Universidade Federal de Pelotas

Instituto de Filosofia, Sociologia e Política

Programa de Pós-Graduação em Filosofia

Dissertação de mestrado

A METODOLOGIA NA TEORIA DA LEI NATURAL DE JOHN FINNIS:

Propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade

Matheus Monteiro de Oliveira

Pelotas

2021

Matheus Monteiro de Oliveira

A METODOLOGIA NA TEORIA DA LEI NATURAL DE JOHN FINNIS:

Propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade

Dissertação apresentada pelo aluno Matheus Monteiro de Oliveira ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Filosofia

Orientador: Sérgio Ricardo Strefling

Pelotas

2021

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

O48m Oliveira, Matheus Monteiro de

A metodologia na teoria da lei natural de John Finnis : propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade / Matheus Monteiro de Oliveira ; Sérgio Ricardo Strefling, orientador. — Pelotas, 2021.

110 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2021.

1. John Finnis. 2. Metodologia. 3. Teoria do direito. I. Strefling, Sérgio Ricardo, orient. II. Título.

CDD : 340.1

Elaborada por Simone Godinho Maisonave CRB: 10/1733

Matheus Monteiro de Oliveira

A METODOLOGIA NA TEORIA DA LEI NATURAL: Propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade

Dissertação aprovada, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Sociologia e Filosofia Política, Universidade Federal de Pelotas.

Data da defesa: 15/06/2021

Banca examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Strefling (orientador), Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul;

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro, Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro;

Prof. Dr. Elton Somensi de Oliveira, Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aos meus pais.

Uma teoria do direito completa e totalmente realista só pode ser elaborada a partir da questão cem por cento normativa: "o que eu devo decidir fazer?", e do mesmo modo: "que tipo de pessoa eu devo decidir ou me permitir ser?"

(FINNIS, 2011b, p. 31-32, tradução livre)

Resumo

OLIVEIRA, Matheus Monteiro de. **A Metodologia na Teoria da Lei Natural de John Finnis**: Propósito prático, caso central do direito e crítica à tese da neutralidade. Orientador: Sérgio Ricardo Strefling. 2021. p. 110. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2021.

O propósito deste trabalho é elucidar o argumento metodológico de John Finnis, segundo o qual uma teoria geral do direito é completa quando articula descrição e avaliação à luz das premissas normativas da lei natural. O argumento finnisiano tem como principal referência o primeiro capítulo de "*Natural Law and Natural Rights*" (1980), obra magna de Finnis. Todavia, é preciso levar em conta outras referências. Assim, pretendemos apresentar a proposta metodológica de Finnis sem perder de vista alguns aspectos centrais do jusnaturalismo, bem como o desafio da tese rival mais relevante: a tese da neutralidade. No primeiro capítulo deste trabalho, então, intentamos trazer à tona algumas premissas básicas que informam a concepção jusnaturalista defendida por Finnis: a lei natural como fundamento da ação humana, as quatro ordens da realidade e o propósito prático do direito. No segundo capítulo, por sua vez, analisamos os principais pontos defendidos por Finnis no primeiro capítulo de *"Natural Law and Natural Rights*": a interdependência entre descrição e avaliação, o expediente analógico do caso central e significado focal, a relação deste expediente com o tipo ideal de Max Weber, a necessária adoção do ponto de vista prático e o papel do *spoudaios* em uma teoria geral dos assuntos humanos. O terceiro capítulo, enfim, é dialético: após uma exposição do desenvolvimento da jurisprudência analítica, almejamos responder, sob o ponto de vista Finnis, à tese da neutralidade que caracteriza o programa metodológico do positivismo jurídico conforme defendida por H. L. A Hart e Julie Dickson. Finnis defende que o pensamento de Hart sugere uma interpretação jusnaturalista do direito. Em suma, nosso propósito é analisar o jusnaturalismo de John Finnis no contexto do debate metodológico sobre o escopo e o alcance da teoria jurídica.

Palavras-chave: John Finnis. Metodologia. Teoria do Direito.

Abstract

OLIVEIRA, Matheus Monteiro de. **Methodology of Natural Law Theory in John Finnis**: practical point, law's central case and the neutrality thesis' problem. Advisor: Sérgio Ricardo Strefling. 2021. p. 110. Dissertation (Master in Philosophy). Institute of Philosophy, Sociology and Politics, Federal University of Pelotas, Pelotas, 2021.

Our purpose in this study is to analyze John Finnis' methodological claims about the nature of jurisprudence. According to Finnis, a legal theory is successful when it relates description and evaluation considering the normative principles of natural law. The Finnissian argument was developed in the first chapter of his great work, "Natural Law and Natural Rights" (1980). However, it is necessary to clarify the argument using other references. Thus, we presented it without forgetting some central aspects of his natural law theory and the challenges of neutrality thesis, which is the most relevant theory against Finnis' natural law methodology. In the first chapter, we brought up some basic premises that structure Finnis' natural law conception. They are the natural law as a ground of human action, the four domains of reality and the law's practical point. In the second chapter, we analyzed the instruments used by Finnis in his main book. They are the interdependence between description and evaluation, central case and focal meaning, the relation between focal meaning and Max Weber's ideal type, the necessity of a practical viewpoint and the role of *spoudaios* in a general theory of human affairs. Finally, the third chapter is dialectical, which means that after an exposition of the development of analytical jurisprudence, we aimed to criticize, from Finnis' point of view, the "neutrality thesis" that characterizes the methodological project of legal positivism. Finnis argues that H. L. A. Hart's theory suggests a natural law interpretation. In short, our purpose is to analyze John Finnis' natural law theory in the methodological debate's context related to the task of legal theory.

Keywords: John Finnis. Methodology. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

NLNR	*Natural Law and Natural Rights*
CEJF	*Collected Essays of John Finnis*
CL	*The Concept of Law*
ST	*Summa Theologica*
EN	*Ética a Nicômaco*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

1. PREMISSAS FUNDAMENTAIS 12

1.1 A teoria da lei natural 13

1.2 As quatro ordens da realidade 20

1.3 Propósito prático e direito positivo 25

2 CONSIDERAÇÕES DESCRITIVAS E AVALIATIVAS 33

2.1 Avaliação e descrição 34

2.2 Analogia da centralidade 38

2.3 Max Weber e o tipo ideal 46

2.4 O ponto de vista prático e o papel do *spoudaios* 52

3. A LONGA MARCHA NA JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA 57

3.1 As origens austinianas da jurisprudência analítica 59

3.2 Hart e o ponto de vista interno 63

3.3 A jurisprudência contemporânea 68

3.4 O desafio raziano de Julie Dickson 72

3.5 A resposta finnisiana 77

CONSIDERAÇÕES FINAIS 92

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 97

INTRODUÇÃO

O objetivo desta Dissertação é analisar o argumento metodológico de John Finnis em defesa da interdependência entre descrição e avaliação no processo de determinar o que é o direito em uma teoria geral dos assuntos humanos. Segundo Finnis, não há plena teoria do direito ao menos que o teórico leve em conta em seu método os bens humanos e os seus requisitos práticos – isto é, ao menos que o teórico avalie o direito à luz de tais premissas normativas. Este modelo de abordagem metodológica é inerente à teoria da lei natural, que abrange a ética, a filosofia do direito, a filosofia política, a filosofia da religião e a metafísica, além de discutir questões práticas concretas.

Com efeito, o empreendimento jusfilosófico de Finnis, enquanto teoria da razão prática (ou filosofia da razão prática), é marcado pela reabilitação da abordagem clássica de Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, bem como pela assimilação dos avanços na jurisprudência analítica (*analytic jurisprudence*)[1], promovidos principalmente por H. L. A. Hart (1907 – 1992)[2]. Convém trazer à tona algumas palavras sobre a trajetória biográfica de Finnis que se confunde com a própria ascensão do movimento jusfilosófico de resgate dos autores clássicos para o campo da teoria jurídica.

[1] Escola de teoria do direito dominante no mundo de fala inglesa, contexto no qual Finnis desenvolveu seus principais trabalhos. A agenda filosófica da jurisprudência analítica receberá uma atenção mais minuciosa no capítulo terceiro da presente Dissertação.

[2] Eis uma síntese da biografia de Hart que revela o seu papel decisivo no desenvolvimento da jurisprudência (e, portanto, na contextualização do pensamento de Finnis): "Herbert Lionel Adolphus Hart nasceu em uma família judia em Yorkshire, Inglaterra em 1907. Ele seguiu seus estudos de graduação no New College, Oxford, onde se graduou em 1929 in Literae Humaniores (uma mistura de línguas clássicas, história antiga e filosofia). Depois de concluir seus estudos de graduação, Hart tornou-se advogado. Tendo exercido a advocacia em Londres por vários anos durante a década de 1930, ele trabalhou para o serviço de inteligência britânico MI5 durante a Segunda Guerra Mundial. Quando a guerra terminou, Hart voltou a Oxford para obter uma bolsa de estudos em filosofia no New College. Em 1952, foi eleito para o cargo de Professor de Jurisprudência de Oxford e para uma bolsa concomitante do University College. Por meio de suas publicações e do treinamento de alunos, ele transformou Oxford no centro mundial preeminente de bolsa de estudos em jurisprudência. Poucos anos depois de deixar o cargo de Professor de Jurisprudência em 1968, ele se tornou Diretor do Brasenose College, Oxford. Durante os anos finais de sua carreira como um estudioso ativo, ele dedicou muito de seu tempo para editar e interpretar as obras de Jeremy Bentham. Hart morreu aos 85 anos em 1992. Muitos ex-alunos dele, incluindo Joseph Raz, John Finnis, Neil MacCormick, Herbert Morris e Wilfrid Waluchow, estiveram entre os filósofos jurídicos mais proeminentes da geração seguinte." (KRAMER, 2018, p. 2, tradução nossa)

John Mitchell Finnis nasceu em 1940 em Adelaide, na Austrália. Formou-se em Direito na Universidade de Adelaide em 1961 e ganhou uma bolsa de estudos, a *Rhodes Scholarship*, para a Universidade de Oxford. Em 1965, Finnis concluiu o doutorado em Oxford sob a supervisão de Hart, que já era um dos teóricos mais influentes da jurisprudência analítica.

Desde esse tempo, Finnis nutria profundo interesse por questões fundacionais sobre razão prática, análise conceitual, e pela obra de autores como Aristóteles, Jeremy Bentham, Hans Kelsen, Lon Fuller e o próprio Hart[3]. Este, então, convidou Finnis a contribuir com um livro para a série *Clarendon Law*, uma série que Hart fundou, editou e tornou internacionalmente conhecida com a publicação de sua obra magna "*The Concept of Law*" (1961)[4]. Hart especificou que o livro deveria se chamar "*Natural Law and Natural Rights*" e disse para Finnis: "não tenha pressa" (FINNIS, 2011c, p. 415).

O trabalho que Finnis empreendeu a partir da convocação de Hart tornou-se duradouro e profícuo, culminando na publicação de *Natural Law and Natural Rights* em 1980, obra que é hoje um marco para a chamada "teoria neoclássica da lei natural"[5], bem como para toda a jurisprudência ou teoria do direito[6]. NLNR[7], cuja primeira edição foi produzida pela Clarendon Press em

[3] Esta gama de interesses define, de certo modo, a tônica da obra de John Finnis que articula questões fundacionais baseadas em autores clássicos como Aristóteles e Santo Tomás de Aquino junto a autores que pertencem à corrente jurisprudencial da filosofia anglo-americana (Jeremy Bentham, H. L. A. Hart, Lon Fuller e outros), e mesmo autores da chamada tradição continental, tais como Max Weber, Hans Kelsen, Leo Strauss e Eric Voegelin. Ainda assim, a lista de influências que incidiram sobre o pensamento de Finnis pode ser estendida.

[4] Usaremos, ao longo do trabalho, a edição da Martins Fontes: "O Conceito de Direito" (2009). Além disso, adotaremos a sigla CL para abreviar o título do livro.

[5] No inglês, "*New Natural Law Theory*" ou como Finnis prefere, "*New 'Classical' Natural Law Theory*". (KEOWN; GEORGE, 2013, p. 468, n. 31). A opção pela segunda expressão é escolha mais conveniente, pois indica que o pensamento de Finnis e de outros adeptos da teoria neoclássica tem um forte vínculo com o pensamento clássico de Platão, Aristóteles, Cícero e Santo Tomás de Aquino – sendo, assim, uma atualização ou resgate desses autores clássicos, ao invés de uma proposta disruptiva. A teoria neoclássica da lei natural possui inúmeros proponentes e/ou intérpretes, dentre os quais podemos destacar Germain Grisez (1965, 1987), Joseph Boyle (1987), Robert P. George (1996, 2004, 2013), Mark Murphy (2006, 2015), George Duke (2013), Cristóbal Orrégo Sanchéz (2015), entre outros. No Brasil, Elton Somensi de Oliveira (2002), Adrian Sgarbi (2007), Luiz Fernando Barzotto (2010), Victor Sales Pinheiro (2020), John Florindo de Miranda (2015), Arthur Ferreira Neto (2015), entre outros.

[6] No presente trabalho, tais expressões serão empregadas como sinônimas: jurisprudência (*jurisprudence*), teoria do direito (*theory of law*), teoria jurídica (*legal theory*), filosofia do direito (*philosophy of law*) e filosofia jurídica (*legal philosophy*). Todavia, cabe tomar nota de uma observação léxica pontual: sob o ponto de vista estritamente institucional-acadêmico, "filosofia do direito" (*philosophy of law*) costuma designar a disciplina ministrada nos Departamentos de Filosofia, enquanto que "jurisprudência" (*jurisprudence*) é uma cadeira nos Departamentos de Direito do mundo anglo-americano (Reino Unido, EUA, Canadá, Austrália, etc.). Já "teoria do direito" (*theory of law*), "teoria jurídica" (*legal theory*) e "filosofia

1980, ganhou uma segunda edição em 2011 pela Oxford University Press.[8] Ao final da segunda edição, Finnis inseriu um pós-escrito que aprofunda, esclarece e eventualmente corrige as reflexões contidas em todos os treze capítulos da obra – reflexões metodológicas (I e II), éticas (III a V), jurídico-políticas (VI-XVII) e metafísicas (XVIII).[9] O pós-escrito (FINNIS, 2011c, pp. 414-479) é, desse modo, fonte indispensável para a compreensão do pensamento maduro de John Finnis, além de um entendimento mais preciso das críticas (e de suas respectivas respostas) levantadas nas últimas décadas de diálogo com autores de outras matrizes jusfilosóficas. Publicado há mais de quarenta anos, NLNR tornou-se incontestavelmente um divisor de águas para o jusnaturalismo contemporâneo denominado por muitos *jusnaturalismo analítico* ou *jurisprudência do direito natural*[10].

Um fato decisivo na trajetória de Finnis foi o acesso ao artigo "*The First Principal of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2*" (1965)[11], escrito pelo filósofo franco-católico Germain Grisez (1929 – 2018), com quem Finnis viria a ter uma amizade fraterna[12]. Embora NLNR seja a obra mais importante da teoria neoclássica, é o artigo de

---

jurídica" (*legal philosophy*) são expressões mais amplas que abarcam o estudo filosófico do direito realizado tanto por filósofos profissionais quanto por juristas de formação. No entanto, atualmente no meio anglo-americano, a jurisprudência pode ser vista tanto como filosofia do direito quanto teoria jurídica de um tipo não filosófico, isto é, um estudo empreendido pela dogmática jurídica. Já na Europa continental e na América Latina, por outro lado, o movimento para identificar a jurisprudência com filosofia do direito nunca realmente se consolidou. No Brasil, há também o problema léxico de que "jurisprudência" significa primariamente o "conjunto de decisões reiteradas pelos tribunais", sendo a abordagem filosófica do direito designada simplesmente "filosofia do direito" ou "teoria do direito".

[7] A partir deste momento, utilizaremos a sigla NLNR para designar a obra magna de Finnis.

[8] No Brasil, a obra foi editada em 2007 pela Editora Unisinos, com o título *Lei Natural e Direitos Naturais*. Ainda não há uma edição nacional contendo o pós-escrito de 2011.

[9] Trata-se de uma divisão analítica apenas, uma vez que é virtualmente impossível delimitar com precisão no pensamento de Finnis onde termina a ética e começa a política, onde termina a política e começa o direito, etc. Para isso, ver: "What is Philosophy of Law?" (FINNIS, 2014)

[10] Além de seu *magnum opus*, Finnis publicou outras obras também importantes: *Fundamental Of Ethics* (1983), editado no Brasil pela editora Elsevier (2012); *Moral Absolutes* (1993) e *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (1998). Em 2011, a Universidade de Oxford publicou os cinco volumes dos *Collected Essays of John Finnis*, reunindo artigos a respeito de diversos temas, dentre os quais a metodologia na jurisprudência, que é analisada particularmente no vol. IV da coleção, intitulado "*Philosophy of Law*".

[11] Traduzido para o português em 2007 por José Reinaldo Lima Lopes como "O primeiro princípio da razão prática. Um comentário à *Summa theologiae*, 1-2, Questão 94, artigo 2". (GRISEZ, 2007)

[12] No portal de Grisez (www.twotlj.org/Finnis.html), há informações biográficas consideráveis sobre a colaboração mútua entre os dois filósofos.

Grisez que é considerado o seu marco inaugural. De fato, no prefácio de NLNR, além de reconhecer que sua obra tem raízes na jurisprudência analítica, Finnis também afirma que a teoria ética que ele desenvolveu é inspirada diretamente no trabalho de Germain Grisez (FINNIS, 2007, p. 12-3).

Dito de modo sucinto, Grisez defende, neste artigo, uma reflexão a respeito da máxima "o bem tem de ser feito e o tem de ser evitado" (*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*). De acordo com Grisez, é possível interpretar esse primeiro princípio da razão prática sem cair na falácia naturalista ou Lei de Hume, revertendo, assim, um dos principais preconceitos contra o jusnaturalismo ou a tradição da lei natural:

> A proposta de Grisez era provar pelo menos duas coisas, a saber: (i) que as interpretações modernas e contemporâneas da lei natural de Aquino se equivocam ao compreender o primeiro princípio da lei natural como uma ordem ou comando; e (ii) que o primeiro princípio da razão prática corresponde ao primeiro preceito da lei natural, o que demanda compreender que o "bem" não diz respeito inicialmente à avaliação moral, mas apenas à inteligibilidade da ação humana. (MIRANDA, 2015, p. 14).[13]

Quando leu este artigo, Finnis, então, deparou-se com uma interpretação renovada da passagem de Santo Tomás que lançaria as bases para sua filosofia prática. De fato, na primeira metade do século XX a crítica positivista havia atribuído à lei natural a condição de objeto museológico ou simplesmente mero obscurantismo religioso superado pela ciência moderna do direito. Com isso, Finnis destinou o capítulo II de NLNR à revisão crítica de diversas caricaturas da tradição jusnaturalista (2007, p. 35-65/2011c, p. 23-55).

O impacto do trabalho de Finnis é notável, uma vez que o jusnaturalismo neoclássico tornou-se assunto canônico nos mais relevantes manuais de teoria do direito, consolidando a sua presença nas *hot issues* do debate acadêmico. Uma dessas *hot issues* é o problema metodológico relacionado ao alcance e à tarefa da teoria do direito, que se verifica nos seguintes questionamentos: a descrição explanatória na jurisprudência tem de ser neutra ou avaliativa? Descrições neutras seriam desejáveis e em que sentido? Quais as limitações

[13] Para uma análise sistemática da ética finnisiana: "Da Lei Natural como Fundamento Supramoral da Ação Humana em John Finnis: considerações sobre metodologia, teoria normativa e aspectos fundacionais", John Florindo de Miranda (2015).

de uma teorização livre de valores sobre um domínio social normativo como o direito? Que tipo de valores podem ser inseridos durante a descrição? Todas essas questões podem ser sintetizadas na formulação atualizada de Julie Dickson: “até que ponto, e em que sentido, um teórico do direito deve fazer julgamentos de valor sobre os fenômenos que procura caracterizar a fim de construir uma teoria do direito bem-sucedida?” (2001, p. 3)[14]

Nosso esforço no presente trabalho é esclarecer de que modo Finnis responde a esta pergunta-problema elucidando os aspectos metodológicos implícitos à teoria da lei natural.[15] Desta maneira, pretendemos colaborar com a intensificação das pesquisas nacionais em torno de Finnis e da teoria neoclássica, bem como situar os argumentos de Finnis no debate metodológico da jurisprudência analítica.

Segundo Finnis, "um teórico não pode fornecer uma descrição teórica e uma análise dos fatos sociais, a menos que também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática". (2007, p. 17)[16]. À vista disso, o argumento de Finnis envolve a tese metodológica (ou “meta-teórica”) que defende a cooperação entre a tarefa descritiva e a tarefa avaliativa em uma teoria social; em síntese, caso almeje sucesso na teorização, o teórico deve descrever seu *subject-matter* normativamente, à luz do "que é bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática"[17].

---

[14] No original: “to what extent, and in what sense, must a legal theorist make value judgments about the phenomena which he seeks to characterize in order to construct a successful theory of law?”

[15] Ao longo deste trabalho, adotaremos a expressão ampla e geral “teoria da lei natural” (*natural law theory*) sempre que nos referirmos à cosmovisão jusnaturalista de matriz clássica que se volta contra o positivismo jurídico, o ceticismo, o relativismo e todas as formas de reducionismo sofístico que rejeitam a objetividade e a normatividade dos princípios primeiros da razão prática (ver seção 1.1).

[16] O parágrafo completo no original: “But the development of modern jurisprudence suggests, and reflection on the methodology of any social science confirms, that no theorist can give a theoretical description and analysis of social facts without also participating in the work of evaluation, of understanding what is really good for human persons, and what is really required by practical reasonableness”.

[17] Neste trabalho, atribuímos a propriedade “normativa” às proposições avaliativas e prescritivas (“X deve ser o caso”), em oposição às proposições descritivas e factuais (“X é o caso”). As teorias baseadas em proposições normativas – como, por exemplo, a teoria da lei natural de Finnis – distinguem-se das teorias baseadas em proposições descritivas – como, por exemplo, o positivismo jurídico tradicional. Com efeito, o direito corresponde a um domínio social normativo uma vez que pretende guiar a ação humana fornecendo razões para agir. Outros domínios normativos são a moralidade, a religião, as regras de etiqueta, os jogos, etc. pois também visam orientar a ação humana à certa direção desejável. Entretanto, cabe

Este argumento desafia a chamada “tese da neutralidade”, associada ao positivismo jurídico (*legal positivism*), segundo a qual é desejável que a metodologia na teoria jurídica seja avalorativa (neutra, livre de valores) ou “indiretamente valorativa” (adicione valores de modo qualificado), sendo ambas as formulações uma rejeição do engajamento moral do teórico jurídico no processo explanatório. Nosso propósito neste trabalho, portanto, é elucidar a posição de Finnis, segundo o qual uma descrição do direito não pode ser bem-sucedida sem a assistência de proposições normativas ou avaliativas moralmente relevantes.

Em Finnis, o que assegura o caráter normativo e moral da teoria é a adoção do chamado “ponto de vista prático”, componente central do jusnaturalismo de matriz (neo)clássica. Outra referência para os insights de Finnis refere-se aos avanços metodológicos nas ciências sociais e na jurisprudência analítica, mediante principalmente a abordagem compreensiva de Weber e o método “hermenêutico” de Hart. Cabe ressaltar, ainda, que o projeto finnisiano não é um estudo “paroquial” do direito que se restringe a certos ordenamentos jurídicos, mas sim uma *teoria geral dos assuntos humanos* (uma ética, uma filosofia política e uma filosofia do direito), a qual se inspira na amplitude global das filosofias de Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino.

Se o debate metodológico no contexto jurisprudencial alcançou a proporção de hoje, este fato se deve em grande medida à disputa entre Hart e Ronald Dworkin (1931-2013)[18], conforme veremos no capítulo III da presente Dissertação. Segundo Brian Leiter, no entanto, "a força intelectual primária" para o debate foi o capítulo primeiro de NLNR, uma vez que nesta obra Finnis ofereceu um “desafio seminal” (2003, p. 3). Stephen Perry, importante entusiasta do debate metodológico, disse: “Meu pensamento a respeito da metodologia na teoria jurídica foi grandemente beneficiado pela discussão geral de Finnis em torno desse tópico, e em particular pela crítica esclarecedora a Hart” (1998, p 429, n. 5). Julie Dickson, atualmente *Professor of Legal Philosophy* na Universidade de Oxford, publicou em 2001 a obra *Evaluation*

ressaltar que parte do esforço de Finnis é reconfigurar os termos do debate metodológico, de tal forma que haja não rivalidade, mas colaboração entre considerações normativas e considerações descritivas.

[18] Para uma visão geral dessa disputa: SHAPIRO (2007).

and Legal Theory (“Avaliação e Teoria Jurídica”), hoje já conceituada como um clássico da jurisprudência analítica, pois organiza e reelabora os tópicos centrais do debate metodológico contemporâneo. Neste livro, a autora analisa criticamente as teorias de Finnis e de Dworkin contrapondo-as à abordagem “indiretamente valorativa” de Joseph Raz. Julgamos necessário, portanto, investigar as características e as virtudes da tese avaliativa de John Finnis.

Como referência primordial para entender o argumento de Finnis temos o primeiro capítulo de NLNR, intitulado “Avaliação e a Descrição do Direito”[19] (2007, p. 17-34/2011c, p. 3-22), onde Finnis apresentou de forma extensa e sistemática pela primeira vez as ponderações sobre o método em uma ciência social descritiva. Todavia, cabe ressaltar que a leitura isolada do Primeiro Capítulo – isto é, uma leitura que não leve em conta os diversos outros escritos do autor ao longo de sua atividade acadêmica e intelectual – revela-se indevida e raiz de incompreensão. De fato, nas precisas palavras de Pinheiro e Neiva (2020, p. 231): “Não há nenhum fio solto na urdidura argumentativa de Finnis e isolar os temas dos capítulos ou dos seus numerosos artigos neutralizaria a coerência interna de um pensamento logicamente fiel às suas premissas metodológicas fundamentais.”

É possível afirmar, dessa maneira, que a melhor fonte de comentários sobre a metodologia finnisiana consiste nas próprias observações de Finnis presentes nos escritos posteriores à sua obra principal publicada em 1980. Assim, embora tratemos como referência principal para esta dissertação o Primeiro Capítulo[20], Finnis discute o tema em vários outros textos: “*Law and What I Should Truly Decide*” (2003)[21]; “*Subject-matter and Method*”, segundo capítulo de *Aquinas* (1998); o *pós-escrito* presente na segunda edição de NLNR (2011c); “*Natural Law Theories*” (2015), verbete que Finnis escreveu para a *Stanford Enyclopedia of Philosophy*; as respostas ao *Festschrift* (2013)[22]; artigos sobre Hart e Weber, tais como, respectivamente, “*On Hart’s*

[19] No original: “*Evaluation and The Description of Law*”. Consideramos inadequada a opção da tradutora (2007, p. 17) por “Apreciação e Descrição do Direito”, pois mitiga o sentido valorativo que “evaluation” comporta.

[20] A partir de agora, sempre que nos referirmos ao primeiro capítulo de NLNR, adotaremos a expressão “Primeiro Capítulo” com iniciais maiúsculas.

[21] Presente com o título “*Describing Law Normatively*” no vol. IV dos *CEJF*, p. 23.

[22] KEOWN, John; GEORGE, Robert P. (eds.), Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Ways: Law as Reason and as Fact" (2007)[23] e "*Weber, Objectivity, and Legal-Rational Authority*" (1985)[24]; além de muitos outros escritos. Por fim, é indispensável ter em mente as contribuições de comentadores como George Duke (2013), Ronaldo Macedo Junior (2013), Cristóbal Orrego (2014), Felipe Taufik Daud (2014), John de Miranda (2015), André Coelho (2016), Horácio Neiva (2017), Victor Sales Pinheiro (2020) e outros; os quais direta ou indiretamente moldaram o nosso entendimento sobre o estatuto metodológico e epistemológico da filosofia jurídica contemporânea.

Antes de apresentarmos a estrutura da Dissertação, cumpre uma observação preliminar. Em "*Natural Law and Natural Rights*" (1980/2011c) e em "*Aquinas*" (1998), Finnis expõe a sua concepção metodológica já na abertura das obras, para só depois tratar da parte substancial de seu pensamento referente aos bens humanos básicos, os requisitos de razoabilidade prática, o bem comum, etc. Entretanto, ainda há certo má entendimento da tese metodológica finnisiana, como se Finnis estivesse defendendo uma abordagem eminentemente descritiva, na qual a adoção do ponto de vista prático fosse apenas um adendo ou um complemento, e como se o dispositivo do caso central e do significado focal pudesse ser isolado do ponto de vista que o orienta sem prejuízo para o argumento. Como pretendemos defender, a teoria de Finnis é normativa desde a base. Isto posto, então, optamos por adotar a ordem expositiva que se segue, pois assim, quando tratarmos das orientações descritivas-avaliativas elencadas por Finnis, o leitor já terá em vista o horizonte prático-normativo da teoria da lei natural.

Sendo assim, no capítulo I desta Dissertação, intitulado "Premissas Fundamentais", intentamos analisar alguns pontos relevantes que indicam a natureza do projeto teórico finnisiano, os quais ou estão ausentes ou se encontram de modo embrionário no Primeiro Capítulo, que é normalmente tratado como principal referência para a compreensão do argumento de Finnis. Assim, o projeto finnisiano: corresponde à teoria da lei natural, a qual avalia a ação humana tendo em vista os bens humanos inteligíveis, os requerimentos da razoabilidade prática e a realização humana integral (1.1); pressupõe a

[23] Presente no vol. IV dos *CEJF*, p. 230. Publicado primariamente em: COLEMAN (2001).

[24] Presente no vol. IV dos *CEJF*, p. 211.

divisão da realidade em quatro ordens e quatro ciências correspondentes, situando a teoria jurídica principalmente no domínio das ciências práticas (1.2); defende que o propósito (objeto, objetivo, fim, etc.) do direito é prático, normativo, moral, e a teoria jurídica, portanto, precisa estar engajada com este propósito (1.3).

Já o capítulo II ("Considerações Descritivas e Avaliativas"), por sua vez, é destinado à exposição de alguns tópicos do argumento de Finnis conforme apresentados no Primeiro Capítulo. Trataremos do notável dispositivo do caso central e significado focal, que está atrelado ao ponto de vista prático, a perspectiva moralmente exemplar e razoável, encarnada na figura do *spoudaios*. Assim, após realçar de que modo Finnis entende a interdependência entre descrição e avaliação (2.1), analisaremos mais detidamente a analogia da centralidade, que potencializa a descritividade da teoria jurídica (2.2), e a relação do significado focal com o tipo ideal de Max Weber (2.3). A seção 2.4 trata do ponto de vista prático e analisa o papel do *spoudaios* na teoria da lei natural.

Os dois primeiros capítulos, então, formam um grande bloco que delineia a natureza metodológica da jurisprudência de John Finnis, seus objetivos, terminologias e justificativas fundamentais. Contra este modelo, temos a proposta positivista que defende a desejabilidade de uma descrição explanatória neutra. O capítulo III ("A Longa Marcha na Jurisprudência Analítica"), enfim, cumpre a finalidade dialética de esclarecer o conflito entre as duas concepções. Ou seja, ao invés de apresentarmos a tese positivista no primeiro capítulo, deslocamos sua apresentação para o capítulo terceiro, de modo que a compreensão dos aspectos fundamentais que constituem a metodologia positivista se dê já com o arcabouço teórico de Finnis defendido. Assim, nas duas primeiras seções (3.1 e 3.2), pretendemos expor o desenvolvimento da questão metodológica na jurisprudência analítica, utilizando duas importantes referências: John Austin e Hart. É indispensável considerar, nesse percurso, a contribuição de Hart com a inserção do ponto de vista interno na teoria do direito, e, por isso, nos atentaremos mais detidamente a este ponto. Nosso intuito, nas duas primeiras seções, é não só contextualizar as considerações metodológicas do positivismo jurídico (maior desafio à tese finnisiana), como também realçar aspectos constitutivos desse argumento que

remontam às origens austinianas da jurisprudência analítica. Na seção 3.3, pretendemos determinar o modo como se configura o debate jurisprudencial contemporâneo. Na seção 3.4, vamos elucidar o argumento metodológico positivista à luz das considerações de Julie Dickson. Enfim, na seção 3.5, intentamos responder à tese segundo a qual uma abordagem metodológica livre de valores ou indiretamente avaliativa é desejável. Foi para esta seção (ao invés da seção 2.4) que deslocamos a análise crítica que Finnis desenvolveu sobre o ponto de vista interno enquanto categoria hartiana. Esta análise é uma via dialética particular para a compreensão do ponto de vista prático. Dito de outro modo, pretendemos, no capítulo III da presente Dissertação, contrastar o projeto metodológico da teoria da lei natural de Finnis, tal como apresentado nos capítulos I e II, à abordagem neutra ou "indiretamente avaliativa" de matriz positivista dominante na jurisprudência analítica.[25]

Em suma, conforme pretendemos defender, o argumento metodológico de Finnis, orientado pelos princípios práticos da lei natural, oferece recursos suficientemente satisfatórios tanto para uma abordagem descritiva de teor empírico-factual, quanto para uma abordagem normativa que almeje respostas moralmente significativas. Em verdade, Finnis articula estas duas abordagens (sem confundi-las) de modo a elevá-las ao patamar de teoria geral e filosofia prática, atribuindo ao teórico não apenas um trabalho de recolhimento de dados e identificação de características fundamentais (como se o *subject-matter* da sua pesquisa fosse um objeto totalmente externo e alheio), mas exigindo também um exercício filosófico de autocompreensão que leve em conta os "bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano" e os "requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer". (FINNIS, 2007, p. 17)[26] Nosso

[25] Tendo em vista a necessidade de concisão e restrição metodológicas inerentes ao escopo de um trabalho dissertativo, optamos por analisar as objeções de Julie Dickson, Joseph Raz e H. L. A. Hart. Contudo, outros autores também se comprometeram em criticar e/ou oferecer propostas que se voltam contra a metodologia finnisiana. Vide: Shapiro (2011), Leiter (2003), Marmor (2006), Barber (2010). De todo modo, as respostas da seção 3.5 podem ser destinadas e adaptadas a tais autores aqui ausentes.

[26] Referência às palavras que inauguram o Primeiro Capítulo. Eis o parágrafo completo: "Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições tais instituições têm cabimento e de que maneiras podem ser (e frequentemente são) deficientes". No original: "There are human goods

propósito, então, é lançar luzes sobre a concepção metodológica inerente à teoria da lei natural de John Finnis.

that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy. It is the object of this book to identify those goods, and those requirements of practical reasonableness, and thus to show how and on what conditions such institutions are justified and the ways in which they can be (and often are) defective." (2011c, p. 3).

1. PREMISSAS FUNDAMENTAIS

John Finnis desempenhou um papel imprescindível na configuração do debate acadêmico contemporâneo em torno do direito ao reinserir as terminologias, os módulos temáticos e os objetivos teóricos da tradição da lei natural que remonta a Platão, Aristóteles e Santo Tomás – o que exigiu do autor uma franca oposição às concepções jurisprudenciais dominantes, particularmente o positivismo jurídico. Uma divergência fundamental entre ambas as agendas encontra-se no nível metodológico (meta-teórico) que se refere às atitudes dos teóricos descritivos durante o processo explanatório. Finnis astutamente empreendeu um esforço notável nas últimas décadas para elucidar as nuances do contraste entre as duas agendas metodológicas (positivismo x jusnaturalismo), a tal ponto que esta querela tornou-se um capítulo à parte na história recente da jurisprudência analítica e da teoria neoclássica. Em síntese, os positivistas argumentam que o escopo da teoria do direito é restrito a descrever avalorativamente seu *subject-matter*, ao passo que os jusnaturalistas como Finnis defendem que a descrição explanatória em uma teoria geral do direito (*general legal theory*) fracassará sem que adote os critérios normativos, morais, práticos da lei natural.

Comumente identificado com o argumento de Finnis é o método analógico do caso central e significado focal e a adoção do ponto de vista prático, que serão objeto do próximo capítulo. Antes, no entanto, pretendemos considerar no atual capítulo premissas fundamentais que são significativas para a compreensão da metodologia finnisiana, uma vez que se trata de um argumento que: (1.1) está implícito na teoria da lei natural, a qual investiga os aspectos substantivos do direito tendo em vista o florescimento humano e o bem comum; (1.2) tem como base a compreensão das quatro ordens da realidade na qual a posição do direito define a domínio do método de teorização; (1.3) leva em conta, portanto, o propósito prático do direito. Estes apontamentos serão elucidados a seguir para que tenhamos consciência do horizonte prático-normativo da tese finnisiana.

1.1 A teoria da lei natural

No que consiste dizer que a proposta de Finnis é uma teoria da lei natural ou jusnaturalismo? Nosso propósito na presente seção, portanto, é responder a esta questão realçando a ética finnisiana que abarca uma análise do primeiro princípio da razão prática, dos bens humanos inteligíveis e dos requerimentos de razoabilidade prática – e que, desse modo, enquanto estudo da ação humana, compõe a tessitura da filosofia política e da filosofia jurídica de John Finnis.

Ao contrário do que pensam os que acusam a tradição da lei natural de incorrer na falácia naturalista, nem os clássicos (Aristóteles, Aquino, etc.), nem Finnis inferem ilicitamente proposições normativas e prescritivas ("dever-ser") de proposições descritivas e factuais ("ser"); isto é, não derivam valores éticos de fatos. Os pensadores do jusnaturalismo (neo)clássico consideram, por outro lado, que a ordem explanatória do conhecimento (epistemologia) é inversa à ordem metafísica, ou seja: para conhecer o que é a natureza humana, é preciso se voltar não a um "inventário" de aspectos fixos e inerentes ao "ser", mas sim às potencialidades e capacidades do "ser". Segundo Finnis, na linha de Aristóteles: "Potencialidades e capacidades são compreendidas quando se compreendem os seus atos (atualizações) correspondentes; e atos ou atualizações devem ser, por sua vez, compreendidos por meio do entendimento dos seus objetos" (FINNIS, 2012, p. 20). E quais são os objetos ou objetivos da natureza humana? São os primeiros princípios da razão prática que dirigem o homem às formas básicas do bem humano. Epistemologicamente, portanto, o jusnaturalismo não parte da natureza humana para conhecer a ética, mas faz o movimento contrário: a partir da ética é possível identificar os objetos básicos da natureza humana e, assim, compreender efetivamente a natureza humana. Dito de outro modo: o conhecimento da natureza humana não é o ponto de partida do qual se infere julgamentos éticos, mas sim o ponto de chegada que se alcança a partir de tais julgamentos.

Assim, a lei natural designa o conjunto de princípios práticos básicos que, operando em um nível fundacional da razão, orientam a ação humana (tanto no domínio do plano de vida particular de cada ser humano quanto no

domínio social e público das comunidades humanas) para alcançar seus objetos, isto é, bens humanos inteligíveis. Tais princípios servem como ponto de partida (em latim *principium*) de toda ação, deliberação, escolha, etc.; isto é, subsistem como premissa fundamental no raciocínio prático-moral.

De fato, a razão humana tem duas faculdades distintas: a teórica e a prática, que em uma exposição como a deste trabalho podem ser analiticamente divididas, mas não estão separadas na realidade mesma do entendimento humano – a diferença entre ambas é apenas operacional. Por meio da *razão teórica* o ser humano é capaz de julgar uma proposição, discernindo se ela é verdadeira ou falsa, se ela é o caso ou se não é o caso; ao passo que por meio da *razão prática*, o ser humano julga um certo de estado de coisas, discernindo se ele é benéfico ou digno para, dessa maneira, definir se vale a pena *agir* em virtude dele, comprometer-se com ele, dirigir-se a ele, etc. – ou, dito de outro modo, a razão prática orienta a ação humana, através de *razões para ação*, a perseguir o que é *bom*.

Analogamente, se na razão teórica o *ser* é a inteligibilidade básica, e o seu princípio primaríssimo é o princípio da não-contradição (segundo o qual: *algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob as mesma condições*), na razão prática a inteligibilidade básica é o *bem*: é para o bem que ela se volta, é participando dele que ela se realiza. Ou, dito de outro modo, "nada pode ser compreendido pela razão prática sem que a inteligibilidade de bem esteja incluída nisto" (GRISEZ, 2007, p. 186). O princípio primaríssimo da razão prática (ou primeiro preceito da lei natural) encontra-se na seguinte assunção: *o bem tem de ser buscado e o mal tem de ser evitado*, conforme se verifica em Santo Tomás (*Suma Teológica*, I-II, q. 94, a.2)[27]. Em verdade, este preceito é

[27] Vale a pena mostrar brevemente, a respeito dessa *fórmula verbal* do primeiro princípio da razão prática, certo desacordo na sua tradução para o português. Na *Suma Teológica*, das Edições Loyola, vol. IV, 3ª ed., de 2015, o primeiro princípio da razão prática, em latim, é expresso nestes termos: *bonum est faciendum et prosequendum*, *et malum vitandum*, e vertido para o vernáculo com a seguinte redação: "o bem deve ser feito e procurado, e o mal, evitado". Grisez, escrevendo em inglês, apresenta-o nesta forma: "*Good is to be done and pursued, and evil is to be avoided*". José Reinaldo de Lima Lopes, que traduziu para o português este artigo de Grisez, apresentou esta fórmula verbal: "o bem há de ser feito e buscado, e o mal há de ser evitado". Costuma-se também traduzir literalmente, a partir do inglês, nestes termos: "*o bem é para ser feito e buscado, e o mal é para ser evitado*". Segundo o Prof. Klelton Mamed de Farias (CESUPA), em aulas e orientação, a melhor tradução seria: "o bem tem de ser feito e buscado, e o mal, evitado", porque, em latim, os termos *faciendum et prosequendum* e *vitandum* são *gerundivos* (particípio futuro na voz passiva) e indicam que uma ação *deve ser* realizada, o equivalente em inglês é a locução verbal *is to be*, algo *tem de ser*...

"indemonstrável" (*indemonstrabilia*) ou "evidente por si mesmo" (*per se nota*) de modo análogo ao princípio primaríssimo da razão teórica[28].

Eis, então, o sentido de "prático" ao longo da obra de Finnis e da presente Dissertação:

> Por "prático", aqui, como em todo este livro, não quero dizer "praticável" em oposição a impraticável, eficiente em oposição a ineficiente; quero dizer, "tendo em vista decisão e ação". Pensamento prático é pensar sobre o que (deve-se) fazer. Razoabilidade prática é a razoabilidade na decisão, na adoção de compromissos, na escolha e execução de projetos e, em geral, na ação. A filosofia prática é uma reflexão disciplinada e crítica sobre os bens que podem ser realizados na ação humana e os requisitos da razoabilidade prática. (2011c, p. 12)[29]

Diante do exposto, é adequado definir sumariamente certos conceitos que são centrais na concepção jusnaturalista de Finnis: *razão prática*, que é a razão que fornece razões para ação[30]; *ação humana*, atitude inteligente na qual se inclui a deliberação, escolha, juízo, decisão, etc., não se confundindo aqui com os movimentos irrefletidos do corpo humano (por exemplo, a digestão)[31];

Por isso Grisez utilizou *is to be done and pursued*... para traduzir o sentido de *faciendum et prosequendum...*, e Reinaldo Lopes empregou a locução verbal *há de ser*. Todavia, semanticamente, *há de ser* é bem menos incisiva, imperativa, que *tem de ser*, que traduz a ideia do primeiro princípio da razão prática tal como a concebe Santo Tomás de Aquino, de acordo com o sentido análogo que Grisez pretende mostrar ser o mais adequado a esse princípio quando comparado com o princípio da razão teórica.

[28] Segundo Finnis, os princípios da razão teórica: "(...) não são demonstráveis, pois são pressupostos ou empregados em tudo o que consideraríamos demonstração. Eles não descrevem o mundo. Mas, embora não os possamos verificar abrindo nossos olhos e dando uma olhada, são óbvios - obviamente válidos - para qualquer um que tenha experiência em investigar questões de fato e de julgamento teórico (inclusive histórico e filosófico); eles não precisam ser demonstrados". (FINNIS, 2011c, p. 69).

[29] No original: "By 'practical', here as throughout this book, I do not mean 'workable' as opposed to unworkable, efficient as opposed to inefficient; I mean 'with a view to decision and action'. Practical thought is thinking about what (one ought) to do. Practical reasonableness is reasonableness in deciding, in adopting commitments, in choosing and executing projects, and in general in acting. Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the goods that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness".

[30] Segundo Finnis, "*razão* significa os princípios de escolha e ação razoáveis que foram chamados de lei natural ou (com o mesmo significado e referência) lei da razão, ou moralidade, ou direitos humanos e decência humana, ou equidade, imparcialidade e justiça." (2011b, p. 149). No original: "*Reason* signifies the principles of reasonable choice and action which have been called natural law or (with the same meaning and reference) law of reason, or morality, or human rights and human decency, or equity, fairness, and justice."

[31] "Trata-se da distinção realizada por Tomás de Aquino entre *actus hominis* e *actio humana*, o primeiro conceito dizendo respeito a atos e processo que ocorrem no homem sem a colaboração direta e voluntária dele, e o segundo dizendo respeito aos atos que o homem

normatividade, que se refere à propriedade diretiva, prescritiva e obrigatória dos princípios da razão prática, propriedade esta que é compartilhada com o direito, enquanto conjunto de regras jurídicas obrigatórias[32]; *julgamento prático*, que corresponde a juízos feitos por qualquer pessoa sobre o modo adequado que alguém deve agir em determinada circunstância, o que resulta em conhecimento prático, ao contrário de julgamentos empíricos e factuais que resultam em conhecimento teórico sobre o que é o caso. (FINNIS, 2007, p. 234); *razoabilidade prática*, que é a capacidade humana de "empregar a própria inteligência para lidar de forma eficaz (no raciocínio prático que resulta em ação) com os problemas de escolher as ações, o estilo de vida e dar forma ao caráter." (2011c, p. 88)[33]; além de outras categorias correlatas associadas à estrutura cognitiva da razão prática que orienta o ser humano tendo, em seu background, os preceitos da lei natural. Em síntese, a lei natural é o fundamento da ação humana em seus contornos morais, normativos, práticos, deliberativos, etc. – ou, como veremos adiante, a lei natural orienta o homem enquanto objeto das ciências práticas da realidade, isto é, o homem que molda as suas ações a partir de escolhas livres e responsáveis.[34]

Falamos que o princípio primaríssimo da razão prática é que *o bem tem de ser buscado, e o mal, evitado*. Deste princípio primaríssimo é possível extrair princípios primários que designam bens primários: o conhecimento tem de ser buscado, e a ignorância, evitada; a saúde tem de ser buscada, e a

---

realiza mediante reflexão, deliberação e escolha livre (*libera electio*)" (SANTOS; PINHEIRO em PINHEIRO (org.), 2019, p. 93)

[32]"Podemos falar de direito onde quer que falemos de obrigação. Na verdade, podemos usar a palavra de forma mais ampla ainda, e falar de direito(s) onde quer que possamos falar de normatividade, isto é, de direções gerais a serem levadas em conta, ou autorizadas a serem levadas em conta, nas deliberações sobre o que fazer" (FINNIS, 2011b, p. 91). No original: "We can speak of law wherever we can speak of obligation. Indeed, we can use the word more broadly still, and speak of law(s) wherever we can speak of normativity, that is of general directions considered as counting, or entitled to count, in one's deliberations about what to do."

[33] No original: "Sixthly, there is the basic good of being able to bring one's own intelligence to bear effectively (in practical reasoning that issues in action) on the problems of choosing one's actions and lifestyle and shaping one's own character".

[34] Embora seja sutil, há distinção entre "lei natural" e "direito natural": "There is, of course, a distinction to be made between *loi naturelle* and *droit naturel*, if the latter is understood (as it is sometimes, but not always, in Aquinas) as referring to the Roman law concept of *ius* as the ensemble of morally (or juridically) cognizable relations between say two persons and a subject- matter (e.g. some action of one of them). The distinction is simply that the *loi naturelle* is as such the set of reasons (principles) which justify the assertion of the *droit naturel* in question. The latter is the former in its application to a specified class of persons and subject-matter." (FINNIS, 2011a, p. 207). Ou seja, a diferença reside apenas no fato de que o "direito natural" é uma especificação ou aplicação em circunstâncias concretas dos princípios práticos da lei natural.

doença, evitada; a sociabilidade tem de ser buscada, e o isolamento/egoísmo, evitado; etc. Tais bens – os *bens humanos básicos* – permitem o florescimento humano, a plenitude da existência (equivalente à *eudaimonia* de Aristóteles e à *beatitude* em Santo Tomás de Aquino). Assim, operam como componente central para a compreensão do pensamento jusnaturalista de Finnis: "Esses bens são as *razões* que temos para agir, e nada na teoria moral, política ou jurídica é bem compreendido, a não ser atendendo a esses bens com total atenção ao seu valor intrínseco, às formas como realizam e aperfeiçoam as pessoas humanas e à sua diretividade ou normatividade para todo pensamento sobre o que deve ser feito". (FINNIS, 2011b, p. 98)[35]

Santo Tomás de Aquino (*ST*, I-II, q. 94, a.2) afirma que as bens primários, correspondentes a inclinações naturais, são vida e saúde, casamento, *societas* e conhecimento; no a.3, ele adiciona outra inclinação natural: de agir de acordo com a razão, isto é, de acordo com a virtude. Em NLNR, no entanto, Finnis fornece uma lista distinta: vida, conhecimento, jogo (*play*), experiência estética, sociabilidade (amizade), razoabilidade prática e "religião". Esta lista sofreu alterações ao longo da obra de Finnis. Eis a lista atual:

> Após o amadurecimento da teoria, a lista passou a ser apresentada nos seguintes termos: [1] o conhecimento (incluindo apreciação estética) da realidade; [2] a excelência na performance no trabalho e no jogo considerados por si mesmos; [3] a vida corporal e os componentes de sua plenitude como a saúde, o vigor e a segurança; [4] amizade ou harmonia e associação entre pessoas, em suas várias formas e profundidades; [5] a associação sexual de um homem e uma mulher que, apesar de envolver essencialmente tanto amizade entre os cônjuges quanto a procriação e educação de seus filhos, parece ter um significado e benefício compartilhado que não é redutível nem à amizade, nem à vida-em-transmissão e, portanto, deve ser reconhecida como um bem humano básico distinto – o bem humano básico do casamento; [6] o bem da harmonia entre os sentimentos e juízos (integridade interna), e entre os juízos e o comportamento (autenticidade) – o bem da razoabilidade prática; e [7] o bem da religião que consiste na harmonia com a fonte última de toda a realidade, de valor e significado. (RIKER, 2018, p. 76)

[35] No original: "Those goods are the *reasons* we have for action, and nothing in moral, political, or legal theory is well understood save by attending to those goods with full attention to their intrinsic worth, the ways they fulfi l and perfect human persons, and their directiveness or normativity for all thinking about what is to be done."

A diretividade dos bens humanos básicos, enquanto princípios fundacionais, ainda se encontra em um nível pré-moral da ação humana – eles são o "fundamento avaliador de todos os juizos morais" (2007, p. 67)[36]. Além de pré-morais ou incipientemente morais, os bens humanos inteligíveis, dotados de valor intrínseco, são também incomensuráveis, autoevidentes, igualmente fundamentais e irredutíveis entre si. Os bens humanos básicos se deslocam para o âmbito moral e recebem uma articulação específica (embora altamente geral) em princípios como a injunção de amar o próximo como a si mesmo; a Regra de Ouro, segundo a qual o ser humano deve fazer pelos outros o que gostaria que fizessem por ele e não fazer aos outros o que ele não gostaria que fizessem a ele; os "imperativos categóricos" de respeitar e tratar como intrinsecamente valiosa a humanidade em si mesma e nos outros, de modo que cada uma de suas comunidades seja tratada como um reino de fins; e outros (FINNIS, 2015, 1.1). Finnis intentou reunir estes princípios em um conjunto de dez requisitos de razoabilidade prática. São eles:

> (1) "tenha um conjunto harmonioso de orientações, objetivos e compromissos; (2) não deixe de levar em consideração nem desconsidere arbitrariamente nem exagere em qualquer um dos bens humanos básicos; (3) não deixe de levar em consideração nem desconsidere arbitrariamente nem exagere a bondade envolvida; (4) não atribua a qualquer projeto específico uma importância prioritária e incondicional como se só um bem humano básico e um compromisso geral estivessem sendo promovido; (5) procure desenvolver os seus compromissos gerais com criatividade e não os abandone levianamente; (6) não desperdice as suas oportunidades usando métodos desnecessários e ineficientes e não perca de vista as consequências ruins que são previsíveis nas suas escolhas; (7) não escolha diretamente contra qualquer bem humano básico; (8) promova o bem comum das comunidades; (9) não haja contrariamente à sua consciência, isto é, contra o bom senso acerca das implicações na sua própria ação das exigências de razoabilidade prática e dos princípios morais que elas geram ou justificam; (10) não escolha bens aparentes, sabendo que eles são apenas simulações de bens reais,

[36] Finnis, no pós-escrito, qualifica essa alegação afirmando que os bens humanos são "virtualmente ou incipientemente morais": "Though they only have a moral force or moral normativity once they are modulated and regulated by practical reasonableness, they do have that force when so regulated and so are not merely pre-moral but also—so to speak, eventually (and always incipiently or virtualiter)—moral." (2011c, p. 442-443).

> mesmo quando a simulação traz emoções ou experiências reais ou satisfações reais. (FINNIS, 2012, p. 75-76).

A razoabilidade prática orientada por tais requisitos, sendo ela mesmo um dos bens humanos básicos, refere-se à virtude que os gregos designavam *phrônesis* e os latinos, *sapientia* ou *prudentia* (FINNIS, 1998, p. 83-86). Assim, o homem que viola os requerimentos práticos é desarrazoado, ao passo que o homem que respeita tais requerimentos é razoável, é um *spoudaios* (conforme veremos na seção 2.3).

Com base nas razões para a ação e nos requisitos de razoabilidade prática, Finnis procura explicar os fundamentos normativos que orientam não apenas os indivíduos em seus planos de vida particulares, mas as próprias comunidades humanas. Nesse ponto, então, entram as noções fundamentais para o pensamento de Finnis: o bem comum e a autoridade legítima. Foge ao escopo deste trabalho uma apreciação minuciosa dessas categorias, mas cabe ressaltar que o bem comum, ele mesmo um requisito da razoabilidade prática, é o conjunto de condições necessárias para a realização dos bens humanos inteligíveis e, desse modo, o florescimento humano. Associada ao bem comum político, está a necessidade de uma autoridade jurídica que solucione os problemas de coordenação dos grupos humanos. A autoridade servindo o bem comum forma a concepção jurídico-política da lei natural de Finnis. Ou seja, é indispensável não perder de vista que a intenção de Finnis é fornecer não só uma explanação dos princípios práticos que orientam a ação humana tendo em vista a plenitude da existência humana, o florescimento humano que constitui um ideal moral de boa vida; mas também, na reflexão social e pública sobre o bem comum e a autoridade jurídica, Finnis visa esclarecer a manutenção e a garantia jurídico-políticas das oportunidades de florescimento humano. Neiva e Pinheiro (2020, p. 36) sintetizam este ponto do seguinte modo

> O direito tem autoridade legítima quando serve ao bem comum, promovendo justiça e direitos humanos. O direito precisa da autoridade para coordenar a ação de modo razoável, permitindo aos destinatários assimilar as razões jurídicas como razões para ação com a finalidade do bem comum, que os beneficia como agentes racionais, pela estabilização jurídica das relações sociais. Isso porque o bem comum é um requisito da razoabilidade prática. Desconsiderá-lo é desarrazoado e nos priva de parcela da nossa racionalidade comum e pública,

> do horizonte de expectativa, pautada em regras de justiça, direitos e deveres, que a instituições jurídica promove. (2020, p. 36)

Dessa forma, cabe enfatizar que para os autores da tradição jusnaturalista, teoria moral, teoria política e teoria jurídica são domínios filosóficos entrelaçados, interdependentes, que colaboram entre si em uma teoria social completa – qualquer ambição teórica de descritividade e generalidade acerca de cada um destes domínios exige que o teórico leve em conta os princípios e as implicações dos outros domínios. Por exemplo, pensando em teoria jurídica, Finnis está dizendo que um teórico do direito não pode se restringir a uma teorização meramente descritiva isolada da ética e da teoria política, as quais, nesse sentido, dependem de assunções normativas e críticas. A cisão metodológica entre definição explanatória do direito e os fundamentos normativos do direito, embora predominante na jurisprudência analítica, seria estranha aos autores gregos e medievais nos quais Finnis se baseia. Conforme veremos ao longo do presente trabalho, a instância focal (primária, plena, virtuosa) do direito é o direito e suas instituições que, por intermédio de uma autoridade legítima, resolvem os problemas de coordenação e promovem condições de florescimento humano em uma comunidade completa. Em síntese, a concepção metodológica inerente à teoria jurídica de Finnis depende de tais apontamentos fortemente normativos.

1.2 As quatro ordens da realidade

No ensaio intitulado "*Legal Reasoning as Practical Reason*", Finnis nos diz que: "Outra característica do mundo a ser acomodada por uma teoria consistente da lei natural, é a distinção entre as ordens da realidade que são objeto da razão humana" (2011a, p. 217). Com efeito, é indispensável compreender o projeto jusfilosófico de Finnis situando-o no esquema tomista dos quatro tipos de ordens da realidade e suas ciências correspondentes (1998, p. 20-23). Isso porque o caráter próprio de uma ciência/teoria depende dos propósitos, objet(iv)os, fins a que ela se compromete, os quais são determinados pela ordem a que pertence o *subject-matter* dessa ciência/teoria.

Pretendemos, então, mais precisamente esclarecer de que modo o direito, como domínio social e normativo, pertence eminentemente à ordem prática, e de que modo a estrutura da realidade distribuída em quatro tipos de ordem influencia diretamente no método adotado pelo teórico.

No segundo capítulo de *Aquinas* (1998), possivelmente a principal obra de Finnis depois de NLNR, o autor tenta explicar o modo pelo qual Santo Tomás de Aquino propõe "uma teoria da ação humana e da sociedade". Segundo Finnis, o pensamento de Aquino, nesse campo prático, tem como foco a pessoa como fonte de suas próprias ações, tendo a livre escolha e poder sobre seus atos. Em verdade, o ato de uma pessoa é genuinamente humano e racional quando é feito de forma totalmente responsável por ela – de fato, a *ST* foca em três discussões: liberdade, poder e domínio, todas debatendo a sociedade, porém são aplicadas para as escolhas das pessoas. (1998, p. 20-21)[37] Aquino herda de Aristóteles aquilo que o Estagirita designa "filosofia dos assuntos humanos", conforme fica claro no comentário de Aquino à *Ética a Nicômaco* de Aristóteles. De acordo com Finnis:

> Já que muito no tratamento de Aristóteles procura descrever e explicar o comportamento dos indivíduos e sociedades, nós temos aqui uma consideração de Aquino mais cuidadosa sobre o *subject-matter* próprio, o propósito, e método da teoria social, teoria política e teoria jurídica, assim como a ética e a teoria da justiça (1998, p. 21).[38]

Tendo em vista esse programa metodológico de amplitude geral, que articula em uma teoria social completa filosofia política, filosofia do direito e ética, Finnis, interpretando Santo Tomás, indica que, para se construir uma teoria geral do direito (*general jurisprudence*) é indispensável que o teórico

[37] No original: "There are points in his work where Aquinas has a special opportunity to say just what he thinks a theory of human action and society is about.

"One is the prologue to the second part of his *Summa Theologiae*. This whole part will, he says, be about people precisely as *principium*, source, of their own deeds, having free choice {liberum arbitrium; libera electio} and power {potestas} over those deeds. Indeed, as he promptly adds, one's deeds (acts, actions) are really human only if one is fully in charge-ruler, master, owner {dominus} of them.

"So the *Summa*'s hundreds of disputations and thousands of arguments on good and bad in personal and social life are thematized by three terms-freedom, power, mastery-each drawn from talk about society but here applied to one's own choices and chosen actions."

[38] No original: "Since much in Aristotle's treatment seeks to describe and explain the behaviour of individuals and societies, we have here Aquinas' most careful account of the proper subject-matter, point, and method of social theory, political theory, and legal theory, as well as of ethics and the theory of justice."

descritivo tenha como pressuposto metodológico a diferença entre os quatro tipos irredutíveis de ciência/teoria, correspondentes às quatro ordens distintas da realidade:

> Central para essa consideração é a conclusão de que as ciências {*scientiae*} são de quatro tipos {*diversae*} irredutivelmente distintos: (1) ciências de assuntos e relações {ordo} não afetadas por nosso pensamento, i. e. da 'ordem da natureza {*rerum naturalium*}' estudada pela 'filosofia natural' que inclui 'ciências naturais' {[*scientia*] *naturalis*}, matemática e metafísica; (2) as ciências da ordem que podemos introduzir em nosso próprio pensamento, ou seja, a lógica em seu sentido mais amplo; (3) as ciências da ordem que podemos trazer para nossas ações deliberativas, de escolha e voluntárias, ou seja, e as ciências moral, econômica e política compendiosamente chamadas *philosophia moralis*; (4) as ciências da multiplicidade de artes práticas, as tecnologias ou técnicas que, ao colocar ordem em qualquer tipo de material externo ao nosso pensamento e vontade, produzem "coisas constituídas pela razão humana". (Ibid., p. 21)[39]

Todas as quatro ordens são irredutíveis umas às outras, e as ações humanas bem como as sociedades constituídas pela ação humana, não podem ser adequadamente entendidas como se fossem apenas ocorrências naturais (primeira ordem), conteúdo do pensamento (segunda ordem) e fabricações técnicas (quarta ordem) (1998, p. 21-22) Ou seja: há, de fato, uma unidade na realidade, de modo que as quatro ordens não são partes autônomas do mesmo ente, mas esferas inter-relacionadas. Não obstante esse aspecto uno e indivisível da realidade, as quatro ordens, em uma situação concreta, podem sim ser analiticamente distinguidas umas das outras. Sendo assim, utilizaremos o exemplo do próprio Finnis para mostrar de que forma é possível “recortar” um mesmo evento em quatro domínios distintos:

[39] No original: “Central to that account is the conclusion that sciences {scientiae} are of four irreducibly distinct {diversae} kinds: (1) sciences of matters and relationships {ordo} unaffected by our thinking, i.e of the 'order of nature {rerum naturalium} studied by the 'natura philosophy' which includes 'natural science' {[scientia] naturalis}, mathematics, and metaphysics; (2 the sciences of the order we can bring into our own thinking, i.e. logic in its widest sense; (3) the sciences of the order we can bring into our deliberating, choosing, and voluntary actions, i.e. the moral, economic, and political sciences compendiously called philosophia moralis; (4) the sciences of the multitude of practical arts, the technologies or techniques which, by bringing order into matter of any kind external to our thinking and willing, yield 'things constituted by human reason'”

> Considere, por exemplo, uma palestra. (1) Ouve-se os *sons* produzidos pelas cordas vocais do orador: há uma ordem da natureza que de forma alguma determinamos por nosso entendimento, mas que podemos investigar através do entendimento, como nas ciências naturais ou (como agora) na metafísica. (2) A pessoa ouve as *exposições, argumentos e explicações* do orador e alinha o seu entendimento com eles (mesmo que apenas na medida necessária para rejeitá-los como equivocados): há uma ordem que se pode trazer para as próprias investigações, compreensão, e raciocínio, a ordem estudada pela lógica, metodologia e epistemologia. (3) Ouve-se *o palestrante*, que (como o público) está livremente engajado em uma atividade e, portanto, participando de um relacionamento humano: há uma ordem que se pode trazer para suas próprias disposições, escolhas e ações - nossa práxis, nossa fazendo, a *Existenz* de alguém -- a ordem "existencial" estudada por algumas partes da psicologia, pela biografia e pela história dos assuntos humanos e pela filosofia moral e política. (4) Ouve-se a *língua inglesa* e as afirmações ordenadas por uma técnica expositiva ou retórica, criando e decodificando os símbolos formalizados de uma língua e os símbolos menos formalizados, mas ainda convencionais, e hábitos expressivos de uma forma e técnica cultural: a ordem que se pode inteligentemente trazer à matéria que está sujeito ao nosso poder, de modo a fazer objetos como fonemas, palavras, poemas, barcos, software, mísseis balísticos e suas trajetórias inerentes - a ordem do *poiesis*, do criar, da cultura - estudados nas artes e tecnologias, e em linguística e retórica. (Correspondendo a essas quatro ordens estão quatro sentidos irredutivelmente distintos de 'audição'.) (FINNIS, 2011a, p. 217-218)[40]

No exemplo em questão, é possível perceber que uma descrição analítica do evento não pode se valer da redução desse evento a uma de suas

[40] No original: “Consider, for example, a lecture. (1) One hears the sounds produced by the speaker’s vocal chords: there is an order of nature which we in no way establish by our understanding but which we can investigate by our understanding, as in the natural sciences or (as right now) in metaphysics. (2) One hears the speaker’s expositions, arguments, and explanations and brings one’s understanding into line with them (if only to the extent necessary to reject them as mistaken): there is an order which one can bring into one’s own inquiries, understanding, and reasoning, the order studied by logic, methodology, and epistemology. (3) One hears the lecturer, who (like the audience) is freely engaging in an activity and thereby participating in a human relationship: there is an order which one can bring into one’s own dispositions, choices, and actions— one’s praxis, one’s doing, one’s Existenz—the ‘existential’ order studied by some parts of psychology, by biography and the history of human aff airs, and by moral and political philosophy. (4) One hears the English language and statements ordered by an expository or rhetorical technique, making and decoding the formalized symbols of a language and the less formalized but still conventional symbols and expressive routines of a cultural form and technique: the order one can intelligently bring into matter which is subject to our power, so as to make objects such as phonemes, words, poems, boats, software, ballistic missiles and their inbuilt trajectories—the order of poi sis, of making, of culture—studied in the arts and technologies, and in linguistics and rhetoric.13 (Corresponding to these four orders are four irreducibly distinct senses of ‘hearing’.)”

ordens – o que caracterizaria um profundo reducionismo. Desse modo, é importante ressaltar que o direito – as regras e os sistemas jurídicos –, assim como todas as realidades que envolvem a ação humana, pertence às quatro ordens: tem simultaneamente sentidos natural, lógico, moral e técnico. Conforme veremos com mais atenção na seção 2.2, é possível fornecer uma descrição explanatória do direito que sirva aos propósitos teóricos de cada um dos domínios, pois tais domínios são *análogos* uns aos outros. Assim, as ciências ou teorias devem se concentrar nos tipos de direito que realizam sua natureza de forma mais completa ou adequada (caso central) *conforme* a ordem a partir da qual o direito está sendo examinado teoreticamente.

No artigo "*The Nature of Law*" (2020), Finnis observa que o direito se verifica enquanto acontecimento natural, que independe do pensamento e da vontade humana, quando é descrito como fato histórico, objeto do passado, do qual depende o direito do presente. Além disso, o direito pertence à segunda ordem uma vez que as normas jurídicas são constituídas por proposições lógicas; isto é, há de se falar não só na validade jurídica, mas também na validade lógica das normas. Mais distintivamente, o direito pertence à ordem técnica enquanto artefato, fabricação da cultura humana, pois corresponde a instituições.

Mas a ciência que melhor especifica e perscruta o núcleo normativo do direito é a ciência prática (terceira ordem). Ou seja, a análise técnica do modo como as decisões judiciais são desenvolvidas, por exemplo, é bem-vinda, mas não pode perder de vista a reflexão sobre como uma decisão judicial fornece razões para a reflexão deliberativa moral. Isso porque a atividade técnica de juízes e advogados é como um prolongamento da dimensão prática do direito: não há de se falar em atividade jurídica (como, por exemplo, aplicar precedentes judiciais) sem levar em conta os princípios imutáveis da lei natural que estão subjacentes a essa atividade.[41] Segundo Finnis, então, as ações e sociedades humanas não podem ser adequadamente descritas, explicadas, justificadas ou criticadas, a menos que sejam entendidas como também, e centralmente, a realização de escolhas livres. (FINNIS, 1998, p. 22).

[41] Para o direito como realidade da ordem técnica, ver: CEJF I.14 ('Legal Reasoning as Practical Reason').

Portanto, é apenas a partir do terceiro domínio da realidade (o domínio da deliberação prática) que o teórico pode compreender o direito como cumprindo a sua finalidade prática, isto é, como sendo uma resposta às necessidades moralmente significativas das pessoas e das comunidades humanas tendo em vista a justiça e o bem comum. Sobre o propósito prático do direito, o qual Finnis aborda recorrentemente em sua obra, trataremos mais detidamente na próxima seção.

1.3 Propósito prático e direito positivo

No artigo "*Describing Law Normatively*" (2011b, p. 23-45)[42], Finnis defende que o ponto de partida de uma teoria do direito próspera e completa é a questão normativa "*por que eu devo manter, endossar, proteger o direito*?", ao invés da questão factual "*o que é o direito?*". Segundo o autor, é preciso que o teórico adote como princípio a orientação epistemológica de Aristóteles que mencionamos na seção 1.1: entender a natureza do *explanadum*[43] pelas suas capacidades, as capacidades pelas suas atualizações, e as atualizações pelos seus objetos – ou dito de outro modo, substituir o "*o quê?*" (*what?*) pelo "*por quê?*" (*why?*) na definição do *explanandum* (FINNIS, 2011b, p. 24). Ou seja, a "natureza" do direito, assim como a natureza humana, depende da investigação de seus fins, objetivos, propósitos. Para ilustrar este ponto central, Aristóteles utiliza como exemplo o fenômeno dos eclipses lunares, e Finnis complementa tratando de relógios e argumentos. Vale a pena reproduzir os três exemplos uma vez que eles favorecem significativamente a clareza da exposição.

Pensemos em eclipses lunares. Quando alguém pergunta "o que é um eclipse lunar?" não parece satisfatória a resposta: "é uma mancha negra que tapa o Sol". Disso todos sabem, pois trata-se de uma platitude. Parece-nos que uma resposta apropriada seria: esta mancha negra, que é a sombra da Terra, só aparece *porque* a Terra está bloqueando a luz do Sol, e por isso um eclipse da Lua é o resultado visível da Terra vindo entre o Sol e a Lua. É disso que se

[42] Publicado originalmente em 2003 com o título "*Law and What I Truly Should Decide*" ("Direito e o Que Eu Verdadeiramente Devo Decidir", em tradução livre).

[43] *Explanandum* é um termo latino que designa um fenômeno que é objeto da explicação, enquanto que os *explanans* são as sentenças que se propõe a explicar esse fenômeno. É possível considerar o termo *explanadum* como similar a *subject-matter* (em tradução livre, objeto de estudo).

trata um eclipse lunar. Assim, a pergunta “por que ocorre o eclipse lunar?” inspira uma resposta mais adequada que a pergunta “o que é eclipse lunar?”. Outro exemplo: relógios. O que é um relógio? É um objeto físico acionado por correntes e polias. Mas por que essas correntes, polias, ponteiros (ou um mostrador e números, etc.) estão conectados uns aos outros dessa forma? Como um *instrumento para* medir a passagem do tempo em relação a alguma unidade ou unidades marcadas por algum marcador perceptível. A finalidade funcional a que está destinado o relógio (marcar as horas) esclarece mais qual é a sua natureza do que os aspectos mecânicos que constituem o seu funcionamento interno. Dito de outro modo, “para que serve um relógio?” é uma pergunta que permite uma resposta mais precisa do que “o que é um relógio?”. Por fim, pensemos em argumentos. O que é um argumento? De modo breve, um argumento pode ser definido como um certo conjunto de declarações ou uma certa declaração que estabelece razões para se aceitar alguma proposição. Ou seja, argumentos realmente fornecem razão para sua suposta conclusão, a partir de certas premissas. Por que vincular essas declarações em uma série ou justapor uma declaração (premissa) com a outra (conclusão)? A fim de obrigar, justificar ou garantir a aceitação da conclusão.

De fato, ao levantar a questão “por quê?” a respeito de qualquer ação – ou seja, uma questão sobre qual o objeto, objetivo, fim da ação – é possível apontar seus propósitos intermediários e seu propósito final. Imaginemos um homem que caminha até um armário. Por que ele está fazendo isso? Para pegar algumas ervas. Por quê? Para preparar um remédio. Por quê? Para perder peso. Por quê? Porque assim ele estará cuidando de sua *saúde*. Não se trata, desse modo, de um mero movimento corpóreo em vista de uma direção – uma caminhada – mas uma ação movida por diferentes objetos que podem ser rastreados até um objeto último e fundamental: o bem básico da vida e da saúde. (FINNIS, 1998, p. 31-32)

Suficientemente exemplificado, deve-se aplicar o mesmo princípio quando o assunto é a jurisprudência. O itinerário do teórico jurídico, no processo de definir o que é o direito, precisa ter como destino final a solução para o problema prático condensado na pergunta: por que (*why?*) existe o direito? Ou ainda: por que temos em nossa comunidade estas instituições e arranjos a que nos referimos usando um vocabulário jurídico-legal, como leis,

regras, Judiciário, Constituição, decisão judicial, contratos, processo, etc.? Por que almejamos garantir, proteger, assegurar, conservar, aperfeiçoar, enfim, zelar por essas instituições e arranjos? Como Finnis assinala, trata-se de uma questão que pertence ao "domínio moral ou, de forma totalmente sinônima, domínio ético ou domínio da moralidade" (2011b, p. 25), e pode ser convertida em um questionamento prático em primeira pessoa:

> A investigação é abertamente sobre se e se sim, por que eu, a pessoa que está fazendo a reflexão, deveria querer que houvesse esse tipo de coisa [o direito], e [por que eu deveria e devo] estar disposto a fazer o que puder para apoiá-lo e cumpri-lo (se for o caso). [Esta pergunta] surge no decorrer da reflexão, uma *reflexão deliberativa*, sobre o que eu realmente devo fazer, aqui e agora, e com a minha vida, tanto quanto posso imaginar. (Idem)[44]

Como diz Finnis, a questão se apresenta mais precisamente sobre *o que eu verdadeiramente devo decidir*. O fundamento normativo da metodologia jusnaturalista, então, é uma resposta à questão primariamente moral[45] sobre a ação humana (disposição, deliberação, julgamento, decisão, escolha, etc.), conforme pertencente à terceira ordem da realidade (a ordem prática) que é a ordem da escolha livre autodirigida, autodeterminada e autoformadora. Assim, a apreciação da ação humana propriamente prática-deliberativa está, de fato, no âmago da reflexão meta-teórica sobre o escopo de uma teoria social descritiva e crítica.

Convém, neste momento, assinalar que o direito positivo (escrito, promulgado, oficial) ocupa uma posição proeminente na teoria jusnaturalista. Isto porque, pela lei natural, nós somos orientados a agir de modo razoável tomando decisões e optando por escolhas compatíveis com os vários princípios específicos e regras de justiça (bens humanos e requerimentos práticos) (vide

---

[44] No original: "The inquiry is nakedly about whether and if so why I, the refl ecting person doing the inquiring, should want there to be this sort of thing, and be willing to do what I can and should to support and comply with it (if I should). It arises in the course of reflection, *deliberative reflection*, on what I should really do, here and now, and with my life as far as I can envisage it."

[45] De acordo com Finnis: "The primary meaning of 'morality'—that is, morality's primary reality—is as the set of considerations that I understand as bearing upon the making of such decisions, and as available criteria for assessing my decisions as good or bad precisely as decisions, that is, as right—because choosing and putting into practice judgments which are true—or wrong because not doing do" (FINNIS, 2011b, p. 26)

seção 1.1); porém, além disso, a lei natural também nos orienta a promover e proteger na comunidade humana tais princípios e regras através da fixação, manutenção e aplicação do *direito positivo*. As regras de direito positivo, para realizar o propósito prático do bem comum, devem ser públicas, claras, gerais, estáveis, suscetíveis a serem cumpridas e explicadas a qualquer pessoa capaz de discernimento prático (2011b, p. 28). Assim, onde as regras, instituições e práticas de um sistema jurídico se conformam suficientemente a essas características estruturais e procedimentais moralmente significativas, pode-se dizer que a comunidade política governada por tais regras instancia o Estado de Direito (*Rule of Law*). Em suma, por uma preocupação acima de tudo moral, os princípios da lei natural, através de atos de determinação e concretização (*determinatio*) são especificadas pelas regras do direito positivo. (FINNIS, 2020)

Com efeito, a teoria da lei natural não exclui mas incorpora, como um de seus elementos intrínsecos, a tese de que as sociedades humanas precisam do direito positivo e de que é necessário elucidar as características necessárias do direito, dos sistemas jurídicos e do Estado de Direito (*Rule of Law*). O jusnaturalismo é fortemente vinculado às preocupações substantivas sobre as características do direito positivo e das instituições jurídicas que o aplicam e o resguardam. Caberia dizer, inclusive, que o jusnaturalismo é "totalmente positivista" e que "não há lugar apropriado para um positivismo fora da teoria da lei natural." (FINNIS, 2014, p. 5-6).[46] De fato, uma teoria do direito positivo – "positivismo" – não prospera se não recorrer a considerações práticas, normativas, morais sobre as necessidades humanas que fomentam a manutenção da ordem jurídica.

O direito, então, possui uma dupla face: ele é tanto uma questão *de fato*, quanto uma questão *de razão*. Mais precisamente, existe o direito que pode ser interpretado como *fatos* sobre as ideias e práticas de uma comunidade, mas também há o direito que é um conjunto de *razões para ação* que contam nas ponderações de quem, nas circunstâncias de uma certa comunidade, está

[46] No original: "It is fully positivist, if by that we mean that, properly pursued, it yields a completely sufficient account of the concept and characteristic institutions and sources of positive law and the Rule of Law. There is no proper place for a positivism outside natural law theory."

deliberando razoavelmente sobre *o que fazer* – ou sobre *o que realmente decidir*.

Para esses agentes humanos, só o que vale como razão é a *boa* razão. Do mesmo modo que a descrição do relógio, do eclipse lunar e do argumento só ganha relevo e importância quando pensamos nas *razões* de suas existências (por qual razão uso um relógio? Por qual razão há uma sombra tapando o Sol? Por qual razão dispomos premissas para se chegar a uma conclusão?), o direito e os sistemas jurídicos também exigem a consideração deste componente *racional* ou de *razoabilidade prática* (moral, valorativa) para serem adequadamente examinados e aquiescidos:

> Certamente, as razões que chamamos de nosso direito são profundamente e em quase todos os detalhes moldadas pelas ideias e práticas presentes e passadas de nossa comunidade. Mas o que torna um motivo um bom motivo para ação pode, em última análise, nunca ser um fato, como os fatos sobre o que uma certa comunidade faz ou pensa. Nenhum *dever* (*ought*) de um mero *é* (*is*). Portanto, mais uma vez, existem dois tipos distintos de investigação válida sobre o direito, não apenas um. Há indagações sobre o direito como uma questão de fato, ou seja, sobre o que é de fato, razoável ou irracionalmente, contado como direito em comunidades e subcomunidades específicas. E há indagações sobre o direito como sendo justificativas (= boas razões) para agir como, digamos, um juiz. (2011b, p. 107)[47]

Dessa maneira, Finnis sugere que, embora os propósitos do teórico sejam evidentemente teóricos – quer dizer, formular uma teoria geral descritiva que identifique adequadamente aspectos gerais, importantes e significativos dentre a variedade de exemplares que manifestam, cada a um seu modo, o direito –, o objeto de estudo do teórico (o *explanandum*) – quer dizer, o direito enquanto prática social que responde à necessidade humana de justiça e bem comum – tem propósitos práticos, os quais são avaliados pela lente da

[47] No original: “To be sure, the reasons which we call our law are profoundly and in almost every detail shaped by our community's present and past ideas and practices. But what makes a reason a good reason for action can, in the last analysis, never be a fact, such as facts about what a certain community does or thinks. No *ought* from a mere *is*. So, once again (see Sects. 3 and 4) there are two distinct kinds of worthwhile enquiry about law, not one. There is inquiry about law as a matter of fact, that is, about what is in fact, reasonably or unreasonably, counted as law in particular communities and sub-communities. And there is inquiry about the laws as giving reasons (= good reasons) for acting as, say, a judge.”

razoabilidade prática dos bens inteligíveis e as oportunidades de florescimento que os homens perseguem.

Trocando em miúdos, embora a pretensão do teórico de descrever a ação humana seja teórica, o direito é fundamentalmente prático – e eis o ponto mais relevante: o caráter racional-normativo do direito como que "invade" o campo metodológico durante as inquirições explanatórias do teórico. Este componente performativo presente em uma teoria (moralmente) jurídica fica nítido quando pensamos na ética enquanto filosofia moral. De acordo com Finnis:

> A ética é prática não apenas porque possui a ação humana (*práxis*) como seu objeto de estudo. Grande parte da História, da Psicologia e da Antropologia possui a *práxis* humana como seu objeto de estudo, mas esses empreendimentos não são práticos. Não: a Ética é prática porque a minha escolha, o meu agir e o meu viver de determinado modo (e, assim o fato de me tornar determinado tipo de pessoa: 6.1) não são um objetivo secundário (não obstante seja inseparável e bem-vindo) nem um efeito colateral do meu sucesso na execução de alguma atividade intelectual. Na verdade, é o próprio objetivo que é, primariamente, almejado, do mesmo modo que é o objeto de estudo sobre o qual eu espero poder apresentar proposições verdadeiras. (2012, p. 4-5)[48]

Dessa forma, o propósito de uma teoria jurídica é responder não apenas à questão meramente factual "o que é o direito?", mas sim também à questão normativa de incontornável amplitude moral e pessoal: "por que temos o direito?" – ou, dito de outro modo, "que razões o direito fornece para que eu possa verdadeiramente decidir?".

Uma vez que a criação e a manutenção do direito (positivo) e dos sistemas jurídicos se dá através de razões, e uma vez que os motivos que orientam a ação humana pressupõem ou propõem avaliações, qualquer tarefa

[48] O parágrafo completo no original: "And all that, save the last sentence, is true of ethics, too; for ethics is a genuinely theoretical pursuit. But ethics also is precisely and primarily ('formally') practical because the object one has in mind in doing ethics is precisely my realizing in my actions the real and true goods attainable by a human being and thus my participating in those goods. Notice: ethics is not practical merely by having as its subject- matter human action (praxis). Large parts of history and of psychology and of anthropology have human praxis as their subject-matter; but these pursuits are not practical. No: ethics is practical because my choosing and acting and living in a certain sort of way (and thus my becoming a certain sort of person: VI. 1) is not a secondary (albeit inseparable and welcome) objective and side-effect of success in the intellectual enterprise; rather it is the very objective primarily envisaged as well as the subject-matter about which I hope to be able to affirm true propositions."

explanatória de descrição do direito e dos sistemas jurídicos (ou mesmo do conceito de direito) deve identificar que avaliações são essas e de que modo elas interferem na descrição. Finnis arremata este ponto do seguinte modo:

> Em suma, uma teoria do direito completa e totalmente realista pode ser, e em todos os aspectos essenciais foi, elaborada a partir do ponto de partida da questão 100 por cento normativa: o que devo decidir fazer e, equivalentemente, que tipo de pessoa devo resolver ou me permitir ser. Não consigo pensar em nenhum projeto interessante de investigação que sobrou para uma teoria filosófica do direito com qualquer ponto de partida diferente. Talvez alguém seja capaz de sugerir uma. (FINNIS, 2011b, p. 31-32)[49]

A teoria finnisiana de teor substantivo é uma teoria "realista", no sentido em que, ao partir da questão primária sobre a decisão moral, ela identifica normativamente as qualidades e deficiências do direito conforme ele se apresenta na realidade empírica e concreta. Não é lexicografia de história local com resultados meramente etnográficos; não é "dicionarização" do conceito de direito. Mas visa fornecer uma definição do direito enquanto realidade atrelada às necessidades práticas da ordem social, voltando-se, assim, para a construção de uma "comunidade completa", isto é, uma associação abrangente e global que coordena as iniciativas dos indivíduos, das famílias e das associações intermediárias tendo em vista a promoção de condições adequadas para permitir o florescimento humano (2007, p. 148-149).

No presente capítulo, intentamos explorar alguns aspectos imprescindíveis da teoria da lei natural de John Finnis. Como vimos, falar de jusnaturalismo é falar de bens humanos inteligíveis e requerimentos práticos tendo em vista realização humana integral, o que envolve o bem comum – isto é, o bens humanos enquanto compartilhados pelas sociedades humanas – e a autoridade jurídica – que soluciona os problemas de coordenação. Esta teoria articula as abordagens da ética, da filosofia política e da filosofia do direito – e, portanto, trata-se de uma teoria altamente crítica, normativa, avaliativa. Ao contrários dos preconceitos que a tradição da lei natural sofre, são justamente

[49] No original: "In short, a complete and fully realistic theory of law can be and in all essentials has been worked out from the starting point of the 100 per cent normative question, what should I decide to do and, equivalently, what kind of person should I resolve or allow myself to be. I can think of no interesting project of inquiry left over for a philosophical theory of law with any different starting point. Perhaps someone will be able to suggest one."

os fundamentos normativos da razão prática (lei natural) que justificam a manutenção e aplicação do direito positivo nas sociedades humanas. Tais premissas fundamentais estão subjacentes a tudo o que Finnis afirma sobre o escopo de uma ciência social descritiva, o papel da filosofia do direito, descrição explanatória e normativa do direito, analogia do caso central e significado focal, ponto de vista adequado na descrição, etc.

No entanto, conforme apresentado no Primeiro Capítulo, o argumento de Finnis possui expedientes próprios adotados em certas etapas descritivas e avaliativas, as quais pretendemos decompor analiticamente no próximo capítulo.

2 CONSIDERAÇÕES DESCRITIVAS E AVALIATIVAS

A composição das seções em "*Evaluation and The Description of Law*" (Primeiro Capítulo) indica que estratégia metodológica de Finnis pode ser clarificada a partir de três etapas explicativas fundamentais: em primeiro lugar, Finnis determina os aspectos preliminares que constituem escopo e os interesses de uma ciência social descritiva, os quais foram sofisticados, na teoria jurídica, pela atenção ao propósito prático do direito (vide seção 1.3) conforme as contribuições de H. L. A. Hart e Joseph Raz (2007, p. 17-23/2011c, p. 3-9); em segundo lugar, Finnis assevera o potencial explanatório do uso analógico do caso central e do significado focal que expande a compreensão dos graus e matizes de um determinado fenômeno ou conceito teórico (2007, p. 23-25/2011c, p 9-11); e, em terceiro lugar, Finnis afirma a necessidade de o teórico adotar um ponto de vista prático (o ponto de vista do *spoudaios*) o qual é a categoria fundamental e indispensável para o sucesso deste argumento. (2007, p. 25-30/2011c, p. 11-18)

Assim, no atual capítulo, a partir da estrutura supracitada, nosso objetivo é elucidar três apontamentos descritivos e avaliativos presentes no Primeiro Capítulo: a própria cooperação ou interdependência meta-teórica entre descrição e avaliação, que, ao desafiar a distribuição tradicional na jurisprudência, aperfeiçoa o uso das ferramentas metodológicas pelo teórico jurídico (2.1); tais ferramentais, porém, precisam ser orientadas por um recurso diferenciador que não reduza seu objeto de estudo à mera frequência estatística – este recurso é chamado *analogia da centralidade* que identifica as qualidades e deficiências de um fenômeno ou conceito teórico pelo seu significado focal e caso paradigmático correspondente, expediente que é semelhante (embora com necessárias ressalvas) ao tipo ideal weberiano (2.2 e 2.3); por fim, é preciso que a tarefa teórica de descrever e avaliar analogicamente seja guiada por um critério normativo fundamental: o ponto de vista expressado pelo juízo prático do *spoudaios* (2.4).

2.1 Avaliação e descrição

Recapitulando o exposto no capítulo anterior, Finnis quer nos comunicar o seguinte: se um teórico jurídico pretende construir uma teria geral do direito, o processo explanatório com o qual ele se ocupa precisa da assistência de uma teoria sobre o bem humano e os seus requisitos práticos; isto é, uma teoria robustamente normativa, moral, prática, avaliativa, engajada, prescritiva, etc. – como poderia, então, ser o programa metodológico dessa teoria do direito isento de valor (*value-free*) ou normativamente inerte? Em célebre passagem, Finnis sintetiza o método de sua teoria social que conjuga avaliação e descrição:

> Existe então uma interdependência mútua, embora não exatamente simétrica, entre o projeto de descrever os assuntos humanos por meio de uma teoria e o projeto de avaliar as opções humanas com o propósito de agir, pelo menos remotamente, de modo razoável e bem. As avaliações não são absolutamente deduzidas das descrições; mas é improvável que aquele cujo conhecimento dos fatos da situação humana é muito limitado julgue bem discernindo as implicações práticas dos valores básicos. Da mesma forma, as descrições não são deduzidas das avaliações; mas, sem as avaliações, não se pode determinar que descrições são realmente esclarecedoras e significativas. (2007, p. 31)[50]

Finnis reconhece que uma teoria dos assuntos humanos requer extensa informação empírica e factual. Ou seja, ele considera que os objetivos particulares de um empreendimento descritivo podem e devem ser perseguidos, não fora e paralelamente à teoria avaliativa-justificatória (a teoria altamente crítica e normativa da lei natural), mas sim como um elemento dentro desta, auxiliando-a, assistindo-a, fornecendo base sólida para suas afirmações substantivas (GEORGE, KEOWN, 2013, p. 537). Nas palavras de Finnis: “essas questões normativas não podem ser bem respondidas sem um conhecimento consistente dos fatos sobre como o mundo funciona. Assim,

[50] No original: “There is thus a mutual though not quite symmetrical interdependence between the project of describing human affairs by way of theory and the project of evaluating human options with a view, at least remotely, to acting reasonably and well. The evaluations are in no way deduced from the descriptions (see II.4); but one whose knowledge of the facts of the human situation is very limited is unlikely to judge well in discerning the practical implications of the basic values. Equally, the descriptions are not deduced from the evaluations; but without the evaluations one cannot determine what descriptions are really illuminating and significant.”

boas descrições, gerais e específicas, são necessárias." (FINNIS, 2011b, p. 94)[51].

Contudo, é importante ressaltar que o próprio autor, no Prefácio de NLNR, revela estar desenvolvendo a sua teoria no contexto da jurisprudência analítica – e não da jurisprudência sociológica ou histórica. Eis porque, parece-nos, há um déficit descritivo em sua obra. Finnis assume, em certa medida, o *modus operandi* da jurisprudência analítica de inspiração hartiana que visa analisar, no módulo temático do direito, os conceitos-chave das práticas sociais pela via eminentemente filosófica. No entanto, o ponto fundamental aqui é notar que o propósito normativo da teoria da lei natural deve necessariamente levar em conta os aspectos empíricos e factuais que só as técnicas explanatórias da sociologia, da antropologia, da história, etc. são capazes de registrar satisfatoriamente. Isso não significa dizer que um teórico da lei natural, para ser bem-sucedido em seu projeto, deve necessariamente fornecer estudos altamente detalhados a partir do recolhimento e organização de dados estatísticos, históricos, antropológicos, científicos, médicos, psicológicos, etc. Mas o ponto é que ele não deve ignorar esses dados. A interdependência entre estas duas tarefas não é simétrica (pois, de fato, a obra de Finnis é principalmente normativa), mas não são tarefas que se excluem mutuamente. Ou seja, Finnis não está dizendo que todo teórico jurídico deve ser também, por exemplo, um sociólogo ou historiador do direito, mas que será impossível desenvolver uma teoria jurídica sem a assistência das contribuições descritivas fornecidas pela sociologia e pela história. Em verdade, segundo Finnis:

> Existe, então, um movimento de lá para cá entre, por um lado, avaliações do bem humano e de seus requisitos práticos e, por outro lado, descrições explanatórias (usando todas as técnicas históricas, experimentais e estatísticas apropriadas para encontrar todas as inter-relações causais relevantes) do contexto humano no qual o bem-estar humano é realizado e arruinado de inúmeras maneiras. (2007, p. 30)[52]

[51] No original: "True, these normative questions cannot be answered well without a sound and unblinkered knowledge of the facts about the way the world works. So good descriptions, general and specific, are needed."

[52] No original: "There is thus a movement to and fro between, on the one hand, assessments of human good and of its practical requirements, and on the other hand, explanatory descriptions (using all appropriate historical, experimental, and statistical techniques to trace all relevant causal interrelationships) of the human context in which human well-being is variously realized and variously ruined."

Ou seja, o teórico deve estar comprometido com gama de conhecimentos empíricos para construir sua teoria. De fato, Finnis designa as experiências humanas, a linguagem do cotidiano, etc. como "lembretes" (*reminders*) para o sucesso da teorização. Tais lembretes operam como experiências pré-filosóficas ou pré-teóricas de notável utilidade para uma compreensão adequada dos fatos e das realidades próprias da vida humana.[53]

No entanto, estas descrições exteriores, empíricas e factuais, por mais esclarecedoras e relevantes que sejam, não são suficientes. Uma teoria que aspira a ser mais do que a lexicografia de uma cultura em particular não pode resolver seus problemas teóricos de definição ou de formação de conceitos a menos que recorra pelo menos a algumas das considerações valorativas sobre os princípios objetivos da razoabilidade prática, os quais pertencem intrinsecamente à teoria da lei natural (2007, 343-344). Segundo Miranda:

> Para Finnis, a ciência social descritiva *é um projeto viável e legítimo*, e deve certamente fazer parte da metodologia jurídica. No entanto, para a formação crítica de seus próprios conceitos, tal projeto depende de considerações exclusivamente normativas. A "formação crítica de seus próprios conceitos" significa a generalização dos dados factuais observados e descritos – não uma generalização por mera ocorrência e repetição (como no caso do método indutivo utilizado pelas

[53] Por exemplo, quando Finnis assinala considerações antropológicas sobre a manifestação da defesa e preservação dos bens humanos básicos nas sociedades humanas: "Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas a autopreservação é aceita, em geral como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida humana como, em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual; em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas (e.g., evitar o perigo), como especulativas ou teóricas (e.g., religião). Os seres humanos, que só sobrevivem à infância quando são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores da cooperação, do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todas conhecem a amizade. Todas têm alguma concepção de *meum* e *tuum* direito à propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todas valorizam o jogo, sério e formalizado, ou informal e recreativo. Todas tratam o corpo dos membros morto do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. Todas demonstram interesse por poderes ou princípios que devem ser respeitados por serem sobre-humanos; de uma forma ou de outra, a religião é universal." (FINNIS, 2007, p. 89)

> ciências da natureza), mas pela subsunção a princípios gerais e normativos. (2015, p. 78)

Com isso, Finnis propõe, defende e encadeia cada etapa de seu argumento metodológico sob os ditames da teoria normativa que lhe é subjacente para, assim, "desenvolver conceitos suficientemente diferenciados e padrões razoáveis de relevância" (2007, p. 34) – isto é, fixar critérios consistentes e inteligíveis de seleção, descrição e avaliação.

Por fim, vale ressaltar que, como sugerido ao longo do texto, nem toda descrição é avaliativa. A descrição de ações e instituições humanas pode, de fato, ser isenta de valores, pois existem descrições neutras que são bastante propositadas e necessárias. Por exemplo, a atividade de biógrafos, historiadores, tradutores, detetives, etc., os quais precisam descrever avaliações sem, no entanto, avaliá-las, e, ainda que façam certos juízos de valor acerca do objeto investigado, essa avaliação é dispensável para o objetivo da descrição. Não precisam, assim, aprovar ou condenar as avaliações que relatam. Finnis cita outros exemplos:

> A mesma verdade é exemplificada pelas práticas fictícias de detetive de Sherlock Holmes, e as práticas reais de verdadeiros detetives e criptógrafos, de alguns jogadores de xadrez e dos generais mais bem-sucedidos - todos aqueles que antecipam as manobras de seus inimigos com base em seu desempenho passado, compreendendo as avaliações do oponente ou de outros assuntos sem compartilhá-las. (2011c, p. 427)[54]

No entanto, para que uma teoria dos assuntos humanos, dotada de um escopo *geral*, seja mais do que um relatório detalhado, uma lista que reproduz as ideias de outras pessoas em seu idioma conceitual, o método adotado por detetives, biógrafos, historiadores, etc. torna-se insuficiente.

O teórico jurídico almeja descrever um fenômeno social e normativo que não está restrito a um lugar geográfico ou época histórica, mas é compartilhado por diversas experiências em todo o mundo e ao longo dos tempos, de modo

[54] No original: "The same truth is exemplified by the fictional detective practices of Sherlock Holmes, and the actual practices of real detectives and cryptographers, of some chess-players and of most successful generals—all those who anticipate their foe's manoeuvres on the basis of his or his associates' past performance, understanding the opponent's or other subjects' evaluations without sharing them."

que todas elas se manifestam na condição de fenômeno *jurídico* – isto é, todas são, de algum modo, *direito*; ainda que em graus distintos.

Assim, a tarefa descritiva não deve se restringir a esta dimensão exterior, e, como vimos no capítulo anterior, o teórico social deve focar no processo de avaliar quais conceitos iluminam melhor a situação humana e quais razões defendidas para a ação são mais importantes para discernir a conduta humana e suas oportunidades de florescimento.

Antes de enfrentar a questão sobre o papel dos juízos práticos no processo descritivo, porém, cabe ressaltar que um grande desafio à tarefa descritiva do teórico é o problema da variedade de manifestações particulares do conceito analisado. Há, de fato, espaço na teoria do direito para definições estipulativas, baseada em generalizações, que evitam mal-entendidos no discurso; e também para explorações léxicas que reúnem lembretes (*reminders*) da complexidade dos assuntos, interesses e raciocínios humanos. (2007, p. 259). Mas isto não basta. Uma teoria geral do direito deve alcançar um sentido fundamental (focal) de direito que precisa ser “mais do que uma conjunção de lexicografia de história local, ou mesmo uma justaposição de lexicografias conjuntas com todas as histórias locais” (2007, p. 18).

Finnis, então, indaga: “como o teórico decide o que deve contar como direito para os propósitos de sua descrição?” (2007, p. 18). Eis por que é imprescindível a compreensão do dispositivo do caso central e significado focal como via para recolhimento, seleção e descrição dos dados e dos traços característicos de um determinado *subject-matter*.

2.2 Analogia da centralidade

Para os objetivos de uma filosofia dos assuntos humanos, os casos analisados são tão multiformes que é indispensável um componente de maior diferenciação. A técnica explanatória que Finnis emprega, então, para potencializar a filtragem dos exemplares na descrição do direito é o método analógico do caso central e significado focal – método que designamos, sucintamente, *analogia da centralidade*. Do que se trata exatamente este expediente metodológico?

Em *Aquinas* (1998), estudo sistemático do pensamento de Santo Tomás de Aquino, Finnis observa que existem dois tipos de analogia. O primeiro tipo é a *analogia da proporcionalidade*. Com efeito, "analogia" significa apenas equivalência proporcional. O modelo dessa equivalência é: A: B = C: D. Por exemplo: a intuição está para a inteligência como o sentido da visão está para os olhos. A analogia como proporcionalidade é também designada "igualdade geométrica".

Outro tipo de analogia consiste no uso que Finnis emprega em sua metodologia: que é o dispositivo do significado focal. Este dispositivo, que Aristóteles designou "homonímia *pros hen* ou *aph'henos*" e os medievais designaram "analogia de atribuição ou proporção", trata-se do processo de discernir analogicamente o caso central (*simpliciter*) dos casos periféricos (*secundum quid*) referentes a certo *explanandum*:

> Explorando o multi-significância sistemática dos termos teóricos (sem perder de vista o "princípio ou fundamento lógico" desse multi-significância), pode-se distinguir os assuntos humanos maduros dos subdesenvolvidos, os sofisticados dos primitivos, os prósperos dos corrompidos, os bons espécimes dos casos desencaminhados, os casos de falando "diretamente", "simplesmente" (*simpliciter*) e "sem restrições" dos "em certo sentido", "por assim dizer" e "de certo modo" (*secundum quid*) (FINNIS, 2011c, 10-11)[55].

O caso central é o análogo principal ou primário, e os casos periféricos, os análogos secundários. O significado ou sentido que melhor descreve o caso central é chamado de significado focal, isto é, o significado primário, genuíno, puro. O significado focal, então, está associado à linguagem teórica, enquanto que o caso central está associado ao estado de coisas a que se refere o seu significado focal. Dito de outro modo, o caso central corresponde às instâncias do *subject-matter* que são prósperas, bem-sucedidas, razoáveis; isto é, às instâncias que reúnem plenamente as qualidades descritas no significado focal. Analogamente, casos periféricos constituem os exemplares precários,

[55] No original: "By exploiting the systematic multi-significance of one's theoretical terms (without losing sight of the 'principle or rationale' of this multi-significance), one can differentiate the mature from the undeveloped in human affairs, the sophisticated from the primitive, the flourishing from the corrupt, the fine specimen from the deviant case, the 'straight forwardly', 'simply speaking' (*simpliciter*), and 'without qualification' from the 'in a sense', 'in a manner of speaking', and 'in a way'(*secundum quid*)."

deficientes, imperfeitos, os quais correspondem a significados secundários, diluídos, "desfocados". O uso analógico do caso central e significado focal constitui um “dispositivo filosófico que permite uma descrição cada vez mais diferenciada do direito como ainda sendo uma teoria geral do direito”. (2011c, p. 62). É um dispositivo que revela os aspectos fundamentais de certa realidade a partir de seus graus e matizes. No caso da teoria do direito, o significado focal do direito descreve o caso central do direito, isto é, a ordem jurídica bem-sucedida, sem corrupções e desvios.[56]

Segundo Finnis, o caso central do direito e do sistema jurídico é o direito e o sistema jurídico de “uma comunidade completa que pretende ter 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” (2007. p. 256). Desse modo, o direito, em seu significado focal, refere-se primariamente ao direito positivo instituído e regulado por regras promulgadas por uma autoridade legítima tendo em vista o bem comum. (2007, p. 270)[57]. Ou seja, “direito natural” (*natural law*) – o conjunto de princípios da razoabilidade prática no ordenamento da vida humana e da comunidade humana – é apenas "direito” em um sentido periférico análogo ao direito no sentido focal, que é o direito positivo de uma comunidade completa. (2007, p. 273).

Mas a analogia da centralidade pode ser empregada em contextos distintos, Adotando aqui um exemplo de Kelsen, há diferenças relevantes entre a constituição da república da Suíça e uma tribo de negros sob a liderança de

[56] Cabe aqui trazer à tona um comentário pontual de Finnis sobre o vocabulário empregado em sua teoria. Em uma das respostas presentes no *Festschift*, Finnis afirma: “A propósito, Simmonds em [p. 324] me fez falar de ‘instâncias focais’, mas nem essa expressão nem 'casos focais' são usados em NLNR ou CEJF, onde 'focal' está sempre do lado da linguagem e ‘central’ sempre ao lado do que a linguagem se refere; o ponto é bastante trivial, mas a prática, em si mesma meramente estipulativa, mantém as coisas um pouco mais claras.” (p. 536)

[57] Parágrafo completo: “Throughout this chapter, the term ‘law’ has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a ‘complete’ community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule-guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the community’s co-ordination problems (and to ratifying, tolerating, regulating, or overriding co-ordination solutions from any other institutions or sources of norms) for the common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities.” (2011c, p. 276-278)

um chefe despótico (FINNIS, 2007, p. 19). Enquanto o primeiro está muito próximo do caso central de governo constitucional, o segundo está profundamente distante. Outro exemplo: por um lado, regimes democráticos ocidentais, e, por outro, a Alemanha de Hitler, a Rússia de Stalin e a Uganda de Idi Amim (2007, p. 23) – o contraste é notável, uma vez que estes são exemplos nitidamente deficitários e periféricos.

Ademais, o recurso analógico do caso central explica, em determinado sentido, o famoso adágio atribuído à tradição da lei natural: *lex injusta non est lex* ("lei injusta não é lei") (2007, p. 348). De fato, uma lei injusta não é uma lei no sentido focal do termo "lei" (isto é, *simpliciter*), embora seja lei em um sentido secundário do termo (isto é, *secundum quid*). Uma lei injusta é um caso periférico, e às vezes escandalosamente periférico, de lei, do mesmo modo que argumentos inválidos são argumentos, contratos inválidos são contratos, remédios inócuos são remédios, etc. – todos num sentido periférico.[58]

A analogia da centralidade, então, potencializa a descrição explanatória, pois, em primeiro lugar, realça as qualidades dos casos centrais (casos desenvolvidos, prósperos, virtuosos) de cada conceito teórico, apontando de que modo os casos periféricos (casos corrompidos, precários, deficientes) estão privados dessas qualidades; e, além disso, exige o aprofundamento do estudo dos casos. Ou seja, não é um recurso de simplificação, mas de "complexificação":

[58] Finnis oferece uma explicação esclarecedora da analogia a partir dos exemplos supracitados. Segundo o autor, as leis injustas – grosso modo, normas jurídicas destituídas de racionalidade – "são análogas aos contratos celebrados em plena conformidade com todas as formalidades e outras condições processuais especificadas pela lei do contrato, mas são nulas por ilegalidade. Ou, para fazer duas analogias talvez mais próximas, eles são como remédios que se revelam fúteis ou letais e, portanto, são *não medicinais*, ou como *argumentos* cuja elegância formal apenas mascara sua invalidez: [sendo, portanto] *não argumentos*. Leis injustas não são leis, embora possam ainda contar em deliberações conscienciosas razoáveis e certamente merecem atenção e descrição. Da mesma forma, argumentos inválidos podem ganhar um lugar tanto em manuais de retórica sobre a arte da persuasão, quanto em guias de falácias para jovens lógicos, charlatães e medicamentos letais são vendidos como medicamentos e listados nas histórias da medicina e em avisos, e contratos nulos por ilegalidade ganham um lugar tanto em livros sobre a lei contratual quanto, mais interessante, em livros sobre restituição onde sua validade aparente, ou sua aceitação generalizada como válida, pode afetar o sucesso ou quantum de um pedido de restituição. Nem é preciso dizer que algumas pessoas são persuadidas por falácias, que as partes podem durante anos se considerar legalmente vinculadas por um contrato de fato nulo por ilegalidade e que a polícia e o carrasco podem agir contra mim de acordo com leis injustas. A excitação e a hostilidade despertadas pelo velho ditado de que leis injustas não são leis são totalmente desnecessárias." (2011b, p. 31, tradução nossa)

> De fato, o estudo deles [casos periféricos] é iluminado quando são pensados como versões atenuadas dos casos centrais, ou às vezes como manipulações de atitudes humanas moldadas por meio de referência ao caso central. E, por outro lado, não há por que restringir a explicação dos casos centrais àquelas características que estão presentes não apenas no caso central, como também em cada um dos casos periféricos. Pelo contrário, a explanação descritiva dos casos centrais deve ser tão conceitualmente rica e complexa quanto é necessário para se responder a todas as perguntas apropriadas a respeito desses casos centrais. E, então, a explanação dos outros casos particulares pode trilhar a rede de semelhanças e diferenças, as analogias e assimetrias, por exemplo, de forma, função ou conteúdo, entre eles e os casos centrais. Dessa forma, revela-se o "princípio ou fundamento lógico" segundo o qual o termo geral ("constituição", "amigo", "direito"...) é estendido dos casos centrais aos casos particulares mais ou menos fronteiriços, de seus significados focais a seus significados secundários (2007, p. 24-25)[59]

Ao empregar a analogia do significado focal, o vocabulário teórico pode acomodar de maneira adequada o leque de realidades relevantes, sejam elas virtuosas ou corrompidas. Os casos desviantes não são escondidos, ou ainda, analisados fora de um padrão pré-determinado. (FINNIS, 1998, p. 47) Trata-se, portanto, de uma metodologia abrangente, mas criteriosa: ela abarca tanto os casos virtuosos quanto os corrompidos, mas fornece critérios de juízo prático para que os exemplares virtuosos sejam separados dos corrompidos.

Afasta-se por meio do método analógico a tese segundo a qual a tradição da lei natural busca um conceito ideal ou idealizado de direito a despeito da sua variabilidade na realidade humana concreta (vide seção 1.3). De acordo com Finnis, uma teoria social (teoria moral, jurídica, política) não tem como interesse a formulação de casos ideais, menos ainda sobre mundos ideais que não sofrem com transgressões, escassez e mal-entendidos. O método finnisiano não fecha os olhos para a maldade humana, as condições

[59] No original: "Indeed, the study of them is illuminated by thinking of them as watered-down versions of the central cases, or sometimes as exploitations of human attitudes shaped by reference to the central case. And, on the other hand, there is no point in restricting one's explanation of the central cases to those features which are present not only in the central but also in each of the peripheral cases. Rather, one's descriptive explanation of the central cases should be as conceptually rich and complex as is required to answer all appropriate questions about those central cases. And then one's account of the other instances can trace the network of similarities and differences, the analogies and disanalogies, for example, of form, function, or content, between them and the central cases. In this way, one uncovers the 'principle or rationale' on which the general term ('constitution', 'friend', 'law' . . .) is extended from the central to the more or less borderline cases, from its focal to its secondary meanings."

violentas e calamitosas a que estamos suscetíveis; isto é, não se restringe aos problemas de uma sociedade perfeita, imaginária, fantasiosa.

Além disso, este método confronta-se radicalmente com o critério de "tipicidade estatística" adotado por alguns positivistas "ingênuos" para determinar o significado focal do objeto de estudo – particularmente Kelsen. No Primeiro Capítulo, para ilustrar o desenvolvimento do método na ciência jurídica, Finnis observa que nos primeiros juristas analíticos o problema da avaliação na metodologia jurisprudencial estava longe de receber uma abordagem profunda (2007, p. 18-19) Segundo ele, Jeremy Bentham, John Austin e Hans Kelsen não fornecem alguma razão ou justificativa para seus conceitos teóricos e meta-teóricos envolvidos na descrição do direito.

No que se refere a Kelsen, este já um positivista maduro, é possível observar que ele não deu a devida importância ao problema metodológico. Sua definição de direito como uma "técnica social que consiste em obter a conduta desejada dos homens através de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária" (KELSEN apud FINNIS, 2011c, p. 6) é uma explicação a partir do propósito e da função intrínseca ao direito. Contudo, como forma de justificar sua própria definição, Kelsen diz o que segue:

> O que poderia ser a ordem social de uma tribo de negros sob a liderança de um chefe despótico – uma ordem chamada igualmente de "lei' – ter em comum com a constituição da suíça? (...) No entanto, existe um elemento em comum que justifica totalmente essa terminologia... pois a palavra se refere àquela técnica social específica que, a despeito das enormes diferenças (...) é, apesar disso, essencialmente a mesma para todos esses povos que tanto diferem em matéria de época, lugar e cultura... (KELSEN apud FINNIS, 2011c, p. 6)[60]

Aqui podemos observar que o modo pelo qual Kelsen define o conceito de direito diz respeito à abrangência ou extensão desse conceito para abarcar tanto a antiga Babilônia, quanto os Estados Unidos, ou tanto a tribo negra sob a liderança de um chefe despótico, quanto o moderno Estado suíço. No entanto, as manifestações do direito sob a forma de instituições e práticas

[60] No original: "What could the social order of a negro tribe under the leadership of a despotic chieftain—an order likewise called 'law'—have in common with the constitution of the Swiss republic? (…) Yet there is a common element that fully justifies this terminology... for the word refers to that specific social technique which, despite the vast differences ... is yet essentially the same for all these peoples differing so much in time, in place, and in culture ..."

sociais são tão múltiplas, variegadas, heterogêneas, equívocas através dos tempos e dos lugares, que o esforço teórico-descritivo de obter um conceito *comum* de direito, que contemple *todas* essas manifestações, torna-se virtualmente impossível ou inaproveitável, o que revela a fragilidade da metodologia de Kelsen.

Isso porque o processo descritivo-avaliativo que caracteriza a estratégia metodológica de uma teoria social completa não se trata de identificar que aspectos e condições são mais frequentes no maior número de exemplares; isto é, não se trata de obter, em termos *quantitativos*, um mínimo denominador comum, como desejava Kelsen. Mas sim de, a partir de certo ponto de vista, fixar diferenças *qualitativas* entre os exemplares que estão sendo examinados pelo teórico. Em virtude dessa ausência de rigor metodológico, Finnis classifica como ingênua a metodologia positivista de Bentham, Austin e Kelsen.

Assim, pelo método analógico clássico, há uma coexistência, na definição explanatória do *subject-matter* (direito, amizade, governo constitucional, etc.), entre o caso central, de um lado, e o registro empírico-factual, do outro. Não são considerações excludentes, mas analogamente complementares. Os jusnaturalistas, desde Platão e Aristóteles, não trabalham com uma lógica “ou isto ou aquilo”. Ainda que em certa investigação científica o exemplar analisado tenha empiricamente deficiências notórias (*secundum quid*), ele pertence ao registro filosófico, pois é analogamente associado ao seu caso central e sentido focal (*simpliciter*). (2011b, p. 160).

Vale ressaltar que, segundo Finnis, “um termo é analógico quando seu significado se altera sistematicamente (isto é, de acordo com algum princípio ou fundamento lógico) quando se passa de um contexto ou emprego para outro” (2007, p. 32). Nesse sentido, o significado do termo se altera na medida em que se altera o domínio da realidade a que o significado pertence, tal como vimos na seção 1.2. Com efeito, a ideia das *quatro ordens da realidade* elucida a diferenciação entre caso central e casos periféricos:

> A ideia de casos centrais e significados focais é em si mesma uma ideia analógica. Isto é, nós devemos esperar que a aplicação e mesmo o significado de ‘caso central’ e ‘significado focal’ mude conforme nós nos movamos da (1) ordem natural (ciência física e outras ciências naturais, metafísica e assim por diante) para a (2) ordem lógica (do pensamento trazendo

> ordem às suas próprias operações), para a (3) ordem da ação e deliberação moralmente significante, e, em quarto lugar, para as (4) artes e técnicas que trazem ordem sobre as questões que estão sob nosso controle. (FINNIS, 2011c, 430-1)[61]

Ou seja, é preciso estar atento aos propósitos do teórico que está desenvolvendo a teoria. A ciência que está sendo praticada e, portanto, a centralidade dos casos centrais varia conforme o teórico se desloca de um domínio da realidade para outro. Nas ciências naturais ou metafísicas a centralidade é fundamentada em tipos de razões notavelmente diferentes dos tipos de razões que fundamentam a centralidade no domínio da ação prática moralmente significativa e autodeterminante.

É interessante notar que as pessoas humanas têm a qualidade singular de poder ser objeto de todas as ordens. O ser humano pode frequentemente ser estudado como a consecução de uma deliberação autodeterminante, de escolha livre e de execução dessa escolha (ordem prática); como um evento no mundo natural (ordem natural); como um exemplo ou resultado de um raciocínio válido ou inválido (ordem lógica); ou como uma realização ou fracasso tecnológico (ordem técnica). Eis porque se faz necessária a ênfase no propósito prático da teoria da lei natural: a ação humana – e tudo o que envolve os agentes humanos e o bem humano – são suscetíveis a um estudo no nível epistêmico das ciências naturais, das ciências lógicas ou das ciências técnicas. [62][63]

[61] No original: “The idea of central cases and focal meanings is itself an analogical idea. That is, we should expect the application and even the meaning of ‘central case’ and ‘focal meaning’ to shift as we move from (1) natural orders (physical and other natural sciences, metaphysics and so forth) to (2) logical orders (of thought bringing order into its own operations), to (3) the order of morally significant deliberation and action, and on fourthly (4) to the arts and techniques that bring order into matter beneath our control."

[62] Mas é importante não perder de vista que ação humana racional e os agentes humanos racionais só podem ser plenamente analisados e descritos no escopo metodológico da terceira ordem (a ordem prática). Miranda (2015) assevera este ponto com precisão exegética: “Todavia, Finnis insiste que as ações humanas “[...] não podem ser adequadamente descritas, justificadas ou criticadas a menos que sejam entendidas, fundamentalmente, como resultados de escolhas livres” (FINNIS, 1998, p. 20-3). Pois nem as escolhas livres nem suas consequências podem ser reduzidas à natureza, à lógica ou à técnica. Portanto, a autodeterminação pessoal (e muitas vezes social), que é o resultado imediato da escolha livre, não pode ser encarada como um evento no curso da natureza, nem um tipo de inferência lógica, nem como um produto técnico, embora possua analogias com cada um destes casos. Finnis sublinha (1998, p. 23) que de Hobbes até hoje tem sido negada veracidade dessa tese anti-reducionista sobre a teoria política e social (e também da ação individual); pois a maioria dos teóricos têm negado a realidade da escolha livre, entendendo-a como uma substância natural ou técnica ou produto de técnica. No entanto, a alegação de Finnis (Ibidem, idem) é que a metodologia que Aquino oferece é uma alternativa visivelmente superior”.

2.3 Max Weber e o tipo ideal

Embora o proeminente sociólogo alemão Max Weber (1864-1920) tenha sido formado em direito e história do direito, sua influência sobre o direito e a teoria do direito foi amplamente indireta. Entre suas obras mais importantes estão "*A ética protestante e o espírito do capitalismo*" (1904) e "*Economia e sociedade*" (obra inacabada publicada em 1922). A relevância de Weber para a teoria do direito de um modo geral e para a teoria finnisiana em particular se deve às suas ideias sobre a metodologia da teoria social. Weber questionou as abordagens rigorosamente científicas do comportamento humano e das instituições sociais para defender uma abordagem participativa e interpretativa dos fenômenos sociais (*Verstehen*).

A influência de Weber se verifica no próprio uso do significado focal: Finnis afirma que este expediente "é ou corresponde a um importante componente do dispositivo de Max Weber que não foi explicado com muita clareza, o tipo ideal." (2007, p. 23) De que componente Finnis está falando? A finalidade do tipo ideal (*idealtypus*) é amplificar ou acentuar qualidades e características de um conceito para revelar-lhe, de modo mais preciso e claro possível, a sua significação relevante. De acordo com Weber:

> Obtém-se um tipo ideal acentuando unilateralmente um ou vários pontos de vista e encadeando uma multidão de fenômenos isolados, difusos e discretos, que se encontram ora em grande número, ora em pequeno número, até o mínimo possível, que se ordenam segundo os anteriores pontos de vista escolhidos unilateralmente. (WEBER apud FREUND, 1975, p. 48)

[63] Houve quem almejasse reduzir a descrição do direito ao domínio natural, como se tal fenômeno fosse equivalente a um objeto empírico: Christopher Columbus Landgell (1826-1906). Segundo Macedo (2013, p. 54, n. 6), na proposta de Langdell, "os casos devem ser tratados como dados jurídicos a serem estudados e, tal como num laboratório científico, deve-se descobrir os princípios jurídicos básicos que o constituem. O seu pensamento revelava uma esperança de que tanto o comportamento humano como as instituições sociais e jurídicas em particular poderiam ser estudadas segundo os mesmos métodos da investigação da natureza. O seu fisicalismo, nesse sentido, é expresso e manifesto. As ciências jurídicas deveriam ambicionar obter o mesmo progresso já experimentado pelas ciências naturais. Em suas palavras, 'If law be not a science, a university will best consult its own dignity in declining to teach it. If it be not a Science, it is a species of handicraft, and may best be learned by serving an apprenticeship too ne who practices it'".

Em Weber, o tipo ideal é um instrumento conceitual que o sociólogo ou o historiador adotam criando categorias, quadros mentais que não são representações exatas do mundo, mas que, segundo os propósitos da pesquisa, amplificam deliberadamente certos traços característicos. Em síntese, é um instrumento conceitual privilegiado que acentua a inteligibilidade do objeto de estudo.

Assim como no significado focal, o estado de coisas que reproduz o seu tipo ideal nunca se encontra ou só raramente é encontrado em sua pureza na realidade empírica e concreta. A frequência de um elemento é, pois, menos importante do que a propriedade característica e original que determina a individualidade e a singularidade de tal *subject-matter*. Assim, com o tipo ideal, Weber rejeita métodos que se baseiam em mera frequência estatística ou mínimo denominador comum para determinar, em seus referenciais teóricos, um termo terminantemente unívoco. Como diz Finnis, o tipo ideal:

> Envolve um afastamento consciente da assunção a partir da qual, como vimos, Kelsen procedeu: a de que termos descritivos ou explanatórios devem ser empregados pelo teórico de tal forma que se estendam diretamente e no mesmo sentido, a *todos* os estados de coisas que poderiam razoavelmente, no discurso não-teórico, ser "chamados de 'direito'" (...) (2007, p. 23)[64]

Finnis sugere, então, que o dispositivo do tipo ideal auxilia a compreensão do uso do significado focal, na medida em que coincide em ambos o componente de acentuação consciente de certas qualidades de um conceito, com o propósito de clarificar, e não rejeitar, a equivocidade que o constitui.

Finnis nota, em Weber, o emprego deste instrumento conceitual na tipologia dos modos de dominação ou autoridade legítima *(Herrschaft)*: legal-racional, tradicional e carismática. Segundo Weber, há relação de autoridade ou dominação quando a vontade dos governantes determina a vontade dos governados, ao passo que estes enxergam na diretiva dos governantes uma

[64] No original: "It involves a conscious departure from the assumption upon which, as we saw, Kelsen proceeded: that descriptive or explanatory terms must be employed by the theorist in such a way that they extend, straightforwardly and in the same sense, to all the states of affairs which could reasonably, in non-theoretical discourse, be 'called ''law'' (...)"

máxima para sua conduta. Isso ocorre quando os governados atribuem *legitimidade* aos governantes. Essa atribuição de legitimidade, por sua vez, pode ser decorrente de várias razões, e é distinguindo essas razões que Weber fornece os três tipos de legitimidade ou, ainda, três tipos puros de dominação legítima:

> Existem três tipos puros de dominação legítima. A base principal de sua legitimidade pode ser: l. De caráter racional: baseia-se na crença na legalidade das ordenações estatutárias e dos direitos de comando daqueles chamados por essas ordenações para exercer autoridade (autoridade legal). 2. De caráter tradicional: que repousa sobre a crença cotidiana na santidade das tradições que governaram de tempos distantes e na legitimidade daqueles indicados por essa tradição para exercer autoridade (autoridade tradicional). 3. De caráter carismático: que repousa na entrega extra cotidiana à santidade, heroísmo ou exemplaridade de uma pessoa e às ordenações por ela criadas ou reveladas (chamadas) (autoridade carismática). (WEBER, 2002, p. 172).

Weber deixa claro que tais tipos são tipos ideais, de modo que, muito raramente, tais tipos se encontram em suas formas puras, em estado puro na realidade histórica – o domínio carismático, por exemplo, não é inteiramente desprovido de legalidade, e a tradição encerra certos aspectos carismáticos ou mesmo burocráticos. Ainda assim, “nada disso sugere que é inútil tentar entender a história de muitas comunidades, incluindo a nossa, em termos dos conjuntos significativos de recursos escolhidos por conceitos como a autoridade legal-racional, tradicional e carismática” (FINNIS, 2011b, p. 215).

O ponto relevante neste passo é que há na exposição de Weber uma prioridade explanatória do tipo legal-racional de autoridade. Weber afirma que irá explicar dois tipos – o carismático e o tradicional – na medida em que eles contrastam com o tipo de autoridade legal-racional. Daí que se segue a observação nevrálgica da exegese finnisiana: toda a exposição desenvolvida por Weber em relação aos tipos tradicional e carismático tem como característica central o fato de eles serem explicados a partir daquilo que diferem do tipo de autoridade legal-racional, ou seja, a partir dos elementos privados ou negados da autoridade legal-racional. Esse modo de proceder se observa a seguir:

> O soberano que exerce autoridade não é um "superior", mas um mestre pessoal, sua equipe administrativa não consiste principalmente de funcionários, mas de servidores pessoais, e os governados não são "membros" de uma associação, mas são seus "camaradas" tradicionais. ou seus "sujeitos". A lealdade pessoal, não o dever impessoal do oficial, determina as relações do pessoal administrativo com o mestre. A obediência não é devida a regras aprovadas, mas à pessoa que ocupa uma posição de autoridade pela tradição (...). No tipo puro de autoridade tradicional, é impossível que a lei ou a regra administrativa sejam deliberadamente criadas pela legislação (...). No tipo puro de regra tradicional, as seguintes características de um pessoal administrativo burocrático estão ausentes: (a) uma esfera de competência claramente definida 'sujeita a regras administrativas impessoais', (b) uma hierarquia racionalmente estabelecida, (c) um sistema regular de nomeação com base em contrato livre e promoção ordenada, (d) treinamento técnico como requisito regular, (e) salários (frequentemente) fixados, no tipo caso pago em dinheiro (...). No lugar de uma jurisdição funcional bem definida, há uma série conflitante de tarefas e poderes que, a princípio, são atribuídos a critério do comandante. (WEBER, 2002, p. 182-182).

Eis que cabe o questionamento: poderia Weber ter procedido de forma diversa tratando o tipo de autoridade carismática, por exemplo, como referência para explicar os outros dois tipos a partir das divergências, negações, privações, aspectos que os outros dois tipos carecem, aspectos estes que são qualidades da referência primária? O ponto de Finnis é que isto não seria possível.

Finnis observa que a questão aqui envolve a dimensão fundamental do seu argumento metodológico, isto é, a formação e seleção dos conceitos a serem usados na formulação de uma teoria social. O que está em jogo é que a descrição da autoridade precisa ter a virtude teórica de permitir a distinção entre essa autoridade e outras formas de motivação pelas quais uma pessoa "segue" as diretivas de outra. Por exemplo, seria necessário diferenciar a autoridade que um grupo terrorista exerce sobre seus membros das demais autoridades. Finnis observa que a explicação de Weber falharia se procedesse de outro modo:

> Se tratamos, digamos, o governo carismático como elementos primários, princípios de autoridade não seriam levados em conta (exceto como importações aparentemente arbitrárias nas considerações das formas secundárias): por exemplo, a

> distinção elementar entre exercícios de autoridade pelo governante e meras expressões de seus desejos pessoais. Da mesma forma, se tratássemos a regra tradicional como primária, não levaríamos em conta (salvo por subsequente importação) aquela característica elementar da regra autoritativa, promulgação *legislativa*, a introdução, sob a autoridade do governante, de uma *nova* "ordem permanente" ou regra geral. (2011b, p. 216-217).[65]

Isso ocorre porque os conceitos com os quais Weber analisa os tipos de autoridade são explicitamente construídos em termos de maior e menor *racionalidade*. Segundo Finnis, então, as razões de Weber para dar à autoridade legal-racional prioridade explanatória na sociologia da autoridade indicam que a autoridade legal-racional pode merecer essa prioridade somente na condição em que ela própria seja legitimada substantivamente – ou seja, a partir de alguns princípios que são tradicionalmente denominados "lei natural" (2011b, p. 222). É o que Weber parece sugerir:

> O tipo mais puro de uma validade racional de acordo com valores é representado pela lei natural. Qualquer tenha sido sua limitação em relação às pretensões ideais, não se pode negar, no entanto, a influência efetiva e não insignificante de seus preceitos, deduzida logicamente do comportamento, preceitos que devem ser separados tanto dos revelados como dos estatutos derivados da lei tradicional. (2002, p. 237).

De fato, Weber observa que as concepções de justiça são sociologicamente relevantes dentro de uma ordem racional, positiva e legal apenas na medida em que dão origem a consequências práticas para o comportamento de legisladores, dos advogados e outros membros interessadas no direito. Segundo Weber:

> A lei natural é a soma total de todas aquelas normas que são válidas independentemente e superiores a qualquer lei positiva e que devem sua dignidade não a promulgação arbitrária, mas, pelo contrário, fornecem a própria legitimação para a força do direito positivo. A lei natural tem sido, assim, o termo coletivo

[65] No original: “But if we treated, say, charismatic rule as primary, main elements of authority would not come into view (except as apparently arbitrary importations into the accounts of the secondary forms): for example, the elementary distinction between exercises of authority by the ruler and mere expressions of his personal wishes. Similarly, if we treated traditional rule as primary, we would have no account (save by subsequent importation) of that elementary feature of authoritative rule, *legislative* enactment, the introduction, on the ruler’s authority, of a *new* ‘standing order’ or general rule”

> para aquelas normas que não devem sua legitimidade à sua origem de um legislador legítimo, mas a suas qualidades imanentes e teleológicas. (WEBER apud FINNIS, 2011b, p. 220).[66]

Assim, a decisão de Weber de chamar o tipo central de autoridade de "autoridade legal-racional", quando colocada ao lado de suas descrições sobre as formas de legitimar a autoridade, mostra que esse tipo repousa no reconhecimento de bens humanos inteligíveis intrínsecos de uma forma que somente as teorias da lei natural articulam e defendem sistematicamente. (FINNIS, 2011b, p. 3)

No entanto, sendo o tipo ideal de Weber uma "racionalização utópica", sua idealidade "não corresponde a nenhum ideal em sentido ético; não é um modelo axiológico. Ademais, ele exclui toda a avaliação" (FREUND, 1975, p. 51). Quer dizer, para fins analíticos, pode-se construir tipos ideais de ditadores, bem como de democratas. O termo não significa que certo ditador ou certo presidente democraticamente eleito são exemplares ou devem ser imitados como modelos de governantes. De fato, os tipos ideais são constructos teóricos que não se parecem um com a outro, nem se deixam observar na realidade empírica, porém cada um, de acordo com Weber, poderia pretender representar o conceito e/ou a experiência histórica analisados, uma vez que se realçaram traços característicos significativos que apontam para sua singularidade (FREUND, 1975, p. 53) Ou seja, o tipo ideal não é um modelo axiológico, mas apenas uma construção teórica, um instrumento conceitual.

Parece-nos que é neste ponto, então, que o tipo ideal conforme pensou Weber, mesmo sendo um importante dispositivo para a metodologia das ciências sociais, afasta-se da estratégia metodológica que Finnis empreende adotando o significado focal – que é um significado normativamente focal. Ao contrário, o tipo ideal, em Weber, não é moralmente ideal. Trata-se de um recurso que se altera conforme os propósitos do teórico. Assim, o teórico social não tem compromisso com um ponto de vista específico. Ou seja, caberia

[66] No original: "Natural law is the sum total of all those norms which are valid independently of, and superior to, any positive law and which owe their dignity not to arbitrary enactment but, on the contrary, provide the very legitimation for the binding force of positive law. Natural law has thus been the collective term for those norms which owe their legitimacy not to their origin from a legitimate lawgiver, but to their immanent and teleological qualities."

dizer, nesse sentido, que não há de forma madura e consciente na metodologia weberiana uma noção que é fundamental para Finnis: o *ponto de vista prático*.

2.4 O ponto de vista prático e o papel do *spoudaios*

Dada a multiplicidade de preocupações e projetos humanos, razoáveis e desarrazoados, virtuosos e deficientes, o expediente técnico da analogia revela-se indispensável em qualquer filosofia ou teoria geral dos assuntos humanos. Mas enquanto nos permite registrar os graus em que os elementos de algum conceito complexo são exemplificados por vários estados particulares de coisas, todos avaliados de um ponto de vista, este expediente não registra o ponto de vista do qual estamos falando. (2007, p. 350)

Embora na exposição do Primeiro Capítulo, Finnis trate da atenção ao propósito prático, do caso central e do significado focal para só, enfim, chegar ao ponto de vista prático, na “prática” (isto é, na elaboração mesma da teoria), o teórico realiza o empreendimento inverso: antes mesmo de examinar os exemplares do direito levando em conta seus traços importantes e significativos, o teórico adota um ponto de vista que estrutura, desde a base, a tarefa descritiva. Trata-se de uma etapa primária e normativa por meio da qual é possível conferir ordem e sentido às decisões metodológicas subsequentes.

No pós-escrito (2011c, p. 431), Finnis observa que ele apresentou no Primeiro Capítulo duas vias para se identificar o ponto de vista adequado em uma teoria geral dos assuntos humanos: a via dialética e a via platônico-aristotélica. A primeira envolve uma exegese crítica do ponto de vista interno ou jurídico em Hart e Raz; abordaremo-na especificamente na seção 3.5 do presente trabalho. A segunda via ocorre pela compreensão do papel do *spoudaios*, sobre o qual trataremos a seguir.

Qual é, enfim, o ponto de vista apropriado para uma descrição consistente do direito e da ordem jurídica? Em outras palavras, que ponto de vista determina que um caso central não é periférico e um caso periférico não é central? É o ponto de vista dos agentes dotados de razoabilidade prática que enxergam a obrigação jurídica como sendo presumivelmente uma obrigação moral, a qual fornece orientações práticas para a deliberação do que realmente decidir (1.3). Mais ainda:

> [É] o ponto de vista daqueles que não apenas apelam à razoabilidade prática, mas que também *são* razoáveis na prática, ou seja: consistentes; atentos a todos os aspectos das oportunidades e do florescimento dos seres humanos, bem como cientes de sua limitada comensurabilidade; preocupados em remediar deficiências e colapsos, bem como cientes de suas raízes nos vários aspectos da personalidade humana, nas condições econômicas e em outras condições materiais da interação social (FINNIS, 2011c, p. 11)[67]

Em suma, trata-se de um ponto de vista moral embasado por julgamentos práticos moralmente razoáveis – o ponto de vista do *spoudaios*.

O *spoudaios* é a pessoa de mente correta, dotada de sabedoria moral, discernimento prático e caráter íntegro; uma pessoa que é verdadeiramente virtuosa. Finnis recorre ao *spoudaios* enquanto exemplar ético para sua teoria quando identifica os requerimentos de razoabilidade prática; ou seja, para determinar os princípios cuja aplicação nos permitiria agir de maneira praticamente razoável, Finnis leva em conta o modo de agir da pessoa praticamente razoável. Além disso, o *spoudaios* aristotélico desempenha um papel fundamental no domínio metodológico do jusnaturalismo finnissiano, pois justifica e direciona a aplicação analógica do significado focal, de tal modo que o caso central de um *subject-matter* deve ser determinado com base nos julgamentos práticos de tal pessoa.

As ponderações práticas (morais, políticas e jurídicas) do *spoudaios* são os critérios corretos para se resolver de que modo o direito ocupa um lugar na abordagem descritiva das atividades e relações humanas, além de definirem qual é a compreensão, concepção ou ideia de direito que é empregada como sendo o significado focal do direito (FINNIS, 2011c, p. 431). O ponto de vista crítico-moral do *spoudaios* é mesmo a referência para a teoria dos assuntos humanos de Aristóteles:

> Em todos esses casos realmente é tal como se revela ao *spoudaios*. E se o que dissemos for correto, como parece que

[67] No original: "(...) is the viewpoint of those who not only appeal to practical reasonableness but also *are* practically reasonable, that is to say: consistent; attentive to all aspects of human opportunity and flourishing, and aware of their limited commensurability; concerned to remedy deficiencies and breakdowns, and aware of their roots in the various aspects of human personality and in the economic and other material conditions of social interaction".

> é, e se o padrão para cada um é a virtude, e o *spoudaios na qualidade de bom*, as coisas que se mostram a ele como sendo prazeres *são* prazeres e as coisas de que desfruta *são* prazerosas. Não é de se surpreender, inclusive, que as coisas desagradáveis ao *spoudaios* pareçam agradáveis a alguém. Com efeito, os seres humanos estão sujeitos a muitas formas de degeneração e ruína, tais coisas não sendo realmente prazerosas, mas somente prazerosas a esses indivíduos em particular, que se acham nessa condição de degeneração ou ruína. (ARISTÓTELES, 2014, p. 371, colchetes nossos).

É como dizer que o *spoudaios* é o "observador científico" relevante. Não que seja ele mesmo o teórico, mas serão as suas impressões os parâmetros mais significativos para o teórico, isto é, seu paradigma. Em um sentido radical, não existe um "propósito teórico" que seja alheio e diferente do "propósito prático" que o *spoudaios* tem em vista quando considera o que é razoável e desarrazoado, bom e mal, certo e errado, a respeito de seu plano de vida particular e a respeito do bem comum. Segundo Finnis, "'teoria', em relação aos assuntos humanos, não tem *locus standi* distinto." (2011a, p. 108-109)[68]

Dito de outro modo, o *point* de uma teoria da ação humana – uma teoria social, política, jurídica etc. – é identificar as preocupações e a autocompreensão do próprio *spoudaios* levando em conta as suas qualidades e virtudes; ou seja, realçando a sua condição de homem que participa dos bens humanos básicos, corresponde às exigências de razoabilidade prática e está atento ao bem comum.

De fato, se perguntássemos a Aristóteles quais são os seus propósitos ao realizar uma distinção teórica ou elaborar um conceito teórico, ele responderia que está procurando mostrar as preocupações e a autocompreensão do *spoudaios* e das categorias relevantes à *spoudaia polis* (Pol. VII. 12: 1332a33). Isso não significa que, para desenvolver uma teoria social ampla, precisamos possuir a *phrônesis* de um Péricles ou a sabedoria de um Sócrates (DUKE, 2013, p 214). Precisamos, em verdade, ser capazes de refletir sobre os bens e princípios básicos da razoabilidade prática o suficiente para sermos capazes de reconhecer tais exemplos de virtude quando os encontramos. (FINNIS, 2011a, p. 112)

[68] No original: "In a radical sense, there is no distinct 'theoretical purpose' of the 'scientific observer' which could be set over against the 'practical purposes' that the spoudaios has in drawing the boundaries of concepts by using them in his life in society. 'Theory', in respect of human affairs, has no distinct *locus standi*."

O ponto de vista do homem maduro (*spoudaios*), então, é o ângulo pelo qual se deve avaliar e julgar o que é importante e significativo para os assuntos humanos. Trata-se do ponto de vista que norteia uma filosofia prática robusta e razoável. Segundo Duke:

> O *spoudaios* de Finnis, portanto, oferece um quadro da vida ética e prática que evita os extremos igualmente problemáticos de abordar a questão do que deve ser feito em termos de uma demanda teórica por regras morais abstratas ou justificativas *post hoc* de desejos sub-racionais. Embora não seja possível fornecer uma justificativa normativa dos julgamentos dos *spoudaios* do ponto de vista de regras teóricas universais que transcendem as razões vividas para a ação, tais julgamentos podem, no entanto, ser justificados e, quando necessário, modificados através do processo de reflexão crítica e diálogo. (2013, p. 204)

Finnis questiona-se: “então isso significa que a teoria descritiva do direito (e a ciência social como um todo) é inevitavelmente sujeita às concepções e preconceitos do teórico quanto ao que é bom e razoável do ponto de vista prático?” Sua resposta, por mais contraditória que pareça, é: “Sim e não”. Sim, porque não há escapatória de um julgamento relativo ao que é importante e significativo para os partícipes se a teoria se pretender mais do que um amontoado de fatos descritos em uma infinidade de terminologias incomensuráveis. “Não”, pois a aquisição disciplinada de conhecimento das relações humanas é uma importante ajuda aos teóricos críticos e reflexivos no seu esforço de converter seus próprios preconceitos (e os de sua cultura) em julgamentos verdadeiramente razoáveis quanto ao que é bom e razoável do ponto de vista prático. (FINNIS, 2007, p. 29-30).

Finnis tenta simplificar a questão dizendo que o ponto de vista prático e o caso central do ponto de vista são descobertos pela reflexão sobre o que se deve fazer ou o que é melhor de ser feito. A questão sobre o que fazer, sobre o que decidir, leva diretamente aos requisitos da razoabilidade prática. Retomamos, nesse momento, ao que Finnis diz sobre o que está em jogo em uma teoria da lei natural:

> Uma teoria da lei natural reivindica ser apta a identificar as condições e princípios de pensamento prático correto, da ordem boa e própria entre as pessoas e da conduta individual.

> A não ser que essa reivindicação seja justificada, a jurisprudência analítica em particular e (pelo menos uma boa parte de) todas as ciências sociais em geral não poderão ter um critério criticamente justificado para a formação de conceitos gerais, e deverão se contentar em serem nada mais do que a manifestação de vários conceitos peculiares a pessoas particulares e/ou a teóricos que se preocupam com essas pessoas (FINNIS, 2011c, p. 18-19)[69].

Desse modo, a consideração da perspectiva do homem razoável (*ponto de vista prático*) *justifica* a reivindicação moral como sendo a base para a descrição do direito, constituindo, assim, um aspecto central da tese metodológica finnisiana.

[69] No original: “A theory of natural law claims to be able to identify conditions and principles of practical right-mindedness, of good and proper order among persons, and in individual conduct. Unless some such claim is justified, analytical jurisprudence in particular and (at least the major part of) all the social sciences in general can have no critically justified criteria for the formation of general concepts, and must be content to be no more than manifestations of the various concepts peculiar to particular peoples and/or to the particular theorists who concern themselves with those people.”

3. A LONGA MARCHA NA JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA

De um modo geral, podemos afirmar que o jusnaturalismo neoclássico de John Finnis incorpora os princípios metodológicos de três escolas distintas. No que se refere aos filósofos antigos, vimos que Finnis trata como fundamento de sua teoria o ponto de vista prático, o qual corresponde à perspectiva do *spoudaios*: o homem que participa dos bens humanos e respeita os requerimentos de razoabilidade prática; em síntese, o homem virtuoso dotado de *prudentia*. É este ponto de vista que ocupa o núcleo do argumento finnisiano em defesa da descrição normativa do direito, e toda a filosofia prática de Finnis é por este ponto de vista orientada. Além disso, Finnis recebe a assistência dos avanços nos estudos sobre a metodologia das ciências sociais as quais se sofisticaram durante o século XX, principalmente sob o ditame das contribuições do célebre sociólogo Max Weber. Finnis se inspirou particularmente no instrumento conceitual do *tipo ideal* para elucidar a analogia da centralidade.

Enfim, é inevitável situar o projeto jusfilosófico de Finnis no contexto da jurisprudência analítica (*analytic jurisprudence*)[70], escola de teoria jurídica que é vinculada à certa agenda e abordagem filosófica.[71] Trata-se do modelo de teorização vigente nas faculdades de direito anglo-americanas. Convém, nesse sentido, fazer um exame *en passant* da evolução dessa escola, cujo método e cujo desenvolvimento forneceram recursos decisivos para conferir ao argumento de Finnis robustez e atualidade, bem como para reformar a teoria

[70] Para uma obra que introduz as principais questões discutidas pela jurisprudência: VEITCH; CHRISTODOULIDIS; GOLDONI (2018). Para uma obra extensa e detalhada cujo panorama abrange todo o século XX, das origens austinianas às críticas normativas pós-Hart (incluindo competente exposição da teoria de Finnis): POSTEMA (2011).

[71] Finnis, no prefácio de NLNR, reconhece a importância da jurisprudência analítica para a formação do seu pensamento: “Cada autor tem sua ambientação; este livro tem suas raízes em uma tradição moderna que pode ser rotulada de 'jurisprudência analítica', e meu próprio interesse nessa tradição precede a época em que comecei a suspeitar que pudesse haver mais nas teorias da lei natural do que superstição e escuridão. Alguém com a mesma teoria da lei natural que eu, mas cujo foco de interesse competência fosse, digamos, jurisprudência sociológica, ou teoria política ou teologia moral, teria escrito um livro diferente” (2007, p. 12/2011c, p. vi). No original: “Every author has his milieu; this book has roots in a modern tradition that can be labelled ‘analytical jurisprudence’, and my own interest in that tradition antedates the time when I first began to suspect that there might be more to theories of natural law than superstition and darkness. Someone who shared my theory of natural law, but whose focus of interest and competence was, say, sociological jurisprudence or political theory or moral theology, would have written a different book.”

dominante contra a qual Finnis se volta: o positivismo jurídico (*legal positivism*)[72].

Com efeito, no Primeiro Capítulo, Finnis empreende o esforço de, na abertura de sua primeira grande obra sobre a lei natural, relacionar e contrastar sua proposta com as teses disponíveis entre os principais autores da jurisprudência analítica. Desse modo, Finnis conclui que Bentham, Austin e Kelsen têm metodologias "ingênuas" (2007, p. 20). Em seguida, o autor aborda a atenção ao propósito prático, a analogia da centralidade e o ponto de vista prático tendo em vista sempre as teses sofisticadas de Hart, Raz e Fuller (2007, p. 20-27). Este percurso pelo desenvolvimento metodológico da jurisprudência analítica Finnis designou "longa marcha". (2007, p. 29).

Assim, o capítulo atual seguirá uma ordem argumentativa inspirada diretamente no Primeiro Capítulo. Nas duas primeiras seções (3.1 e 3.2), pretendemos expor o desenvolvimento da questão metodológica na jurisprudência analítica, utilizando duas importantes referências: Austin e Hart. É indispensável considerar, nesse percurso, a contribuição de Hart com a inserção do ponto de vista interno na teoria do direito, o qual será analisado criticamente na última seção. Nosso propósito, nas duas primeiras seções, é não só contextualizar o positivismo jurídico metodológico (maior desafio à tese finnisiana), como também realçar aspectos constitutivos desse argumento que remontam às origens austinianas da jurisprudência analítica. Na seção 3.3, pretendemos determinar o modo como o debate jurisprudencial contemporâneo se configura. Na seção 3.4, vamos elucidar o argumento metodológico positivista à luz das considerações de Julie Dickson. Enfim, na seção 3.5, intentamos contrastar o projeto metodológico da teoria da lei natural de Finnis, tal como apresentado nos capítulos anteriores, com a tese da neutralidade de matriz positivista.

Optamos por distribuir a história da jurisprudência analítica em três grandes fases: a fase austiniana, a fase hartiana e a fase pós-hartiana. Esta divisão histórica tem em vista os fins didáticos da exposição, não devendo ser tratada como fixa e absoluta. Isso porque várias destas questões podem ser

[72] Para uma exposição sistemática do positivismo jurídico, em língua portuguesa, desde suas origens até as formulações renovadas de autores como Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro, ver: FROEHLICH (2017).

rastreadas até os filósofos políticos ingleses do século XVII como Thomas Hobbes e Adam Smith, bem como até os filósofos medievais.

3.1 As origens austinianas da jurisprudência analítica

A primeira fase, a qual designamos *austiniana*, remonta à publicação de "*The Province of Jurisprudence Determined*" (1832) do jurista inglês John Austin (1790-1859), que foi discípulo do importante teórico político e jurídico Jeremy Bentham (1748-1832) – ambos são normalmente retratados como os "pais" do positivismo jurídico (GREEN; ADAMS, 2019)[73]. Em um gesto livre e interpretativo, poderíamos traduzir o título do livro de Austin por "Delimitando o domínio metodológico da teoria do direito", uma vez que esta obra fixou a abordagem descritiva, analítica e eminentemente positivista do projeto jurisprudencial. De fato, a seguinte declaração de Austin é considerada um marco para o positivismo analítico ortodoxo que repercute até os dias atuais:

> A existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito é outra. Se [o direito] é ou não é, trata-se de uma investigação; se [o direito] é ou não é em conformidade com um padrão assumido, trata-se de outra investigação. Um direito, que realmente existe, é um direito, ainda que não gostemos dele, ainda que ele varie em cada texto, pelo qual regulamos nossa aprovação e desaprovação. (1832, Letter V, p. 157 apud BIX, 2018, n. 2)[74]

Tal declaração é tradicionalmente associada à *tese da separabilidade* que é, de modo sumário, um dogma positivista, uma vez que marca a separação entre direito e moral ("mérito ou demérito") em termos de existência e validade. Pode-se dizer que a alegação de Austin simplesmente afirma que as questões relativas à existência ou validade de uma norma jurídica, ou a

[73] Sobre a proeminência de Austin em relação a Bentham, Bix (2018) afirma que "(…) Austin's command theory was more influential than Bentham's, because the latter's jurisprudential writings did not appear in an even-roughly systematic form until well after Austin's work had already been published, with Bentham's most systematic discussion only appearing posthumously, late in the 20th century". Este é, portanto, o motivo pelo qual decidimos priorizar Austin em nossa exposição, embora o pensamento de Bentham, mais particularmente o seu utilitarismo, seja um desafio ilustre à lei natural.

[74] No original: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation".

existência de um sistema jurídico, são questões que podem e devem ser determinadas separadamente da questão sobre a avaliação moral (ou política) de tais normas e sistemas. Adotemos, por ora, a definição da tese da separabilidade como componente central do que designamos *positivismo jurídico*.

Quanto a Austin, sua teoria jurídica é comumente designada teoria das ordens coercitivas, teoria dos comandos ou, simplesmente, imperativismo. Isso se deve ao fato de que, segundo o autor, "todo *direito* [law] ou *regra* [rule] (tomada com a maior significação que pode ser dada ao termo apropriadamente) é um *comando*. Ou, ainda, direitos ou regras, propriamente ditas, são uma *espécie* de comandos" (AUSTIN, 1995, p. 21, *grifos no original*)[75]. Com efeito, o direito para Austin corresponde fundamentalmente a comandos baseados em ameaça, cujo exemplo central é o das ordens de um assaltante armado: a diferença entre os comandos jurídicos e as ordens do assaltante armado é de extensão, embora a essência seja a mesma. Assim, Austin estabelece que o direito depende de uma estrutura vertical informada por uma relação simples entre súditos e soberano. Enquanto entre os súditos há um hábito geral de obediência aos comandos emanados do soberano, este, por sua vez, não obedece a ninguém – trata-se de uma teoria jurídica que enxerga na soberania a categoria política mais relevante. (HART, 2009)[76]

A fase austiniana, contudo, refere-se mais precisamente não à época da publicação da principal obra de Austin, mas à sua influência que se estendeu por toda a primeira metade do século XX até o advento da teoria das regras de Hart. Assim, nosso foco é menos os tópicos que Austin abordou ao longo de

[75] No original: "Every *law* or *rule* (taken with the largest signification which can be given to the term *properly*) is a *command*. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a *species* of commands".

[76] "Segundo Austin, o que torna as instruções normativas distintamente jurídicas consiste, antes de mais nada, nas origens da instrução. Se, e somente se, o comando ou instrução emanar do soberano político, então é um comando jurídico. Visto que a teoria do direito de Austin é categoricamente redutora, ele teve que oferecer uma definição de soberania que é dada em termos não jurídicos. Afinal, todo o propósito da teoria de Austin é oferecer uma explicação do direito em termos de outra coisa, mais básica e factual por natureza. E é precisamente essa tentativa de reduzir o direito a fatos de um tipo não normativo que torna a teoria de Austin um exemplo paradigmático de positivismo jurídico. Assim, Austin definiu a soberania política em termos sociológicos, consistindo em fatos sociais sobre hábitos de obediência: Uma pessoa, ou grupo de pessoas, que é habitualmente obedecido por uma determinada população e não tem o hábito de obedecer a ninguém, é o soberano político" (MARMOR, 2011, p. 44-45, tradução nossa)

sua produção intelectual, e mais o legado de Austin para a teoria jurídica do mundo anglófono.

Austin, em sua obra magna, pôs em prática a sua ambição de desenvolver "a ciência da jurisprudência": ele decretou que a pergunta "o que é o direito?" é o questionamento para o qual a análise filosófica tem de se dirigir. O propósito da jurisprudência, de acordo com Austin, é identificar a natureza ou essência do direito pelas características necessárias e essenciais que o compõem (1995, p. 117). Austin argumentou que entender o direito como comando é a "chave para as ciências da jurisprudência e da moral" (1995, p. 21). Desse modo, a contribuição de Austin que pretendemos considerar no presente trabalho é justamente o seu gesto teórico de delimitar o domínio e o alcance metodológico da *jurisprudence*. Austin foi o primeiro teórico jurídico a abordar a teoria do direito de forma *analítica* e *positivista*, em contraste com abordagens do direito mais fundamentadas na história ou na sociologia, ou em argumentos sobre o direito que eram da competência de teorias morais e políticas. Segundo Bix:

> A maior parte dos importantes trabalhos teóricos sobre direito anteriores a Austin tratou a jurisprudência como se fosse meramente um ramo da teoria moral ou da teoria política: perguntando como o estado deveria governar? (e quando os governos eram legítimos?) e em que circunstâncias os cidadãos tinham a obrigação de obedecer ao direito? Austin especificamente, e o positivismo jurídico em geral, ofereceram uma abordagem bastante diferente do direito: *como um objeto de estudo "científico"*, *dominado nem pela prescrição nem pela avaliação moral*. (2018, *grifos nossos*)[77]

Livre das influências políticas, morais, religiosas, etc., Austin adota em sua obra um método que visa elucidar analiticamente os conceitos-chaves da prática jurídica como norma, validade, comando, sanção, coerção, soberania, dever, responsabilidade, etc. Trata-se de uma abordagem descritiva (identificando as características essenciais do direito) e geral (transcendendo quaisquer práticas particulares ou locais e abrangendo todas as áreas de

[77] No original: "Most of the important theoretical work on law prior to Austin had treated jurisprudence as though it were merely a branch of moral theory or political theory: asking how should the state govern? (and when were governments legitimate?), and under what circumstances did citizens have an obligation to obey the law? Austin specifically, and legal positivism generally, offered a quite different approach to law: as an object of "scientific" study (Austin 1879: pp. 1107–1108), dominated neither by prescription nor by moral evaluation".

investigação sobre o direito). Segundo Finnis, Austin almejava “simplicidade e precisão” (2007, p. 18). Daí que as teorias normativas passaram a ser rejeitadas em decorrência de seu caráter supérfluo para a atividade de advogados e juristas, os quais estavam satisfeitos com os resultados dos esforços da jurisprudência analítica, uma vez que estes forneciam clareza, objetividade, sistematicidade, cientificidade, etc. à análise do direito aplicado. Segundo Postema, “a abordagem de Austin simplesmente se encaixava no temperamento particular da mentalidade jurídica da época” (2011, p. 29)[78].

Embora os esforços do próprio Austin para fornecer uma resposta convincente tenham sido infrutíferos e pouco duradouros (a sua teoria das ordens coercitivas nunca foi exatamente popular), sua intenção pioneira em delinear o “território” intelectual no qual esses esforços ocorreram e sugerir formas legítimas de realizá-los tornou-se o *modus operandi* oficial dos juristas. A jurisprudência austiniana tornou-se, assim, a jurisprudência *tout court*.

Esta postura metodológica volta-se contra tradição da lei natural, que articula as teorias jurídicas com teorias políticas e morais. Assim, em contraste, o positivismo jurídico austiniano defende que não só é possível, como é também desejável que um teórico desenvolva uma filosofia jurídica descritiva e, para usar uma terminologia contemporânea, “livre de valor” (*value-free*) ao invés de “carregada de valor” (*value-laden*). Disso não se segue que um tratamento crítico, moral e político dos sistemas jurídicos seja irrelevante. Mas o teórico positivista insiste que uma abordagem descritiva neutra do direito é desejável, tanto em si mesmo, quanto tendo em vista o seu papel como base preliminar para avaliação crítica-moral dos conceitos normativos pertencentes ao domínio jurídico. (BIX, 2018).

Nesse sentido, é possível afirmar que o positivismo jurídico, desde suas origens austinianas, fornece não só uma teoria de primeira ordem, que defende a separabilidade fundamental entre o direito e a moral (ou a política, ou a religião, etc.), mas também uma teoria de segunda ordem (teoria sobre

[78] Mas é importante ressaltar que a rejeição era recíproca: “Podemos atribuir o domínio da jurisprudência analítica na primeira metade do século a dois fatores complementares: a perda de interesse da filosofia britânica pela jurisprudência e o desinteresse histórico dos advogados da *common law* pela filosofia. De Platão a Mill, os filósofos consideraram o direito como um importante assunto de estudo sistemático, mas por quase um século depois de Mill, a filosofia britânica não tinha quase nada a dizer sobre questões jurídicas fundamentais, deixando o estudo do direito inteiramente para os advogados que deixaram sua marca distintiva nesse projeto” (POSTEMA, 2011, p. 29, tradução nossa).

teorias), pois defende uma estratégia metodológica neutra e descritiva de análise dos conceitos da prática jurídica delimitando, assim, o alcance epistêmico da jurisprudência.

3.2 Hart e o ponto de vista interno

Entretanto, a influência de Austin recebeu um forte abalo após a crítica de H. L. A. Hart. A fase que designamos *hartiana* indica então, o período que se sucede à ampla divulgação do (e adesão ao) método jurisprudencial de Hart, principalmente a partir do lançamento de CL em 1961. Com efeito, a intervenção de Hart gerou uma virada substantiva e metodológica na teoria do direito (MACEDO, 2013, p. 21-28), fornecendo uma compreensão mais adequada do fenômeno jurídico, superando a teoria dos comandos de Austin que havia dominado jurisprudência inglesa até então, bem como a hipótese do realismo (tanto americano quanto escandinavo) que interpretava o direito apenas como fenômeno empírico e factual e, portanto, altamente preditivo.

Neste contexto, pensadores renomados como, por exemplo, Joseph Raz, Scott Shapiro, Andrei Marmor, Julie Dickson, Gerald Postema, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, além do próprio John Finnis, tratam muitas das contribuições de Hart como pressupostos teóricos. De fato, pode-se dizer que, hoje, o vocabulário teórico da *jurisprudence* é substancialmente influenciado pela abordagem hartiana, cujo impacto e magnitude são incontestáveis.

Um desses pressupostos é a concepção metodológica que articula a abordagem ortodoxa da jurisprudência (Bentham e Austin) com a metodologia conceitual da filosofia analítica – em síntese, a tradição que se iniciou a partir de Gottlob Frege, George Edward Moore e Bertrand Russell no início do século passado e cuja ênfase, *ex vi termini*, é na análise conceitual e na importância da linguagem para a reflexão filosófica. Particularmente a Hart, foram relevantes as descobertas dos filósofos analíticos da linguagem ordinária, tais como Peter Strawson, Gilbert Ryle e John Langshaw Austin, com quem Hart dialogava frutuosamente em Oxford na década de 1950.

Assim, no prefácio de CL (2009, IX-XI), Hart definiu seu projeto teórico como “jurisprudência analítica” e “sociologia descritiva”: é jurisprudência analítica na medida em que elucida avaloralivamente as categorias relevantes

do pensamento jurídico; e é sociologia descritiva na medida em que esclarece, mediante o exame do significado das palavras no uso da linguagem comum, as práticas sociais nas quais os indivíduos empregam tais categorias jurídicas.

Além de fomentar um novo método jusfilosófico, Hart defendeu em CL outras ideias que se tornaram canônicas: a compreensão de direito como regra e não como comando e, portanto, a superação do modelo austiniano; o aspecto interno e o aspecto externo das regras que supera a visão preditiva do direito; o ponto de vista externo e o ponto de vista interno, cujas considerações atuam como diretriz metodológica; a noção de direito como união entre regras primárias e secundárias e a consequente existência da regra de reconhecimento; a textura aberta das regras, que explica a equivocidade da linguagem jurídica; além de outras contribuições substantivas sobre a relação entre direito e moral, direito e coerção, direito internacional etc.

Para os nossos propósitos, cabe analisar mais detidamente o *ponto de vista interno*, o qual desempenha um papel estrutural em toda jurisprudência contemporânea, restituindo no domínio metodológico a consideração do caráter normativo do direito, o qual fornece razões para ação.[79]

Segundo Hart, ao contrário dos hábitos de obediência, as regras têm um *aspecto* ou *sentido interno*, o qual está associado à atitude crítica e reflexiva dos indivíduos em relação às regras, os quais as veem como fontes de orientação prática. Por um lado, as regras compartilham com os hábitos o *aspecto* ou *sentido externo* manifestado na regularidade das condutas, na prática geral reiterada. No entanto, esse sentido externo é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência de uma regra, sendo necessária também uma atitude interna do grupo social no qual a conduta regular ocorre.[80]

---

[79] Joseph Raz, por sua vez, designa esta perspectiva como "ponto de vista jurídico" (*legal point of view*). Segundo Raz: "The legal point of view (of system S), we could say, consists of the norms of S and any other reasons on which the norm subjects of S are required to by the norms of S to act. The ideal law-abiding citizen is the man who acts from the legal point of view. He does not merely conforms to law. He follows legal norms and legally recognized norms as norms and accepts them also as exclusionary reasons for disregarding those conflicting reasons which they exclude." (RAZ, 1999, p. 71)

[80] Para ilustrar estes dois aspectos, Hart usa o exemplo do xadrez. Tomamos a liberdade de utilizar como exemplo um esporte mais próximo da realidade nacional: o futebol. Ao observar uma partida do esporte bretão, é possível perceber que por meio de dribles, bola parada e outros recursos ensaiados ou não pelo treinador, os atletas dos dois times têm um *hábito* de ir em direção à trave adversária e chutar a bola para dentro do gol. Trata-se de um

De fato, é possível ter um interesse nas regras como mero observador externo que não as aceita; ou, ainda, relacionar-se com elas como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. A postura do observador é designada *ponto de vista externo*, enquanto que a perspectiva do agente que aceita as regras é designada *ponto de vista interno*. No que se refere ao ponto de vista externo, o observador pode, de fato, constatar a realidade das regras levando em conta o ponto de vista do agente que as aceita, no entanto ele pode também tratar as regras desconsiderando esse ponto de interno – chamaremos esta posição de *ponto de vista externo extremo*. Segundo Hart: "Tal observador se contenta em registrar as regularidades do comportamento observável nas quais consiste parcialmente a obediência às normas, e as outras reações regulares – reações hostis, recriminações ou punições – aos desvios ou infrações das normas". (HART, 2009, p. 115)

O ponto de vista externo extremo consiste, então, na perspectiva de um observador que não participa daquele determinado sistema de regras e que enxerga apenas a regularidade das ações desse sistema, fornecendo, assim, uma compreensão preditiva do direito que contempla somente o aspecto empírico das regras.

Contudo, se o teórico adotar somente esse ponto de vista observador externo extremo, haverá um déficit na compreensão das regras sociais: o comportamento do grupo social será interpretado como mero movimento de corpos, e não como uma conduta deliberada de aceitação das regras. Para corrigir essa limitação, Hart indica a necessidade de o teórico levar em conta o ponto de vista interno: trata-se da perspectiva dos participantes do sistema de regras que enxergam o direito como regras obrigatórias válidas, as quais servem como padrões de comportamento a partir dos quais é possível julgar e

---

movimento padrão, regular, altamente preditivo para o qual os atletas treinam repetidas vezes. No entanto, apenas identificando o aspecto externo do movimento dos times em direção ao gol adversário não é possível explicar plenamente uma partida de futebol. É preciso levar em conta também a atitude crítica e reflexiva que têm esses atletas em relação ao padrão de comportamento das equipes: antes de começar uma partida, eles já encaram as regras do futebol (como, por exemplo, a de que somente goleiros podem usar as mãos) como padrão geral de conduta que será respeitado por todos os jogadores. Cada um deles não apenas joga tendo em vista a trave adversária e a proteção da própria trave, como também tem uma opinião formada sobre o quanto é correto e adequado que todos joguem daquela maneira. Seria inapropriado fornecer a análise de uma partida de futebol sem levar em conta essas duas dimensões.

criticar sua conduta e a dos outros – expressa, portanto, a propriedade normativa das regras sociais. Hart ilustra a diferença entre ambos os pontos de vista a partir das regras de trânsito: o teórico que adota somente o ponto de vista externo extremo enxerga essas regras como sinais naturais que indicam o movimento dos carros, e não como razões que movem a ação dos motoristas:

> Agindo assim [adotando o ponto de vista externo extremo], ele omitirá toda uma dimensão da vida social daqueles a quem observa, já que, para estes, a luz vermelha não é apenas um sinal de que os outros irão parar: eles a veem como um *sinal para que* eles próprios parem e, portanto, como uma razão para parar, conformando-se assim às normas que tornam a parada quando o farol está vermelho um padrão de comportamento e uma obrigação. (HART, 2009, p. 116).

O que Hart está dizendo é o seguinte: se o teórico quiser desenvolver uma teoria do direito terá de reconhecer, no direito, tanto um elemento empírico quanto um elemento normativo, e adotar um ponto de vista metodológico que contemple ambos os elementos.

No entanto, a tese de Hart guarda mais sutilezas. Existe, de fato, um ponto de vista externo extremo no qual só há uma visão empírica dos fatos que estão jogo, o que acarreta uma leitura meramente preditiva do direito. Mas o teórico jurídico competente não é aquele que assume o ponto de vista interno – ou seja, ele não necessariamente pertence ao sistema jurídico –, nem é aquele que adota o ponto de vista externo extremo – pois, se assim o fizer, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, a saber, a dimensão eminentemente normativa. Intermediário a esses dois pontos de vista está o ponto de vista externo não-extremo que consiste no:

> (...) ponto de vista de uma pessoa que entende e procura descrever as regras jurídicas como estas são consideradas do "ponto de vista interno", independentemente de qualquer compromisso que ele mesmo tenha a favor ou contra essas regras em seu aspecto interno.
> Para ser "alguém de fora", nesse sentido, não é condição necessária o pertencimento ou não pertencimento ao grupo regido por essas regras jurídicas (ou, *mutatis mutandis*, algum outro conjunto ou sistema de regras sociais). É necessário apenas separar as questões dos próprios compromissos, da moral crítica, do pertencimento ou não ao grupo, a fim de cuidar estritamente da tarefa do teórico descritivo ou social

> preocupado em descrever as regras como elas são aos olhos daqueles para quem essas regras existem. (MACCORMICK, 2010, p. 58)

Para um teórico como Hart, que considera “a tarefa central da filosofia do direito (...) explicar a força normativa das proposições sobre o direito que se encontram tanto em textos jurídicos acadêmicos como no discurso de juízes e advogados” (HART, 2010, p. 20), as descrições do observador que adota o ponto de vista externo extremo podem até oferecer algumas informações úteis, mas acabam por negligenciar a prática social normativa que é o direito.

Quando uma prática social é regida por regras, as pessoas não as enxergam apenas como uma crença de que estão obrigados, mas sim como obrigações jurídicas efetivas – ou, como diria Finnis, dotadas de normatividade e diretividade fornecendo razões para ação. As regras são guias para a conduta social, e uma descrição do funcionamento do direito que ignore esses fatos deve ser descartada. Ao invés de adotar o ponto de vista externo extremo, é necessário, segundo Hart, que o teórico empregue um método hermenêutico que leve em consideração o ponto de vista interno. Na seguinte citação, Hart explica em que sentido é possível afirmar que a sua metodologia é hermenêutica:

> Minha principal objeção a essa redução das proposições do direito, suprimindo seu aspecto normativo, é que ela deixa de observar e de explicar a distinção crucial que há entre a simples regularidade de comportamentos humanos e o comportamento regulado por regras. Ela descarta, assim, algo vital para o entendimento não só do direito, mas de qualquer forma de estrutura social normativa. Para entender esse fenômeno, a metodologia das ciências empíricas é inútil; o que é necessário é um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados. Minha explicação para essa distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de “aceitação” de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta forma, de uma atitude que desenvolve um “ponto de vista interno” (HART, 2010, p. 15)

Este método hermenêutico, que supera a visão preditiva do modelo austiniano clássico, é garantido pelo observador que adota o ponto de vista

não-extremo, o qual, como veremos a seguir, realiza uma descrição não engajada do direito.

Em síntese, o pensamento de Hart é marcado por uma notável reabilitação das considerações normativas na filosofia jurídica. Segundo Finnis, as teorias jurídicas dotadas de propósitos normativos consistem na extensão adequada da recuperação estratégica de razões práticas como fundamento e método do direito em Hart. (FINNIS, 2011b, p. 11)[81] Isto é, Hart deu a abertura para teorias normativas robustas tais como o jusnaturalismo.

3.3 A jurisprudência contemporânea

A teoria de Hart, por sua vez, recebeu fortes críticas ao longo dos anos. Interessa-nos aqui as consequências dessas críticas para sua metodologia. De fato, Hart precisou esclarecer a natureza de sua metodologia principalmente graças ao debate na década de 1980 travado com Ronald Dworkin, o qual criticou o método jurisprudencial do positivismo vigente. Segundo Dworkin, o direito é um conceito interpretativo cuja metodologia é necessariamente avaliativa; trata-se de uma teoria fortemente engajada e normativa. Para isso, Dworkin se vale de argumento dos desacordos teóricos e do argumento relacionado ao "ferrão semântico". A prática jurídica, então, teria uma característica política que o positivismo analítico desconsiderou. Em suma, a jurisprudência (teoria jurídica) é, para Dworkin, "o prólogo silencioso a qualquer decisão judicial no direito" (DWORKIN, 1986, p. 90)[82][83] No entanto, embora suas contribuições sejam dignas de uma atenção minuciosa, o pensamento de Dworkin não é objeto deste trabalho.

O debate Hart-Dworkin ganhou uma proporção renovada após a publicação do pós-escrito de CL em 1994. O objetivo principal de Hart no pós-escrito era responder à crítica de Dworkin. Hart distinguiu sua própria metodologia da metodologia de Dworkin. Segundo Hart, a jurisprudência

[81] No original: "Normative legal theory is the proper extension of his strategic recovery of practical reasons as law's foundation and method, an extension freed from his serious mistakes about normative legal theory's incapacity (he claimed) to handle the study of vicious or other defective instances of law and legal system."

[82] No original: "Jurisprudence is the general part o f adjudication, silent prologue to any decision at law."

[83] Para uma leitura de Finnis ao "*Law´s Empire*" de Dworkin: "*Reason and authority in Law´s Empire*", presente no capítulo 12 do CEJF IV (2011b)

normativa de Dworkin buscou justificar o direito e considerou seu escopo local, mas o projeto de Hart, em contraste, era geral em seu escopo e descritivo, isto é, neutro (2009, pp. 309-315)[84] O direito, de fato, possui um aspecto normativo incontornável, mas Hart insistiu que seu objetivo era fornecer uma explicação desengajada com qualquer normatividade moral. Segundo ele, o seu empreendimento é radicalmente diferente da teoria de Dworkin (2009, p. 310). Em suma, a crítica de Dworkin falhou em refutar a teoria hartiana uma vez que, dentre outras razões, os dois não estão competição tendo em vista realizarem projetos metodológicos distintos.

Além do mais, Hart reafirma a abordagem hermenêutica na consideração de fenômenos sociais: a saber, que uma descrição adequada de uma prática social humana deve penetrar no modo como os participantes da prática compreendem o seu significado e o seu propósito (ponto de vista interno). No entanto, segundo ele, é possível descrever o caráter normativo-avaliativo que uma prática representa para seus participantes sem se envolver avaliativamente com seu conteúdo: "A descrição não deixa de ser uma descrição, mesmo se aquilo que ela descreve é uma avaliação." (2009, p. 315)

Sob este ângulo, é possível afirmar que a observação de Hart sobre a teoria de Dworkin cabe parcialmente à teoria da lei natural de Finnis, uma vez que esta também possui o compromisso normativo contra o qual Hart se opõe. Retomaremos a este ponto na seção final do presente capítulo.

O debate Hart-Dworkin, que teve como fruto o pós-escrito de CL, foi decisivo para instituir um novo panorama na jurisprudência analítica. A fase *pós-hartiana*, desse modo, refere-se ao período que sucede à publicação do pós-escrito de CL (1994); refere-se, portanto, à fase que, com algumas ressalvas, permanece a mesma até hoje. Após os quase trinta anos passados, então, a configuração do debate jurisprudencial analítico que orbita a obra de

[84] "Meu objeto neste livro foi apresentar uma teoria do direito que fosse ao mesmo tempo geral e descritiva. É *geral* no sentido de que não se vincula a nenhum sistema jurídico ou cultura jurídica específicos, mas busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa, dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, "normativo"). (...) Minha exposição é *descritiva* no sentido de que é moralmente neutra e não tem fins de justificativa: não busca justificar, com base em fundamentos morais ou outros, ou recomendar as formas e estruturas que aparecem em minha descrição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, a meu ver, uma condição preliminar importante para qualquer crítica moral frutífera do direito" (HART, 2009, p. 309, *grifos no original*)

Hart pode ser dividida nas seguintes correntes principais: o positivismo jurídico inclusivo ou incorporacionista, defendido Wilfrid Waluchow, Jules Coleman e Kenneth Himma; o positivismo jurídico exclusivo, defendido por Joseph Raz, Andrei Marmor e Scott Shapiro; o positivismo jurídico hartiano pré-inclusivo defendido por David Lyons, Philip E. Soper e Leslie Green; o positivismo jurídico "normativo" ou "ético" defendido por Neil MacCormick (institucionalismo), Tom Campbell, Jeremy Waldron e Frederick Schauer (positivismo jurídico presumido); e as duas posições anti-positivistas mais célebres: o interpretativismo de Ronald Dworkin e o jusnaturalismo neoclássico de Finnis[85].

Foge ao escopo deste trabalho analisar detidamente as nuances e as sutilezas dos argumentos que demarcam essas posições (como, por exemplo, a discussão entre inclusivistas e exclusivistas quanto à possibilidade de a regra de reconhecimento incorporar ou não critérios morais). Cabe, no entanto, assinalar o que se costuma entender no debate jurisprudencial como *positivismo jurídico*.

Na seção 3.1, indicamos que Austin fixa como dogma do positivismo jurídico a *tese da separabilidade*, segundo a qual o direito é uma coisa e a moral (o mérito do direito) é outra coisa. No entanto, na linha de Charles Froehlich (2017), entendemos que a tese da separabilidade é apenas uma subtese do positivismo jurídico. Em verdade, o que unifica todos os autores positivistas é a adesão à *tese das fontes*, segundo a qual as condições de validade e de existência do direito dependem de suas fontes sociais, e não de seus méritos. Para que se determine o conteúdo e a existência do direito seria necessário recorrer não a argumentos morais, mas sim aos fatos sociais das instituições humanas, tais como a própria legislação, as decisões judiciais, etc. Segundo John Gardner: "Em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela é parte do direito daquele sistema, ela depende somente de suas fontes e não de seu mérito" (2001, p. 199). Essa é a definição básica da tese das fontes já sugerida por John Austin, mas renovada por teóricos jurídicos contemporâneos como Joseph Raz (1999),

[85] Julie Dickson, autora que empreende um esforço notável em organizar os pontos do debate metodológico e que é uma de nossas principais referências, considera que os chamados *Critical Legal Studies* (CLS) não pertencem (ou pertencem imperfeitamente) ao âmbito da jurisprudência analítica. (2011, p. 21, n. 28).

John Gardner (2001), Leslie Green (2019) e outros. Segundo eles, o direito só é direito quando originado por práticas, fatos ou fontes sociais.

Subjacente, mas não logicamente necessária à estratégia positivista de afastar a moralidade na consideração sobre a validade e existência do direito – tese das fontes sociais – está a orientação metodológica que designamos *tese da neutralidade*, a qual corresponde à tentativa de isolar a descrição da avaliação (ou ainda, da avaliação em um sentido forte, moral, substantivo). Como vimos, a *tese da neutralidade* já estava presente, ainda que de modo embrionário, nas origens austinianas da jurisprudência analítica. Um dos propósitos do presente trabalho é analisar criticamente a tese da neutralidade, mas será inevitável tecer considerações eventuais sobre a tese das fontes (vide seção 1.3 sobre direito como fato e como razão).

Dito isso, cabe ressaltar que a concepção metodológica de Hart e dos positivistas ortodoxos pôde se afirmar no debate jurisprudencial contemporâneo sob a forma da posição designada *positivismo jurídico metodológico* que difere do *positivismo jurídico substantivo*. Em explicação didática, Stephen Perry afirma que:

> O positivismo jurídico substantivo é a visão segundo a qual não há conexão necessária entre a moralidade e o conteúdo do direito. O positivismo jurídico metodológico é a visão segundo a qual a teoria do direito pode e deve oferecer uma descrição normativamente neutra de um fenômeno social específico, a saber, o direito. O positivismo metodológico sustenta, podemos dizer, não que não haja conexão necessária entre moralidade e direito, mas sim que não há conexão, necessária ou não, entre moralidade e teoria jurídica. As respectivas reivindicações de positivismo substantivo e metodológico são, pelo menos na superfície, logicamente independentes. (1998, p. 427)[86]

[86] No original: “Substantive legal positivism is the view that there is no necessary connection between morality and the content of law. Methodological legal positivism is the view that legal theory can and should offer a normatively neutral description of a particular social phenomenon, namely law. Methodological positivism holds, we might say, not that there is no necessary connection between morality and law, but rather that there is no connection, necessary or otherwise, between morality and legal theory. The respective claims of substantive and methodological positivism are, at least on the surface, logically independent. Hobbes and Bentham employed normative methodologies to defend versions of substantive positivism, and in modern times Michael Moore has developed what can be regarded as a variant of methodological positivism to defend a theory of natural law.”

Para os nossos propósitos, falar em “tese da neutralidade” e “positivismo metodológico” é designar a mesma posição teórica[87]. Assim, convém trazer à tona um olhar mais atento à tese da neutralidade. Selecionamos como referencial teórico Julie Dickson, que forneceu um desafio bastante sofisticado aos argumentos em defesa do caráter avaliativo engajado nas descrições. De fato, a autora critica diretamente a metodologia jusnaturalista de Finnis e, desse modo, merece nossa atenção.

3.4 O desafio raziano de Julie Dickson

Em “*Evaluation and Legal Theory*” (2001), Julie Dickson analisa o método nas teorias de Joseph Raz, John Finnis e Ronald Dworkin. Em verdade, a autora defende a posição de Raz em contraposição aos outros dois – ou seja, o argumento de Dickson é principalmente raziano. Como um de nossos propósitos neste capítulo é tratar do embate Dickson (Raz) x Finnis, o embate com Dworkin não receberá nossa atenção.

Na introdução de sua obra, Dickson afirma que pretende analisar três teses: (i) a *tese da avaliação moral*, segundo a qual, para compreender o direito de forma adequada, um teórico do direito deve avaliar moralmente o direito; (ii) a *tese da justificação moral*, segundo a qual, para compreender o direito de forma adequada, um teórico do direito deve considerar o direito um fenômeno moralmente justificado; e, (iii) a *tese das consequências morais benéficas*, segundo a qual julgamentos de valor relativos às consequências morais benéficas de adotar uma certa teoria do direito podem legitimamente figurar nos critérios de sucesso das teorias jurídicas. (2001, p. 9). Para os nossos propósitos, iremos analisar mais especificamente a taxonomia que Dickson emprega para refutar a chamada tese da avaliação moral e da justificação moral que ela atribui a Finnis.

Dickson defende a abordagem geral e descritiva da jurisprudência analítica, isto é, investiga qual é a natureza do direito identificando quais são

[87] Perry considera que o positivismo metodológico não é necessariamente vinculado ao positivismo substantivo. Seria possível a um teórico aderir à tese da neutralidade, em segunda ordem, mas em primeira ordem não ser positivista – e vice-versa. Segundo Perry: “Hobbes e Bentham empregaram metodologias normativas para defender versões do positivismo substantivo, e nos tempos modernos Michael Moore desenvolveu o que pode ser considerado uma variante do positivismo metodológico para defender uma teoria da lei natural” (1998, p. 427, tradução nossa).

propriedades e características essenciais que um determinado conjunto de fenômenos deve exibir para ser considerado direito em qualquer tempo e em qualquer lugar. (DICKSON, 2001, p. 17-18)[88] De fato, esta formulação é baseada diretamente em um artigo de Raz: "*Can There Be a Theory of Law*" (1996). Raz estabelece uma diferença entre a investigação acerca da *natureza do direito* da investigação acerca do *conceito de direito*. Segundo Raz, o conceito de direito está associado à forma como as pessoas de determinada sociedade percebem a realidade jurídica, enquanto que a natureza do direito refere-se às características essenciais que o direito, em qualquer sociedade, deve possuir para ser direito. A tarefa dos teóricos do direito é, portanto, primariamente explicar sua natureza, suas características essenciais, e, em segundo lugar, explicar o conceito de direito que as pessoas desenvolveram.

Voltando à obra de Dickson, o objetivo dela é defender que uma teoria pode ser bem-sucedida sem precisar recorrer a considerações normativas morais, isto é, sem defender a *tese da avaliação moral*. Para o sucesso da teorização, basta que tais considerações sejam *proposições avaliativas indiretas* (não comportem valores morais) as quais constituem uma *teoria indiretamente avaliativa*. A teoria de Finnis é, por outro lado, na terminologia dicksoniana, uma *teoria diretamente avaliativa*, pois contém *proposições avaliativas diretas* (que comportam valores morais). Segundo ela, projetos tais como os da tradição da lei natural são excessivos, pois dão um passo além do necessário. Nas palavras da autora, a tese finnisiana é um argumento que "não tem lugar onde parar" (*has no place to stop*) (2001, p. 48)

Dickson afirma que a maior parte da terminologia empregada pela literatura acadêmica para determinar a natureza dos empreendimentos teóricos jurisprudenciais (tal como: jurisprudência descritiva x jurisprudência normativa, "o que o direito é" (*is*) *x* "o que o direito deve ser" (*ought*), teorias descritivas x teorias prescritivas, explanatórias x justificatórias, *value-free* x *value-laden*, etc.) provocam confusão e mal-entendido. Um desses aspectos é a questão sobre o

[88] "In this work, I am using "the nature of law" to refer to those essential properties which a given set of phenomena must exhibit in order to be law. The task of analytical jurisprudence, then, is to search for and explain those properties of law which make it into what it is. Such properties are evidently ones which law, at any time, and in any place, must exhibit. This being the case, another way of characterizing the task of analytical jurisprudence is to say that it is concerned with the nature of law in the abstract, as opposed to the way in which it is instantiated in particular legal systems."

papel da avaliação. Tradicionalmente, costuma-se classificar certas teorias – por exemplo, o positivismo jurídico – como teorias livre de valores. Dickson, no entanto, defende que há uma concepção intermediária sobre o uso dos valores, os quais, segunda ela, são indispensáveis na descrição, mas não chegam a ser valores morais.

De fato, existem dois sentidos para se qualificar como *valorativa* uma teoria: um sentido que é banal, e outro que é relevante. O sentido banal diz respeito às virtudes meta-teóricas ou "valores puramente meta-teóricos" que toda teoria bem-sucedida deve ter: simplicidade, clareza, elegância, abrangência e coerência. Qualquer ciência descritiva almeja obter estas qualidades.[89] Mas o ponto nevrálgico da tese Dickson refere-se ao papel das avaliações em um sentido relevante. Tal como a própria autora observa, tanto Finnis quanto Raz concordam que uma teoria jurídica adequada, que satisfaz plenamente seus interesses explanatórios, precisa conter alguma avaliação. Porém, os dois autores divergem quanto ao que está envolvido nessa avaliação (DICKSON, 2001, p. 38)

Raz e Finnis estão de acordo com certo aspecto da natureza do *subject-matter* que é objeto de elucidação por parte do teórico jurídico. Raz afirma que o "ao contrário dos conceitos de 'massa' ou 'elétron', 'o direito' é um conceito usado pelas pessoas para entenderem elas mesmas. (...) É uma grande tarefa da teoria jurídica avançar o nosso entendimento sobre a sociedade nos ajudando a entender como as pessoas entendem elas mesmas". (RAZ apud DICKSON, p. 40). Para isso, o engajamento do teórico jurídico é indispensável: é preciso que ele participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas (FINNIS, 2007, p. 17).

Ambos concordam, portanto, que é preciso, em suma, *avaliar* considerando o que é importante e significativo sobre a prática social que está sendo analisada. E isto vai além de meros "valores meta-teóricos". Com efeito, o que separa os dois teóricos é que, tal como já vimos, em Finnis, *avaliar* significa *avaliar normativamente* ou *praticamente*, o que, em termos diretos, constitui uma avaliação *moral*. Raz, por outro lado, considera que é possível

[89] "This state of affairs means that legal theorists who wish to communicate arguments effectively, as much as theorists of any other sort, must necessarily be in the business of making evaluative judgements in the course of constructing their theories so as to ensure that they exhibit these virtues to the highest possible degree." (DICKSON, 2001, p. 33)

avaliar as atitudes, crenças, etc. das pessoas que estão envolvidas em certa ordem jurídica, sem, no entanto, engajar-se moralmente com elas. Raz, portanto, está de acordo com Hart, segundo o qual é possível descrever práticas normativas sem avaliá-las normativamente.

De fato, Dickson embarca na tarefa de defender a tese de Raz perante o desafio jusnaturalista de Finnis. Assim, Dickson se questiona: "como é possível para uma teoria jurídica fazer julgamentos avaliativos sobre o seu *subject-matter* de uma maneira adequadamente explanatória, e ao mesmo tempo sustentar que a teoria jurídica não está se engajando com julgamentos sobre o mérito moral de características do direito?" (2001, p. 51)[90]. Para resolver este quebra-cabeça, Dickson lança mão de uma taxonomia particular.

Segundo Dickson, há duas categorias ou tipos de proposições avaliativas. Há *proposições diretamente avaliativas* que avaliam valores, tais como "X é bom". No direito, estas proposições podem ser verificadas nas seguintes sentenças: "obedecer ao direito é bom"; "há uma obrigação geral de obedecer ao direito"; "o direito tem necessariamente autoridade moral", e "o direito é moralmente justificado". No entanto, é possível, no processo de teorização jurídica, avaliar quais características do direito são importantes e significativas para serem explicadas sendo sensível ao modo pelo qual o direito é entendido por aqueles que vivem sob ele. Dizer, por exemplo, que o "caráter obrigatório é um aspecto importante do direito" não significa avaliá-lo diretamente. Dickson designa sentenças como esta como sendo *proposições indiretamente avaliativas*. (2001, p. 52-53)

A natureza das proposições avaliativas condiciona a natureza das teorias jurídicas que defendem tais proposições. Assim, uma *teoria diretamente avaliativa* será uma teoria jurídica que contém ao menos uma proposição avaliativa direta sobre as características do direito – Finnis representa este tipo de abordagem. Raz, por outro lado, representa a abordagem de uma *teoria indiretamente avaliativa*, isto é, uma compreensão do direito que sustenta apenas proposições avaliativas indiretas sobre a importância e a significância de certas características do direito. (2001, p. 65-66)

[90] No original: "(…) how is it possible for a legal theory to make evaluative judgements about its subject matter in the way which it must in order to be explanatorily adequate, and yet simultaneously to hold that it is not engaging in judgements of the moral merit of features of the law?"

Dickson serve-se do exemplo de um agnóstico descrevendo uma Missa católica. Imagine um observador agnóstico que quer entender uma Missa católica romana a que ele está assistindo. Para ter sucesso em sua tarefa, esse observador obviamente terá de se engajar em um trabalho avaliativo, pois para entender a Missa, ele terá de entender, entre outras coisas, as características de uma Missa bem celebrada. Isso exigirá uma avaliação sobre o que é importante e significativo para as várias partes envolvidas na Missa. O observador agnóstico estará, portanto, inevitavelmente fazendo julgamentos sobre quais são as características mais importantes ou significativas da Missa e quais orientações uma Missa bem celebrada deve seguir. Os juízos indiretamente avaliativos do observador sobre a importância de uma determinada característica da Missa serão apoiados ou justificados pelo papel que essa característica desempenha na autocompreensão dos participantes da Missa. Assim, o observador agnóstico não precisa endossar esses valores, nem se posicionar sobre se os participantes estão corretos em suas atribuições de valor espiritual e moral, a fim de compreender quais características da Missa são importantes e significativas para aqueles que dela participam. (DICKSON, 2001, p. 68-69).

Portanto, Dickson considera que uma análise dos aspectos normativos do direito como o seu propósito prático pode ser realizada satisfatoriamente a partir de proposições avaliativas indiretas. Isso significa dizer que, segundo a interpretação de Dickson, Finnis não precisaria adotar critérios de razoabilidade, moralidade ou normatividade prática para descrever adequadamente o direito; bastaria que ele o fizesse realçando o que é “importante e significativo” para o direito. As teorias avaliativas indiretas, como as de Hart e Raz, são superiores porque descrevem as qualidades mais relevantes do direito sem precisar avaliá-los diretamente ou moralmente. Este é o argumento de Dickson.

Nesse sentido, é possível afirmar que Hart, Raz e Dickson são referências importantes como modelos de aplicação e/ou de defesa da abordagem “neutra” ou “indiretamente avaliativa”, segundo a qual, embora seja necessário adotar um ponto de vista interno ou jurídico ou hermenêutico, a teoria jurídica permanece sem endossar moralmente (“diretamente”) os valores que estou em jogo nas práticas sociais. É possível asseverar que a tese da

neutralidade conquistou através das contribuições destes teóricos um grau de refinamento conceitual nos dias de hoje. Na próxima seção, portanto, nosso propósito é trazer algumas críticas possíveis ao que foi exposto até aqui.

3.5 A resposta finnisiana

Nas seções anteriores do atual capítulo consideramos oportuna uma análise panorâmica do projeto metodológico da jurisprudência analítica, uma vez que Finnis teve ao longo dos anos presença regular no debate jurisprudencial e ele mesmo é um dos responsáveis pelo desenvolvimento das reflexões metajurisprudenciais sobre o estatuto e o propósito da teoria do direito.

Sendo assim, partimos do pressuposto de que uma compreensão adequada da jurisprudência analítica depende do entendimento de suas pretensões originárias, especialmente no que se refere às contribuições teóricas de John Austin. Este, por sua vez, ao adotar certa metodologia que visava isolar o domínio jurídico de outros domínios normativos como a moral e a política, exerceu forte influência no pensamento jurídico da época afirmando uma abordagem descritiva, geral e avalorativa que se constitui em uma análise dos conceitos relevantes para o mundo jurídico (coerção, responsabilidade, validade, etc.). Este enfoque metodológico consolidou-se na prática acadêmica da filosofia jurídica anglo-americana.

H. L. A. Hart, teórico jurídico instigado pela filosofia analítica de Oxford, atingiu um sucesso monumental na tarefa de criticar e sofisticar a abordagem dominante: ele demonstrou as fragilidades do modelo austiniano de comandos baseados em ameaças, substituindo-o pela teoria do direito como regras, e demonstrou também as fragilidades dos modelos teóricos que acentuavam o aspecto preditivo do direito e que, com isso, ignoravam o sentido interno das regras referente à atitude crítico-reflexiva dos indivíduos, os quais esperam do direito orientações práticas significativas. Assim, Hart indica que o teórico jurídico, para ser bem-sucedido em seu empreendimento teórico, precisa levar em consideração o ponto de vista interno, perspectiva que comporta a atitude interna (normativa) mediante uma compreensão hermenêutica das práticas

sociais. Este apontamento é assumido, desde então, como diretriz metodológica.

De fato, Hart reabilitou a consideração da normatividade para os propósitos descritivos de uma teoria analítica do direito. No entanto, segundo Hart, a abordagem metodológica permanece não-normativa, pois um teórico está habilitado a descrever avaliações sem avaliar. Perante as críticas de Dworkin, Hart reafirmou o propósito *descritivo*, o alcance *geral* e, assim, a abordagem *livre de valores* de sua teoria analítica do direito, a qual seria distinta de um programa teórico normativo e justificatório. Logo depois, no entanto, o debate jurisprudencial assumiu uma configuração variegada na qual posições que realçam o caráter prescritivo necessário à descrição (vide jusnaturalismo analítico, interpretativismo, positivismo "ético", etc.) protagonizam as disputas metodológicas junto a posições positivistas renovadas e qualificadas. Um destes exemplos é a hipótese de Julie Dickson, a qual, baseada na metodologia conceitual de Joseph Raz, defende que toda teoria jurídica bem-sucedida é imprescindivelmente valorativa, mas tais valores referem-se à importância e significância das características do direito, e não às suas propriedades morais.

Com efeito, a trajetória da jurisprudência analítica coincide, em grande medida, com o próprio amadurecimento do positivismo jurídico e também com o revigoramento da propriedade normativa do direito enquanto componente imprescindível no processo explanatório de uma teoria jurídica bem-sucedida.

Esta exposição panorâmica do percurso histórico da jurisprudência analítica teve dois objetivos. Em primeiro lugar, explicar que tipo de abordagem metodológica é vigente na tradição da jurisprudência e de que maneira tal abordagem se ajusta ao tratamento desengajado que o direito recebe conforme as orientações teóricas do positivismo jurídico. Em segundo lugar, intentamos também mostrar que uma visão preditiva e externa do direito foi superada ao longo das décadas por uma compreensão hermenêutica do direito. Em certo sentido, é possível afirmar que a virada metodológica que Hart promoveu na jurisprudência tem como desdobramento teórico, nos dias de hoje, as críticas normativas, dentre as quais se enquadra a tese finnisiana que elucidamos nos capítulos anteriores. Em outras palavras, intentamos perscrutar a "longa marcha" da jurisprudência analítica:

> Assim, por meio de uma longa marcha através da metodologia de trabalho ou implícita da jurisprudência analítica contemporânea, chegamos à mesma conclusão a que Max Weber chegou com mais rapidez (embora com base em uma ciência social muito mais ampla), qual seja, a de que as avaliações dos próprios teóricos são um componente indispensável e decisivo na seleção ou na formação de quaisquer conceitos a serem usados na descrição de aspectos de assuntos humanos, tais como o direito ou a ordem jurídica. (2007, p. 29)[91]

Isto é, a trajetória tanto da metodologia das ciências sociais quanto da metodologia analítica da jurisprudência (que tem suas origens em Austin e seu apogeu em Hart) aponta para uma superação de certa compreensão preditiva do direito que o vê apenas como fatos exteriores e comportamentos regulares por uma compreensão que, a partir do ponto de vista interno das práticas humanas vigentes, enxerga no fenômeno jurídico o seu caráter normativo robusto – que é, em Finnis, a normatividade prática e moral. Este aspecto fundamental conduziu o teórico jurídico a não ser apenas um observador externo, mas sim se engajar avaliativamente no processo de teorização. Isso não significa dizer que há hoje em dia uma adesão total à posição jusnaturalista, mas sim que argumentos em defesa da consideração altamente engajada da normatividade na descrição do direito ganharam força e são agora oponentes reais ao positivismo jurídico metodológico – configuração esta que seria impensável nos tempos remotos onde vigorava o modelo austiniano de jurisprudência analítica.

Ante o exposto, convém retornar mais particularmente ao pensamento jusnaturalista de Finnis. Em certo sentido, podemos alegar que Finnis é um teórico "híbrido": está com um pé na tradição analítica e com outro fora dela; é tanto um membro desta comunidade quanto um outsider. Que Finnis esteve ao longo das últimas décadas em constante diálogo com os teóricos da agenda jurisprudencial, trata-se de fato inquestionável. Não à toa, ele ocupa hoje uma posição de proeminência entre aqueles que se opõem às teses centrais do

[91] No original: "Thus, by a long march through the working or implicit methodology of contemporary analytical jurisprudence, we arrive at the conclusion reached more rapidly (though on the basis of a much wider social science) by Max Weber: namely, that the evaluations of the theorist himself are an indispensable and decisive component in the selection or formation of any concepts for use in description of such aspects of human affairs as law or legal order."

positivismo jurídico (tal como formuladas pelos seus proponentes). Há de se ressaltar, ainda, o papel decisivo que certas contribuições de Hart desempenharam na concepção metodológica e substantiva de direito defendida por Finnis.

Todavia, como foi possível notar no decorrer desta Dissertação, Finnis transcende e supera as limitações metodológicas da jurisprudência analítica e do positivismo jurídico, esforçando-se por reabilitar a agenda filosófica dos autores antigos/clássicos. De fato, Finnis entende sua teoria como uma *filosofia geral dos assuntos humanos*, aos moldes de Aristóteles e Aquino. Assim, analisamos nos capítulos 1 e 2 não uma metodologia restrita às teorias jurisprudenciais do direito, mas o método intrínseco de uma filosofia prática que abarca a ética, a filosofia política e alcança os propósitos últimos da existência humana.[92] Além disso, no domínio da aplicabilidade teórica de sua metodologia, Finnis emprega a "homonímia *pros hen* ou *aph'henos*" ou "analogia de atribuição ou proporção", que herdou respectivamente de Aristóteles e dos medievais – dispositivo que designamos *analogia da centralidade*. A teoria da lei natural é, nesse sentido, a verdadeira teoria que relaciona descrição e avaliação de modo pleno, e todos os requisitos que Finnis elencou são cumpridos adequadamente por ela.

Com efeito, uma conclusão torna-se possível: as restrições epistêmicas à teoria do direito instituídas pelos principais teóricos positivistas da jurisprudência analítica – seja pela suas próprias escolhas teóricas, seja pelo "temperamento" de suas épocas – são superadas pela amplitude filosófica da teoria da lei natural de Finnis. Este projeto de matriz clássica que foi renovado em Finnis com os avanços das teorias sociológicas e jurisprudenciais não está submetido às amarras estruturais e originárias da jurisprudência tradicional. É como se a "tese da neutralidade" fosse o "pecado original" do positivismo jurídico e de boa parte da tradição jurisprudencial; ao passo que Finnis permanece "imaculado" uma vez que parte de um horizonte epistemológico mais amplo. Este ponto é fundamental para entendermos o argumento de Finnis.

[92] Vide o capítulo décimo terceiro de NLNR, intitulado: "Natureza, Razão e Deus" (2007, p. 353-390). Ademais: CEJF, Vol. V, *Religion and Public Reason*.

Passemos, então, a uma crítica mais direta aos autores supramencionados. Inusitado notar que, se por um lado, Finnis é um crítico dos pressupostos teóricos que limitam estruturalmente a jurisprudência analítica, por outro lado, Finnis é um "revisionista", pois reinterpreta certas categorias jurisprudenciais à luz da lei natural. Podemos verificar este modo de proceder quando pensamos no *ponto de vista prático* (2.4) que Finnis extrai dialeticamente do *ponto de vista interno* hartiano (também chamado de *ponto de vista jurídico* por Raz).

Tal como vimos na seção 3.2, a superação da compreensão preditiva do direito é, em Hart, uma das consequências do descobrimento do sentido interno, bem como o ponto de vista interno no direito. Nas palavras de Finnis:

> Assim, Hart dá prioridade explanatória descritiva às preocupações e avaliações (e, consequentemente, à linguagem) das pessoas que têm um "ponto de vista interno", isto é, aquelas que não apenas "registram e predizem um comportamento que se conforma às regras", ou atentam para as regras "apenas do ponto de vista externo, como um sinal de possível punição", mas "*usam* as regras como padrões para a avaliação de seu comportamento e do comportamento de outrem" (FINNIS, 2007, p 25-26, *grifo no original*)[93]

No mesmo sentido, Joseph Raz adota o "ponto de vista jurídico" (*legal point of view*), que é o ponto de vista das pessoas que acreditam na validade das normas e as seguem (paradigmaticamente, o ponto de vista do juiz *qua* juiz) (FINNIS, 2007, p. 26). Contudo, Finnis considera, ainda assim, a posição de Hart e Raz "instável e insatisfatória" (p. 26): segundo o filósofo jusnaturalista, Hart e Raz se recusam a diferenciar o caso central e os casos periféricos do próprio ponto de vista interno ou jurídico. De fato, Raz quer adicionar, na sua concepção de ponto de vista jurídico, inclusive a visão de um juiz anarquista, cujo propósito é obedecer ao direito na maior parte do tempo para passar despercebido quando for violá-lo.

Nesse momento, é importante chamar atenção para um aspecto do argumento finnisiano: o uso do recurso analógico do caso central se dá em dois

[93] No original: "Thus Hart gives descriptive explanatory priority to the concerns and evaluations (and consequently to the language) of people with an 'internal point of view', viz. those who do not 'merely record and predict behaviour conforming to rules', or attend to rules 'only from the external point of view as a sign of possible punishment', but rather 'use the rules as standards for the appraisal of their own and others' behavior"

momentos de sua metodologia. Isto é, o teórico precisa não só identificar o caso central dentre os casos do direito, mas também identificar, conforme veremos na sequência da exposição, o caso central dentre os diversos pontos de vista. Assim, uma coisa é o caso central do ponto de vista adequado para descrever o direito; outra coisa é o caso central do direito propriamente dito.

Assim, uma vez que o ponto de vista interno ou jurídico contém uma "amálgama de pontos de vista diferentes", é preciso que o teórico descritivo investigue as diferenciações decorrentes desta variedade de pontos de vista – e, assim, identifique o caso central do ponto de vista. Uma das formas pelas quais Finnis extrai essa conclusão é analisando as próprias opções de pontos de vista interno apresentadas por Hart ao longo de sua obra – aqui desponta o que Finnis chama *argumento dialético* (2011c, p. 431). Referindo-se aos motivos pelos quais os grupos sociais podem obedecer ao direito, Hart aduz que: "A lealdade das pessoas ao sistema pode, na verdade, se basear em muitas considerações diferentes: cálculos do interesse a longo prazo; consideração desinteressada por outras pessoas; uma atitude irreflexiva herdada ou tradicional; ou o simples desejo de agir como os demais" (HART, 2009, p. 262)

Portanto, são quatro pontos de vista diferentes: aquele baseado em cálculos acerca de interesse a longo prazo (que designamos P1); atitude não crítica, herdada ou tradicional (P2); mero desejo de fazer como os outros fazem (P3); e, por fim, preocupação desinteressada quanto aos outros (P4). No entanto, Desse modo, como P2 e P3 poderiam ser o caso central do ponto de vista interno se, com eles, não seria possível haver uma evolução de um mundo pré-jurídico ao mundo jurídico? Devemos, então, tratar P2 e P3 como casos periféricos do ponto de vista prático.

No que se refere a P1, o ponto de vista do homem que é movido por mero interesse pessoal atenua qualquer preocupação que se possa ter pela função do direito como resposta a verdadeiros problemas sociais. Segundo Finnis, "[o homem de P1] dilui sua submissão à lei e sua busca de métodos legais de pensamento com doses daquele mesmo interesse pessoal que é uma função elementar do direito (segundo o ponto de vista de todos) subordinar às

necessidades sociais" (FINNIS, 2011c, p. 13)[94]. Desse modo, Finnis remata nesses termos:

> Todas essas considerações e atitudes, portanto, são manifestamente exemplos desviantes, diluídos ou aguados [*watered-down*] do ponto de vista prático que traz o direito como um tipo de ordem social significativamente diferenciado e o mantém como tal. De fato, eles são parasitas desse ponto de vista. (Ibid., p. 14)[95]

Com efeito, dentre as opções fornecidas por Hart, resta P4. Se essa atitude normativa não for moral, como quer Hart, ela será algo que, primeiro, será incerto e, segundo, contemplará a moralidade, de modo que, ainda assim, seria necessária outra diferenciação. P4 nos conduz, em verdade, a um ponto de vista moralmente carregado e significativo – que é o ponto de vista prático.

Desse modo, o caso central do ponto de vista interno é o ponto de vista que lida com *razões* (seção 1.3 da presente Dissertação):

> Tentar compreender o ponto de vista interno não faz nenhum sentido como método na teoria social, a menos que seja concebido como uma tentativa de compreender os bens inteligíveis, as razões para a ação, que foram, estão e estarão disponíveis para qualquer pessoa atuante, qualquer pessoa capaz de deliberação ou de resposta espontaneamente inteligente às oportunidades. (FINNIS, 2011b)[96]

Isto é, o avanço teórico promovido por Hart ao inserir a necessidade de o teórico descritivo contemplar o ponto de vista interno seria inútil, se não houvesse, no núcleo desta categoria, uma consideração sobre a normatividade da ação humana, e as respostas que os homens requerem para *verdadeiramente decidir* (vide seção 1.3).

---

[94] No original: "They dilute their allegiance to law and their pursuit of legal methods of thought with doses of that very self-interest which it is an elementary function of law (on everybody's view) to subordinate to social needs."

[95] No original: "All these considerations and attitudes, then, are manifestly deviant, diluted, or watered-down instances of the practical viewpoint that brings law into being as a significantly differentiated type of social order and maintains it as such. Indeed, they are parasitic upon that viewpoint."

[96] No original: "Trying to understand the internal point of view makes, I would say, no sense as a method in social theory unless it is conceived as trying to understand the intelligible goods, the reasons for action, that were, are and will be available to any acting person, anyone capable of deliberation or of spontaneously intelligent response to opportunities."

Convém trazer à tona mais alguns comentários sobre Hart. O principal livro de Hart, “O Conceito de Direito”, induz a erro: apesar do artigo definido (“o”), Hart considera óbvio que existem muitos conceitos de direito, e mesmo de direito em comunidades desenvolvidas. O livro nem por um momento tenta estabelecer que existe em algumas comunidades, grandes ou pequenas, um conceito de direito que pode ser chamado de "o" conceito de direito. Em vez disso, atende à realidade do direito, tanto como um “fenômeno social” quanto como um tipo característico de “razão para a ação”, e – com sucesso notável, embora incompleto – busca assim chegar a um “entendimento melhorado”, um melhor conceito de direito. Segundo Finnis, Hart poderia, com mais precisão, embora menos elegante, ter chamado seu livro de *Um Novo e Melhorado Conceito de Direito* (“A New and Improved Concept of Law”).

O conceito de direito de Hart, de fato, pretende ser (e é) um conceito de direito novo e melhorado, isto é, mais *razoável*: os exemplares selecionados por Hart correspondem às sociedades *racionalmente* organizadas, ou simplesmente *razoáveis*, criticamente conscientes de si mesmas, que superaram os defeitos de uma sociedade pré-jurídica, a qual se encontra em um estado piorado de coisas. Segundo Finnis, Hart insere valor (*add value*) ao processo de descrição do direito, uma vez que ele:

> Fornece uma compreensão melhorada do grupo de características que identifica como a ideia central e a realidade do direito, e de por que essas características podem muito bem agrupar-se conjuntamente – uma compreensão das funções sociais a que essa classe de agrupamento serve e promove, ao remediar defeitos e fornecer facilidades para o desenvolvimento dos propósitos humanos (FINNIS, 2011b, p. 234).[97]

O valor inserido pelo conceito de direito de Hart corresponde à razoabilidade da descrição, isto é, à escolha dos exemplares, bem como os critérios que indicam o direito em sua manifestação bem-sucedida, saudável, *razoável*. Nesse sentido, Hart estabelece que o Direito internacional e os vários

[97] No original: “But even in relation to the concepts widely employed in such societies, Hart’s concept of law did ‘add value’, that is, provided an improved understanding of the cluster of features he identifi es as the central idea and reality of law, and of why those features can well cluster together—an understanding of the social functions which that kind of clustering serves and promotes, in remedying defects and aff ording facilities for advancing human purposes.”

tipos de direito primitivo correspondem a casos periféricos, limítrofes de direito, ao contrário de casos-padrão, paradigmáticos que revelam um estado de coisas em que existem “regras primárias e secundárias” plenamente aceitas pelos participantes do sistema jurídico:

> O direito primitivo e o direito internacional são os mais destacados entre esses casos duvidosos, e sabe-se que muitos pensam haver razões, embora em geral não sejam conclusivas, para se negar a exatidão do uso já convencional do termo “direito” nesses casos. Com efeito, a existência desses casos questionáveis ou passíveis de objeção deu origem a uma controvérsia prolongada e algo estéril, mas seguramente ela não basta para explicar as perplexidades sobre a natureza geral do direito expressas persistente “O que é o direito?” (HART, 2009, p. 4)

Em suma, Finnis considera, então, que a sua abordagem metodológica, de teor normativo, é não uma ruptura, mas sim uma extensão da estratégia que Hart adotou ao recuperar a razão prática como fundamento e método do direito – uma abordagem qualificada pelo dispositivo analógico que dá conta dos casos imperfeitos e defeituosos do direito e do sistema jurídico.

No entanto, no pós-escrito de CL, Hart classificou o seu empreendimento como sendo *descritivo* e *geral*. É descritivo enquanto oposto a normativo e justificatório. E é geral na medida em que não é restrito a certos ordenamentos jurídicos particulares, mas visa, como Dickson também concebe, explicar o direito em qualquer época e em qualquer lugar. Trata-se de uma estratégia típica da jurisprudência analítica. A teoria da lei natural de Finnis, ao seu modo, também tem compromisso com a descritividade e a generalidade do direito. Porém, este compromisso leva em conta dois fatos incontornáveis: (1) qualquer teoria plausível que resulte de um esforço para descrever o direito, enquanto *subject-matter* que não pode ser esgotado por uma abordagem “paroquial”, jamais será não-normativa; (2) e isto ocorre em grande parte porque qualquer jurisprudência geral, por mais meramente descritiva que seja na ambição, necessariamente prefere um conceito de direito a inúmeros outros.

Voltamos, portanto, ao problema inicial da formação de conceitos e seleção de exemplares para uma ciência social descritiva: o programa explanatório de Finnis exige não o abandono, mas o uso rigoroso dos recursos analógicos de diferenciação e seleção, próprios de uma ciência descritiva, os

quais conduzem ao ponto de vista prático e ao caso central e ao significado focal do direito – um conceito "novo e melhorado" de direito que não é neutro. Ao contrário do que Hart provavelmente alegaria, a teoria da lei natural não é exatamente um projeto distinto de sua teoria analítica (descritiva e geral), mas sim contempla descritividade e generalidade, porém sem ignorar o propósito prático da ação humana, que pode ser alcançado empregando precisamente os mesmos recursos descritivos de diferenciação e seleção. Quanto a reinterpretação crítica de Hart que Finnis empreende, portanto, trata-se de uma questão que parece ter sido suficientemente explorada.

A posição de Hart foi qualificada por Dickson e Raz. Ambos acreditam no engajamento do teórico durante a descrição. Eles acreditam, como Finnis, que "as avaliações dos próprios teóricos são um componente indispensável e decisivo na seleção ou na formação de quaisquer conceitos a serem usados na descrição de aspectos de assuntos humanos". Mas não acreditam na adoção de um "ponto de vista moral". Segundo Dickson, o argumento de Finnis "não tem lugar onde parar" (*has no place to stop*), enquanto que a teoria positivista de Raz é suficientemente satisfatória, pois emprega apenas proposições avaliativas indiretas.

No entanto, ao contrário de Raz e Dickson, Finnis não está propriamente desenvolvendo uma "análise conceitual" do direito; ele não está propriamente perseguindo um conjunto de propriedades necessárias ou essenciais de um conceito. De fato, uma vez que o direito, como qualquer prática humana e social, pertence aos quatro domínios da realidade, ele se manifesta como conceito(s) que pode(m) ser analisado(s) a partir de uma lógica proposicional – mas o direito corresponde a um fenômeno principalmente normativo-moral adequadamente examinado pelas ciências práticas da realidade, cujo objeto é a ação humana deliberativa, reflexiva, intencional. Tendo em vista este estatuto prático da teoria do direito, Finnis assevera que seu objeto não é o "conceito" de direito, mas "a realidade das pessoas humanas como sujeitos e objetos dos propósitos inteligentes de assegurar paz, justiça e prosperidade". Sendo assim, "a análise conceitual, simplesmente como tal, poderia produzir apenas a história local, a lexicografia, a etnografia" (2011c, p. 426, grifos nossos).[98]

[98] No original: "jurisprudence is not a matter of 'conceptual analysis'; its subject-matter is the reality of human persons as subjects and objects of the intelligent purposes of securing

Apoiando-se nesta divisão da realidade em quatro domínios distintos e irredutíveis (seção 1.2), o teórico jusnaturalista alcança uma concepção multifacetada de direito construída reflexivamente rastreando as implicações de certos requisitos de razão prática, dados certos bens básicos e certas características empíricas das pessoas e das comunidades (2007, p. 270). Sendo assim, o direito em Finnis não remete a uma definição unívoca, mas analógica, que contempla ao invés de excluir os muitos fenômenos sociais existentes que são típicos entre os povos ao longo da história (vide seção 2.2). Dito isso, Finnis não busca em seu método alcançar um "nosso conceito comum de direito" como Raz propõe. Este "conceito comum", se por um lado reflete um estado de coisas existente, por outro é "desfocado". Finnis arremata este ponto do seguinte modo:

> A [minha] intenção não tem sido explicar um conceito, mas desenvolver um conceito que explique os vários fenômenos a que se faz referência (de um modo disperso) em uma conversa "comum" a respeito da lei [*law*] – e explicá-los mostrando como eles condizem (total ou parcialmente) com requisitos permanentes da razoabilidade prática relevantes a esta ampla área do interesse e da interação humana (2007, p. 272).[99]

Como intentamos sugerir ao longo deste capítulo, há em todos esses autores positivistas uma resistência a reconhecer que tanto mais a descrição recebe a assistência de considerações normativas sobre o valor e o propósito do *subject-matter*, mais a descrição é profunda e detalhada. Assim, parece-nos que a estratégia de Dickson, embora bastante refinada, continua sendo uma tentativa de desviar da questão relevante para a teoria do direito, que já foi consideravelmente elucidada, qual seja: como um teórico pode descrever um fenômeno social ou uma instituição social ou um conceito teórico como o "direito", ignorando ou atenuando a característica robustamente normativa que o constitui? Como o teórico pode selecionar aspectos importantes e significativos que não sejam moralmente importantes e significativos se para os

---

peace, justice, and prosperity. Conceptual analysis, simply as such, could yield only local history, lexicography, ethnography."

[99] No original: "To repeat: the intention has been not to explain a concept, but to develop a concept which would explain the various phenomena referred to (in an unfocused way) by 'ordinary' talk about law—and explain them by showing how they answer (fully or partially) to the standing requirements of practical reasonableness relevant to this broad area of human concern and interaction."

destinatários das regras o direito possui esse caráter de orientação prática, de reivindicação moral? Não é o caso de o argumento finnisiano não ter "lugar onde parar", mas sim que o argumento metodológico de Dickson/Raz se precipita, "trava" e renuncia ao papel de penetrar no âmago do problema. E, como Finnis diz, esta é uma decisão arbitrária (2011b, p. 108, n. 35). O positivismo jurídico metodológico, mesmo com as qualificações notáveis de Dickson, permanece uma teoria inadequadamente restritiva, pois permanece excluindo os valores morais, que são o tipo realmente significativo e relevante de valor.

Para clarificar este ponto, vale a pena analisar o exemplo que Dickson fornece: segundo a autora, um agnóstico é capaz de descrever uma Missa sem empregar proposições avaliativas diretas. Ora, nem o teórico jurídico que almeja produzir uma teoria *geral* do direito está na posição do agnóstico, nem o ritual da Missa é equivalente ao *subject-matter* da teoria do direito. O propósito do empreendimento teórico de Finnis não é descrever um evento ou fenômeno localizado que se restringe a um determinado grupo de pessoas. Não é desse modo que o filósofo do direito enxerga o direito – ou pelo menos não deveria ser. Ou seja, tal como dissemos na seção 1.3, a reflexão que envolve a filosofia do direito alcança a questão normativa de incontornável amplitude moral e pessoal: "por que é bom para *mim* que haja direito e de que modo o direito orienta as *minhas* decisões?". Esta questão deve estar presente no núcleo de toda teoria jurídica que almeje sucesso, mas é dispensável para os propósitos descritivos e modestos do agnóstico que, embarcando em uma tarefa cujos resultados não são mais que antropológicos, apenas quer registrar um evento religioso. As ambições do teórico que pretende construir uma teoria geral do direito (*general jurisprudence*) não podem ser modestas a esse ponto – ou, dito de outro modo, a tarefa do teórico vai além de apenas identificar o que é importante e significado para os participantes do direito a partir de "proposições avaliativas indiretas". O direito e as instituições do direito humano não são "indiretamente avaliativos".

De fato, este exemplo adotado por Dickson revela o grau deficitário de compromisso que o teórico positivista tem com seu *subject-matter* – uma espécie de distanciamento "científico" e abstêmio, por assim dizer – e revela, assim, o papel limitado e despretensioso de uma teoria do direito para autores

como ela. Nesse sentido, convém trazer à tona a afirmação de Leslie Green sobre o que significa ser “positivista”:

> O argumento avaliativo é, obviamente, central para a filosofia do direito de maneira mais geral. *Nenhum filósofo jurídico pode ser apenas um positivista jurídico*. Uma compreensão completa do direito requer também uma consideração de que tipos de coisas podem possivelmente contar como méritos do direito (o direito deve ser eficiente ou elegante assim como deve ser justo?); qual o papel que o direito deve desempenhar na adjudicação (deve sempre ser aplicado um direito válido?); de que reivindicação a direito tem sobre a nossa obediência (há um dever de obedecer?); e também as questões mais práticas de quais direitos devemos ter e se devemos ter direito em tudo. *O positivismo jurídico não aspira a responder a essas questões*. No entanto, o que molda o positivismo é a afirmação de que a existência e o conteúdo do direito dependem apenas dos fatos sociais. (2019, 4.3, *grifos nossos*)[100]

Em síntese, classificar um teórico como “positivista” seria apenas afirmar que este teórico acredita que a existência e a validade do direito dependem de que o direito seja originado por práticas, fatos ou fontes sociais – proposição que se costuma designar *tese das fontes*. Eis então o argumento crucial levantado por Finnis: se o positivismo jurídico refere-se apenas a esta alegação modesta sobre a validade do direito positivo, então o positivismo, enquanto corrente teórica jurisprudencial, pode ser (e é) adequadamente incorporado pela teoria da lei natural.

Vale retomar (vide seção 1.3 e seção 2.2) que o caso central do direito e do sistema jurídico é o direito e o sistema jurídico de “uma comunidade completa que pretende ter 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” (2007. p. 256). Desse modo, o significado focal do direito

[100] No original: “Evaluative argument is, of course, central to the philosophy of law more generally. No legal philosopher can be only a legal positivist. A complete understanding of law requires also an account of what kinds of things could possibly count as the merits of law (must law be efficient or elegant as well as just?); of what role law should play in adjudication (should valid law always be applied?); of what claim law has on our obedience (is there a duty to obey?); and also the more practical questions of what laws we should have and whether we should have law at all. Legal positivism does not aspire to answer these questions (although cf. Murphy 2014: 88–108 for the argument that the theory has important first-order implications for legal practice). Nonetheless, positivism’s claim that the existence and content of law depends only on social facts does give them shape.’

refere primariamente ao *direito positivo* instituído e regulado por regras promulgadas por uma autoridade legítima tendo em vista o bem comum. (2007, p. 270)[101] Ou seja, a consideração do *direito positivo* como componente essencial do direito se deve justamente à preocupação moral. O jusnaturalismo finnisiano é fortemente vinculado às preocupações substantivas sobre as características do direito positivo e das instituições jurídicas que o aplicam e o resguardam. Assim, é justamente por uma questão moral de justiça que a ordem jurídica precisa de regras que sejam públicas, claras, gerais, estáveis, suscetíveis a serem cumpridas e explicadas a qualquer pessoa capaz de discernimento prático (2011b, p. 28). Isto é, o caso central e significado focal de direito, alcançado pela via normativa da lei natural, satisfaz os interesses positivistas que caracterizam os objetivos centrais da tradição analítica jurisprudencial.

Não pretendemos nesta Dissertação analisar detidamente tais categorias éticas, políticas e jurídicas, mas realçar um aspecto fundamental que subjaz todo o compromisso filosófico de Finnis: ao articular a normatividade dos bens humanos e de seus requisitos práticos (vide seção 1.1) com a necessária consideração sobre as características empíricas das pessoas e de suas comunidades (vide seção 2.1), a abordagem jusnaturalista manifesta maior potencial explanatório e alcança verdades fundamentais sobre o direito e os sistemas jurídicos através de uma via metodológica mais penetrante e mais abrangente que a via metodológica avalorativa (ou "indiretamente avaliativa") que os teóricos positivistas consideram seu maior trunfo. Ou seja, a metodologia da lei natural é efetivamente superior à metodologia positivista, pois é capaz de incorporar sem escrúpulos os méritos desta.

Portanto, nosso propósito no presente capítulo foi demonstrar que a "longa marcha" da jurisprudência analítica aponta para uma superação do

[101] Parágrafo completo: "Throughout this chapter, the term 'law' has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made, in accordance with regulative legal rules, by a determinate and effective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a 'complete' community, and buttressed by sanctions in accordance with the rule guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the community's co-ordination problems (and to ratifying, tolerating, regulating, or overriding co-ordination solutions from any other institutions or sources of norms) for the common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities." (2011c, p. 276-278)

próprio positivismo jurídico enquanto metodologia livre de valores ou indiretamente avaliativa. Há, entre os positivistas metodológicos, um receio de aderir metodologicamente a posições éticas robustas, mutilando da teoria do direito o seu núcleo normativo fundamental que se refere à “praticalidade” do direito. Mas, conforme foi demonstrado, as próprias categorias e percepções desenvolvidas ao longo das décadas, de Austin a Dickson, não apenas dão abertura, como também sugerem que uma teoria do direito não será próspera e bem-sucedida, ao menos que o teórico jurídico incorpore, durante o processo explanatório, critérios normativos sólidos e engajados que, na teoria da lei natural de John Finnis, correspondem aos bens humanos inteligíveis e seus requisitos práticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo procurou elucidar a tese metodológica que orienta a teoria da lei natural de John Finnis. Nossa intenção foi responder, à luz do argumento finnisiano, ao seguinte questionamento: de que modo, e sob que aspectos, o teórico jurídico participa avaliativamente durante o processo de investigação e construção de uma teoria geral do direito? Ou ainda, de que modo o teórico jurídico insere a reflexão vigorosamente normativa sobre os princípios práticos básicos associada ao uso analógico do caso central e significado focal?

A resposta qualificada de Finnis para esta pergunta repercute em uma compreensão metajurisprudencial sobre a abrangência e a tarefa da filosofia do direito, bem como sobre os expedientes metodológicos que são empregados nas etapas explanatórias e justificatórias que caracterizam as teorias jurídicas prósperas e bem-sucedidas. A teoria da lei natural de John Finnis é uma filosofia dos assuntos humanos que considera, em seu método, a inter-relação entre descritividade e normatividade, isto é, afirma a interdependência entre a tarefa de descrever os dados empíricos e factuais que se manifestam na realidade concreta, e a tarefa de avaliar os propósitos que orientam a ação humana e as instituições humanas. Para assegurar o sucesso deste procedimento explanatório-justificatório em uma teoria geral do direito, o teórico jurídico tem de adotar um ponto de vista adequado, que é o ponto de vista prático.

Com este propósito, utilizamos como principal referência o Primeiro Capítulo intitulado *Evaluation and The Description of Law*, o qual inaugura *Natural Law and Natural Rights* (2007/2011c), obra central do autor publicada primeiramente em 1980. Finnis defende neste capítulo o método de sua teoria da lei natural, cujos aspectos centrais são inspirados direta ou remotamente em Platão, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Max Weber, H. L. A. Hart, além de outros autores. No entanto, o autor abordou a temática metodológica em outros escritos ao longo de sua atividade acadêmica e intelectual, dentre os quais podemos destacar: o segundo capítulo de *Aquinas* (1998), intitulado *Subject-matter and Method*; o artigo *Law and What I Should Truly Decide* (2003), publicada sob o nome *Describing Law Normatively* no capítulo inaugural do Vol. IV dos *Collected Essays of John Finnis*, denominado *Philosophy of Law*

(2011b); e as considerações sobre o Primeiro Capítulo presentes no pós-escrito publicado na segunda edição de NLNR (2011c).

Estas referências e muitas outras iluminam a composição do argumento finnisiano em defesa da interdependência metodológica entre descritividade e normatividade. Trata-se de um argumento que desafia a posição que designamos *tese da neutralidade*, segundo a qual uma teoria jurídica será bem-sucedida mesmo se não avaliar durante a descrição (como sugerem John Austin e H. L. A. Hart) ou avaliar "indiretamente", como defende Julie Dickson. Assim, este trabalho nasce já dentro de um debate jurisprudencial no qual as posições estão demarcadas, e o argumento de Finnis ocupa a posição de teoria rival da tese da neutralidade, que é a tese dominante na tradição da jurisprudência analítica.

Desse modo, optamos por percorrer a seguinte linha de raciocínio na exposição. No primeiro capítulo, intitulado "Premissas Fundamentais", nossa intenção foi trazer à tona algumas considerações sobre a natureza do empreendimento jusfilosófico de Finnis. Assim, procuramos explicitar a natureza da teoria da lei natural, que envolve os contornos morais, deliberativos, práticos, etc. da ação humana e das instituições humanas (1.1). Além disso, revelou-se adequado também localizar o âmbito da filosofia prática da lei natural na terceira ordem da realidade, a ordem prática, que tem como *subject-matter* o ser humano autodeterminado "em ação" (1.2). É principalmente nesta posição que se encontra (ou deve se encontrar) uma teoria geral do direito enquanto parte de uma filosofia geral dos assuntos humanos.

O modo como uma ciência ou teoria se ajusta às ordens da realidade revela que o processo explanatório de tal ciência ou teoria depende dos propósitos que orientam o *subject-matter*. Assim, indicamos que o propósito do direito é responder não à pergunta meramente factual "o que é o direito?", mas sim à pergunta prática "por que temos o direito e suas instituições?". A resposta a esta questão envolve uma consideração da atividade prático-deliberativa sobre *o que verdadeiramente decidir*, isto é, um questionamento que pertence primariamente ao domínio da moralidade humana (1.3). A consideração da "praticalidade" do direito é o "coração" do argumento metodológico finnisiano, pois é impossível que uma teoria jurídica seja completa sem considerar este

ponto de partida 100% normativo – o que, desde a base, lhe impede de ser uma teoria meramente descritiva.

No segundo capítulo intitulado “Considerações Descritivas e Avaliativas”, por sua vez, intentamos reelaborar o argumento finnisiano já tendo em vista o horizonte prático-normativo da teoria da lei natural. Assim, trata-se de uma exposição que segue, na medida do possível, a linha de raciocínio do primeiro capítulo de NLNR, o qual é o texto paradigmático para apreciação da tese metodológica finnisiana. Sendo assim, consideramos necessário estabelecer o que significa dizer que o empreendimento de Finnis tem um caráter descritivo assistido fortemente por sua teoria normativa (2.1). Além disso, intentamos elucidar o problema da multiplicidade de particulares para uma teoria geral do direito. Para resolver este problema, Finnis defende o uso de um expediente analógico que designamos “analogia da centralidade” (2.2), o qual potencializa a filtragem de dados estabelecendo graus e matizes para os conceitos teóricos e realidades sociais como o direito. Este recurso analógico identifica casos centrais correspondentes a significados focais e casos periféricos correspondentes e significados “desfocados”. Trata-se de uma técnica que possibilita à teoria da lei natural abarcar a complexidade e variabilidade das realidades humanas, uma vez que visa solucionar o problema da equivocidade de um *subject-matter*. Finnis alega que o significado focal pode ser entendido como similar ao tipo ideal de Max Weber. No entanto, conforme desejamos demonstrar (2.3), embora tanto o tipo ideal quanto o significado focal almejem realçar traços característicos de um *explanandum* para revelar-lhe de modo mais acentuado a sua natureza mesma ou significação mais relevante, o tipo ideal não é moralmente ideal. Não existe, em Weber, o mesmo compromisso prático-normativo que há em Finnis. Isso porque Weber não acredita (ou parece não acreditar conscientemente) na ideia de um “ponto de vista prático”. A técnica explanatória do caso central que organiza a variabilidade de manifestações do direito na experiência humana precisa, para ser bem-sucedida, partir de um ponto de vista adequado. Finnis considera que se trata do chamado “ponto de vista prático”, isto é, o ponto de vista crítico-moral encarnado na figura do *spoudaios* (2.4). O *spoudaios* é o homem virtuoso, prudente e ponderado, e o propósito da teoria da lei natural é explicar a natureza direito à luz da perspectiva do *spoudaios*, ou seja, à luz do ponto de

vista prático. É este, em certa medida, o percurso argumentativo presente no primeiro capítulo de NLNR.

Uma vez apresentada a metodologia da filosofia do direito de John Finnis, enfrentamos a tarefa de analisar mais detidamente o principal argumento contrário à tese finnisiana: a tese da neutralidade, que é normalmente associada ao positivismo jurídico metodológico. O terceiro capítulo intitulado “A Longa Marcha na Jurisprudência Analítica” procurou cumprir este propósito crítico e dialético. Assim, na ordem de nossa exposição consideramos oportuno apresentar a tese da neutralidade conforme o seu desenvolvimento na jurisprudência analítica. Procuramos encadear historicamente as teses de Austin, Hart e Dickson (que é defensora do positivismo de Raz). Assim, perpassamos por uma análise das preocupações originárias da jurisprudência analítica de matriz austiniana (3.1), a qual inaugura muitas das teses que vieram a ser desenolvidas anos depois. Este modelo tradicional de teoria jurídica, amplamente descritivo e neutro, foi criticado por Hart em CL. De fato, a teoria hartiana pretende ser descritiva e neutra, mas com qualificações decisivas para os rumos da jurisprudência analítica, dentre as quais destacamos a noção do *ponto de vista interno*, o qual reabilita, em nível metodológico, o engajamento avaliativo do teórico (3.2). Procuramos também ressaltar que a estratégia hartiana teve como um de seus frutos a formação de um novo cenário no debate jurisprudencial que está em constante reparação e reformulação das abordagens tradicionais. Assim, o positivismo jurídico é hoje uma corrente que defende modestamente a “tese das fontes” (3.3). Porém, subjacente a esta tese é possível identificar a chamada “tese da neutralidade”, que na leitura de Julie Dickson, significa dizer que as teorias jurídicas bem-sucedidas são aquelas que, enquanto avaliam indiretamente indicando o que é importante e significativo para o direito, permanecem neutras no que se refere aos valores morais (3.4). Na última seção do capítulo, portanto, nossa pretensão foi analisar criticamente tais objeções (3.5). Na realidade, parte substantiva da resposta se encontra na exposição mesma da trajetória da jurisprudência analítica e das reformulações desenvolvidas pelos proponentes do positivismo jurídico e da tese da neutralidade. Intentamos, assim, percorrer a “longa marcha” da jurisprudência que nos conduz ao indispensável engajamento avaliativo do teórico em uma

teoria geral do direito. Desse modo, demonstramos que Finnis extrai da própria noção de ponto de vista interno o seu ponto de vista prático – o que o autor designou “argumento dialético”. Enfim, os autores “positivistas” (Austin, Hart, Raz, Dickson) parecem resistir à exigência de responder às questões substanciais do direito – resistência esta que, em certo sentido, explica-se pelas limitações originárias e estruturais da jurisprudência analítica. Finnis defende que os pressupostos de sua teoria da lei natural são capazes de incorporar os méritos de um positivismo jurídico que está detido na análise da validade jurídica das regras, pois a teoria da lei natural possui recursos descritivos plenamente satisfatórios como o caso central e o significado focal, e explica o direito à luz de premissas factuais e premissas normativas – o direito é tanto uma questão de fato, quanto uma questão de razões. Trata-se, portanto, de uma teoria verdadeiramente completa do direito.

Concluímos que há, intrínseco ao argumento metodológico de John Finnis, uma convocação para que o teórico jurídico não esteja satisfeito às ambições modestas do “positivismo jurídico metodológico”, mas que enfrente e perscrute os fundamentos e os propósitos da ação humana, tanto no domínio individual, quanto no domínio público. Pois é desse modo que será possível identificar efetivamente o caso central e o significado focal do direito à luz das considerações normativas sobre o bem humano e os seus requisitos práticos. Parece-nos adequado interpretar o argumento de Finnis como um chamado para que o teórico não apenas adote o ponto de vista prático durante a teorização, mas que encarne ele mesmo o ideal moral do *spoudaios*. Ou seja, Finnis nos ensina que não existe nenhuma reflexão prática e filosófica acurada que não vise responder a questão fundamental sobre os propósitos morais da existência humana. Este compromisso filosófico exige do teórico jurídico um engajamento que não é e nem pode ser livre de valores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined.** Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

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

COELHO, André. Lei natural e direitos naturais: Cap. 1. **Blog Filósofo Grego**. Belém, 02 nov. 2016. Disponível em: http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2016/11/lei-natural-e-direito-natural-cap-1.html. Acesso em: 06 abr. 2021.

COLEMAN, Jules (org.). **Hart´s Postscript**: essays on the postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (eds.), **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, Oxford University Press, Oxford, 2004.

DAUD, Filipe Taufik. **O ponto de vista prático na elaboração das teorias jurídicas**: Em defesa do argumento metodológico de John Finnis. Dissertação (Dissertação em Direito) – UNB, Brasília, 2014.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory.** Oxford: Hart Publishing, 2001.

DICKSON, Julie. Legal Positivism: Contemporary Debates. In: MARMOR, Andrei. (ed.), **The Routledge Companion to Philosophy of Law**, Routledge, New York and London, 2012. pp. 48-64

DUKE, George. The Aristotelian Spoudaios as Ethical Exemplar in Finnis's Natural Law Theory. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 58, No. 2, pp. 183–204, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

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

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

FINNIS, John. **Reason in Action**. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

FINNIS, John. **Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

FINNIS, John. **Fundamentos de ética**. trad. Arthur M. Ferreira Neto. Revisão técnica de Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FINNIS, John. What is the Philosophy of Law?, **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 59, no. 2, pp. 133-142, 2014

FINNIS, John. **Natural Law Theories**. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. Disponível em: < https://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/#GenTheLawValFreMorValFre>.

FINNIS, John. The Nature of Law. Em: TASIOULAS, John. (ed.), **The Cambridge Companion to Philosophy of Law**, Cambridge & New York: Cambridge University Press. 2020

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber.** Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

FROEHLICH, Charles Andrade. **A diferenciação entre direito e moral na tradição do positivismo jurídico.** 2017. 163 f. Tese (Doutorado em Filosofia). Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. **American Journal of Jurisprudence**, Oxford, n. 46, p.p. 199-207, 2001.

GEORGE, Robert P. (ed.). **Natural law, liberalism and morality**. Oxford: Claredon Press, 1996.

GEORGE, Robert P. **In Defense of Natural Law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

GEORGE, Robert P. KEOWN, John (eds.). **Reason, Morality, and Law**: The Philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GREEN, Leslie J.; ADAMS, Thomas, "Legal Positivism", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Winter 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/. Acesso em: 13 de novembro de 2020.

GRISEZ, Germain. **The First Principle of Practical Reason**: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2 Question 94, Article 2. Natural Law Forum, 1965, p. 168-201.

GRISEZ, Germain; FINNIS, John; BOYLE, Joseph. **Practical principles, moral truth and ultimate ends**. Journal Articles, 1987, pp. 99-151,

GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática. Um comentário à *Summa theologiae*, 1-2, Questão 94, artigo 2". Trad. José Reinaldo de Lima Lopes. **Revista Direito GV** n. 2, a. 3, 2007, pp. 179-218.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford Press, 1994

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaios sobre teoria e filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KRAMER, Matthew; GRANT, Claire; COLBURN, Ben. HATZISTAVROU, Antony. (eds.). **The Legacy of H. L. A. Hart**: Legal, Political and Moral Philosophy. Oxford: Oxford Press, 2008

KRAMER, Matthew. **H. L. A. Hart**: The Nature of Law, Cambridge: Polity Press, 2018

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **The American journal of jurisprudence**, Oxford, n. 48, pp. 17-51, 2003.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo P. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARMOR, Andrei. Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral. Em: **Oxford Journal of Legal Jurisprudence**. 26 (4):683-704, 2006

MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

MARMOR, Andrei; SARCH, Alexander. **The Nature of Law**. Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015. Disponível em: < https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/>. Acesso em: 17 de julho de 2020.

MIRANDA, John de. **Da Lei Natural como Fundamento Supra Moral da Ação Humana em John Finnis**: Considerações sobre Metodologia, Teoria Normativa e Aspectos Fundacionais. Pelotas. 212 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Faculdade de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas, 2015.

MIRANDA, John de. O insight prático no jusnaturalismo de John Finnis: uma tese sobre a aquisição dos fundamentos da moral. Em: **Revista Kínesis**, v. 8, n. 18, 2016.

MURPHY, Mark. **Natural Law in Jurisprudence & Politics.** Cambridge: Cambridge University Press. 2006

MURPHY, Mark. Two Unhappy Dilemmas for Natural Law Jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, Vol. 60, pp. 1–21, 2015.

NEIVA, Horácio. **Meta-teoria do Direito**: Ensaios Reunidos. Porto Alegre: Editoria Fi, 2017.

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

ORREGO SANCHEZ, Cristóbal. Gains and Losses in Jurisprudence since H. L. A. Hart. **The American Journal of Jurisprudence**, vol. 59, n. 2, pp. 111-132, 17 novembro 2014.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. Iusnaturalismo contemporáneo. Universidad Austónoma de México: **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, vol. I, pp. 37-59, 2015.

PERRY, Stephen. (2000). Interpretação e metodologia na teoria jurídica. In: MARMOR, Andrei (ed.). **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERRY, Stephen. **Hart's Methodological Positivism**, 1998. Disponível em: < https://philpapers.org/rec/PERHMP>

PINHEIRO, Victor Sales. (org.) **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**: Volume 1 Conceitos Fundamentais, Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2019.

POSTEMA, Gerald. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. New York: Springer, 2011. v. 11.

RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law?. **Archive fur Rechts und Sozialphilosophie**, Oxford, v. 82, n. 1, 1996.

RAZ, Joseph. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**: on the theory of law and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph **The authority of law**: essays on law and morality. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

REIS, Luciana S. 2013. **Direito e método**: a contribuição de Ronald Dworkin. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

RIKER, Dienny. **O bem humano básico do casamento na teoria neoclássica da lei natural**: razão prática, bem comum e direito. 2018. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém.

SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. In: RIPSTEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SGARBI, Adrian. O Direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 102, pp. 661-689, 2007.

STONES, Julius. **The Province and Function of Law**: Law as Logic Justice and Social Control. Sidney: Associated General Publications Pty, 1946.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. Parte II. São Paulo: Loyola, 2015.

VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS, Emilios; GOLDINI, Marco. **Jurisprudence**: themes and concepts. London and New York: Routledge, 2018.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002. 2ª Impressão da 2ª Edição.