidos como verdades inquestionáveis em desfavor do direito natural. O resultado de sua busca constitui, praticamente, o todo de *Lei Natural e Direitos Naturais*.

Nesta obra, conceitos foram revisados, substituídos, denunciados. Outros foram reafirmados, lapidados, aprimorados, revigorados. Desta forma, o trabalho de Finnis, aos poucos, ganha contornos de obra prima. Nele não se verifica grandes e bruscas transformações conceituais. Apenas a tenacidade de um homem amante da verdade, à semelhança dos grandes mestres (Tomás de Aquino e Aristóteles, por exemplo).

Com tal postura, não foi difícil para Finnis intuir, ao menos no que constatou esta pesquisa, no mínimo, quatro exigências formais da lei natural. Assim, aponta a autoridade como primeira delas, convicto de que uma comunidade completa ou, simplesmente, o Estado organizado politicamente necessita de agentes investidos de poder legal e reconhecimento advindo de seus membros.

Uma segunda são as regras razoáveis. Ora, uma autoridade guiada pela razoabilidade, cônica da indisponibilidade dos bens básicos humanos, não poderia agir ou propor senão regras razoáveis, possíveis de serem cumpridas pela maior parte dos indivíduos da comunidade cuja condução está sob sua responsabilidade.

A terceira exigência formal da lei natural apresenta-se derivada da segunda. Trata-se do consenso mínimo, tido aqui por função primordial da autoridade em harmonizar interesses, às vezes, intrinsecamente opostos, e quase sempre impossíveis de concretização devido à natural escassez de alguns bens essenciais à sobrevivência (os bens naturais, por exemplo). Definido assim fica compreensível apreender o consenso mínimo como imprescindível para o exercício das prerrogativas da autoridade numa comunidade.

Na razoabilidade prática figura a quarta exigência. O tamanho do espaço ocupado por este aspecto formal é gigantesco e sua proporção não apenas se faz sentir na ideia de lei natural desenvolvida por Finnis, mas em toda sua teoria do direito natural, desde a elaboração da lista dos bens básicos humanos, passando pela intuição dos nove requisitos (da razoabilidade prática) à forma de relação complementar entre tais requisitos e a concretização do bem comum comunitário.

Ora, foi num esforço por seguir o estilo metodológico de Finnis que neste trabalho as exigências formais da lei natural ganharam contornos. De igual maneira se chegou às exigências formais da lei positiva. Finnis não se ocupou muito da denominação precisa de cada uma das exigências, mas os indicativos de suas funções, dados por ele, ajudam bastante a inferir o sentido que elas têm.

Assim, a primeira exigência formal da lei positiva nesta pesquisa é intitulada de poder coercitivo da lei, que nada mais é senão a capacidade da lei de se impor aos recalcitrantes, àqueles e àquelas cujo egoísmo e desconsideração pela razoabilidade prática chegam ao ponto de se colocarem acima dos justos interesses da comunidade, e, desta maneira, atuam obstaculizando ou inibindo o desfrute do bem comum.

A segunda característica formal da lei positiva em Finnis é a autorregulação do direito, ou seja, a capacidade do direito constituído e do sistema a ele circunscrito de se elevar por meio dos instrumentos e mecanismos criados por ele próprio.

Já a terceira, a validade das normas jurídicas, afirma a persistência válida de tais normas até que outro ato jurídico, igualmente válido, determine sua revogação, ou, por si só, seja constatado seu exaurimento. Trata-se, com certeza, do elemento

assegurador da força normativa das regras, conferindo a elas certa imunidade frente ao poder caducante inerente ao passar do tempo.

Por sua vez, a quarta característica pode ser intitulada de regulação dos indivíduos por meio das normas jurídicas, uma constatação de que normas prescritas num determinado período de tempo regula os atos humanos naquele período e nos períodos subsequentes. Nota-se ser a definição desta exigência muito próxima da anterior.

O direito como ficção de absoluta previsibilidade é o jeito mais razoável de denominar a quinta e última exigência formal da lei positiva. Com ela, Finnis quer afirmar algo inquietante, à primeira vista, de que o Direito precisa assumir certo ar de previsibilidade absoluta. O problema é que previsibilidade total não existe no mundo real, composto por pessoas reais, sujeitas a enganar, passíveis de serem enganadas, espertas o suficiente a ponto de fraudar as normas ou empregá-las conforme interesses pessoais e não comuns.

Conclui-se assim que, embora diante deste cenário aparentemente sombrio, Finnis visualiza um lampejo de esperança. As exigências formais da lei positiva não devem atuar sozinhas. Para que elas alcancem sua máxima efetividade precisam se associar a oito *desideratas*, e o resultado disso será o Estado de Direito, onde, ainda que de modo limitado (pois o Estado de Direito não é um deus, tem suas limitações), o Direito exercerá seu império.

Por fim, embora o ardente desejo em compreender as exigências formais, tanto da lei natural quanto da lei positiva, neste trabalho deve-se reconhecer que muitas linhas do pensamento de Finnis, inegavelmente essenciais para uma devida e honesta compreensão de sua teoria sobre o direito natural, foram tratadas superficialmente, o que não tira os méritos da pesquisa, mas fica como desafio para empreitadas futuras e estímulo a continuar aprofundando a temática.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica I-II**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARISTÓTELES. **Arte Retórica e Arte Poética**. São Paulo: DIFEL Difusão Europeia do Livro, 1959.
- _____. **Ética a Nicômaco**. Bauru, SP: EDIPRO, 2013.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOEIRA, Marcus Paulo Rycembel. Diferenças entre a teoria da lei natural em Tomás de Aquino e Francisco Suárez: problemas gnosiológicos e metafísicos. *In*: MOTA, Mauricio; MACEDO, Paulo Emilio Borges de (Org.). **Leituras Tomistas do Direito**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2015. p. 40-73.
- CORDIOLI, Leandro Mota. **A analogicidade da expressão "lei natural" em John Finnis: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral**. 2010. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **O desafio científico e o desafio pedagógico do Direito Natural**. 2004. I Congresso Internacional de Direito Natural. Porto, em jul. de 2004.
- FINNIS, John Michel. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.
- _____. **Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- FOSSARI, Roseli Coelho. Lei Natural e Direito Natural em John Finnis. *In*: SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 20., 2008, Porto Alegre. **Livro de Resumos** [...]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/2550783/A_lei_natural_eo_direito_natural_em_John_Finnis. Acesso em: 18 jul. 2019.
- GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- GROCHOLEWSKI, Zenon. **A filosofia do direito nos ensinamentos de João Paulo II e outros escritos**. São Paulo: Paulinas, 2002.
- IHERING, Rudolf Von. **A Lucta pelo Direito**. Canoas: Vendramim, [1981].
- MACCORMICK, Neil. **H.L.A. Hart**. Califórnia: Stanford University, 1987.

MAQUIAVEL. **O Príncipe**. São Paulo: Cultrix, 1977.

MASSINI, Carlos Ignacio. Ciência prática e prudência em John Finnis: aproximações preliminares à problemática. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n.1, p. 5-13, jan./jun 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/11897/8117>. Acesso em: 11 set. 2019.

NEWMAN, John Henry. **El asentimiento religioso**. Barcelona: Herder, 1960.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e Direito** (a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis). 2002. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

_____. OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Perspectiva da Lei Natural** (a metodologia jurídica de John Mitchell Finnis). 2010. 128 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. **Estudio Preliminar**. In: Ley Natural y Derechos Naturales. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 2000. p. 9-32.

_____. **A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights**. Buenos Aires: Universidad Austral, 2005.

PAULO II, João. **As Relações entre Fé e Razão**. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

PAULO VI. **Humanae Vitae**. São Paulo: Paulinas, 2007.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates; Banquete**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROHLING, Marcos. Lei Natural e Direito: a crítica de Finnis ao Positivismo Jurídico. **Ethic@: Revista Internacional de Filosofia da Moral da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 159-182, jun. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2012v11n1p159/22910>. Acesso em: 11 set. 2019.

_____. Pluralismo e direitos: a necessidade da ordem jurídica para o bem comum em Finnis. **Sapere Aude: Revista do departamento de Filosofia da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 299-319, jul/dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/SapereAude/article/view/10059>. Acesso em: 04 nov. 2019.

SGARBI, Adrian. O Direito Natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67774-89204-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

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

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Escala, 2006.