

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ALOISIO CANSIAN SEGUNDO

**O JUSNATURALISMO NEOCLÁSSICO COMO SUBSTRATO HERMENÊUTICO
DOS DIREITOS HUMANOS**

**São Leopoldo
2025**

ALOISIO CANSIAN SEGUNDO

**O JUSNATURALISMO NEOCLÁSSICO COMO SUBSTRATO HERMENÊUTICO
DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto.

São Leopoldo
2025

S456j Segundo, Aloisio Cansian.
O jusnaturalismo neoclássico como substrato
hermenêutico dos direitos humanos / Aloisio Cansian
Segundo. – 2025.
182 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.
“Orientador: Prof. Dr. Gerson Neves Pinto”

1. Direitos humanos. 2. Hermenêutica. 3. Jusnaturalismo.
I. Aquino, Tomaz de. II. Finnis, John. III. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: **“O JUSNATURALISMO NEOCLÁSSICO
COMO SUBSTRATO HERMENÊUTICO DOS DIREITOS HUMANOS”**,
elaborada pelo

mestrando **Aloísio Cansian Segundo**, foi julgada adequada e aprovada por
todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE
EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de maio de 2025.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Gerson Neves Pinto _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Dr. Alfredo Santiago Culleton _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Wilson Engelmann _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, por tudo.

À minha esposa, Anne, pelo amor e apoio incondicionais em todos os momentos, desde sempre; bem como pelo suporte ao longo de toda a trajetória.

A meus filhos, Helena e Terceirinho, pela paciência, compreensão e carinho nesse tempo todo.

Ao meu orientador, professor Gerson Neves Pinto, pelo valiosíssimo direcionamento, mas também pela paciência e exemplo pessoal.

Aos professores e colegas que participaram da minha breve caminhada.

A todos vocês, meu agradecimento.

De fato, quando os gentios, que não têm a lei, praticam naturalmente o que ela ordena, tornam-se lei para si mesmos, embora não possuam a lei; pois mostram que as exigências da lei estão gravadas em seus corações. Disso dão testemunho também a consciência e os pensamentos deles, ora acusando-os, ora defendendo-os.

Rm 2:14,15

RESUMO

A presente dissertação pretende abordar a correlação entre o jusnaturalismo neoclássico e a territorialidade hermenêutica dos direitos humanos, demonstrando que esta vertente do direito natural é a matriz teórica que melhor se coaduna com o conceito de direitos humanos fundamentais. O jusnaturalismo, em seu núcleo essencial, estabelece um vínculo necessário entre o direito e o seu conteúdo material e, historicamente, os panoramas histórico-filosóficos pelos quais perpassou apresentam uma série de possíveis perspectivas teóricas na compreensão de tal vínculo e sua fundamentação. Em um primeiro momento, o trabalho busca evidenciar a maneira como Tomás de Aquino, enquanto expoente paradigmático do jusnaturalismo, estruturou as relações que circundam o conceito de lei natural, de sua relação com a lei civil e de sua conexão com a natureza humana através da razoabilidade prática. Em um segundo momento, pretende-se também abordar como, na contemporaneidade, John Finnis desenvolve os temas concernentes à compreensão da natureza humana em termos aristotélico-tomistas, bem como as diversas questões jurídicas e políticas que tais temas apresentam. Por fim, o trabalho analisa a constituição da subjetividade jurídica ao longo da modernidade e a estruturação dos direitos humanos no ideário jurídico ocidental na contemporaneidade, explorando a transmutação da teoria do direito natural para o território laico e racionalista no qual o Estado contemporâneo estabeleceu suas raízes, bem como os desdobramentos hermenêuticos do discurso sobre direitos humanos nas constituições e ordenamentos jurídicos estatais. A conclusão, portanto, é que o plexo jurídico de direitos subjetivos está intimamente relacionado à concepção ontoteológica do ser humano que o pensamento jusnaturalista desenvolveu ao longo de muitos séculos, de maneira que o direito natural constitui o arcabouço teórico mais apropriado à sustentação e interpretação não apenas dos direitos humanos em sentido estrito, mas também dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos em geral em suas mais variadas vertentes.

Palavras-chave: jusnaturalismo; Tomás de Aquino; John Finnis; hermenêutica; direitos humanos.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate the correlation between neoclassical natural law theory and the hermeneutical territoriality of human rights, presenting this strand of natural law as the theoretical matrix that best aligns with the concept of fundamental human rights. Natural law theory in its essential core establishes a necessary connection between law and its content and, historically, several historical-philosophical perspectives through which natural law theory has occurred present a series of possible theoretical perspectives in understanding this bond and its foundation. Initially, the study seeks to demonstrate how Thomas Aquinas, as the paradigmatic exponent of natural law theory, structured the connections surrounding the concept of natural law, its relationship with human law and its association with human nature through practical reasonableness. In a second moment, the work also intends to explore how, in contemporaneity, John Finnis develops the Aristotelian-Thomistic understanding of human nature, as well as the various legal and political issues these themes entail. Finally, the dissertation analyses the constitution of legal subjectivity throughout modernity and the structuring of human rights within the contemporary Western legal framework, exploring the transmutation of natural law thought into the secular and rationalist territory in which contemporary State is rooted, as well as the hermeneutic consequences of human rights legal discourse within national constitutions and legal systems. We thus conclude that the legal framework of subjective rights is deeply underpinned in the ontoteleological conception of human being that natural law thought has developed over centuries, making natural law the most appropriate theoretical foundation not only for human rights in strict sense but also fundamental rights and subjective rights in general in their most varied aspects.

Keywords: natural law theory; Thomas Aquinas; John Finnis; hermeneutics; human rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O JUSNATURALISMO TOMISTA.....	17
2.1 A tipologia da lei na Suma Teológica.....	18
2.2 Lei eterna e lei natural.....	21
2.3 Natureza humana e essencialidade	25
2.3.1 Essência e disposicionalidade.....	30
2.4 A lei humana	34
2.4.1 A relação entre lei natural e lei humana.....	35
2.5 Lei, virtude e bem comum	39
2.5.1 O bem, a virtude da prudência e a <i>sindérese</i>	41
2.6 Lei, moralidade e razão prática	44
2.7 A justiça e sua relação com a lei na concepção aristotélico-tomista	48
2.8 Fundamentos e limites da autoridade da lei civil	54
2.8.1 Norman Kretzmann e a questão da validade da lei injusta.....	54
2.8.2 O conteúdo da lei e a coercibilidade	59
2.9 A justiça típica da lei civil e o significado focal do direito.....	67
2.10 O direito e suas funções institucionais.....	70
2.11 Tomás de Aquino e o arcabouço do jusnaturalismo	71
3 ELEMENTOS DO JUSNATURALISMO CONTEMPORÂNEO	73
3.1 Jusnaturalismo, moralidade e a definição do Direito	74
3.2 Bens humanos básicos e natureza humana	81
3.3 Lei natural, natureza humana e a falácia naturalista.....	93
3.4 A razoabilidade prática	103
3.5 Razoabilidade, bem comum e autoridade da lei.....	112
3.6 O significado focal do Direito.....	119
3.7 O Direito e os direitos	122
4 JUSNATURALISMO E DIREITOS HUMANOS.....	124
4.1 Uma história da subjetividade jurídica	125
4.2 O trajeto dos direitos humanos: do <i>ius gentium</i> à constitucionalização..	135
4.3 Direitos humanos na perspectiva finnisiana	152
4.4 Os direitos humanos e seu substrato hermenêutico	165

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	171
REFERÊNCIAS.....	176

1 INTRODUÇÃO

Enquanto teoria filosófica, o jusnaturalismo passou por um processo histórico mapeável e nitidamente constituinte do pensamento jurídico ocidental. Evidentemente, em virtude deste mesmo caminhar histórico, é possível falar em *jusnaturalismos* – dado que há diversas perspectivas através das quais a questão jusfilosófica do direito natural foi analisada, e, portanto, diferentes teorias concernentes à sua fundamentação. De modo geral, as raízes do jusnaturalismo são indeléveis desde a filosofia grega, sendo possível identificá-lo já em Aristóteles. Posteriormente transposto para o pensamento romano, especialmente por meio de Cícero, foi cristianizado sobretudo pela obra de Tomás de Aquino, e experimentou, mais recentemente, um ressurgimento no século XX. É evidente que a cada período histórico-filosófico corresponde uma determinada matriz de pensamento, e, assim, a própria teoria do direito natural se desdobrou em suas especificidades e elementos – aos poucos desprendendo-se de certas noções e incorporando outras, na tentativa de oferecer alternativas hermenêuticas mais condizentes com os momentos filosóficos e políticos pelos quais perpassou.

Em uma perspectiva histórico-crítica, Michel Villey apresenta a progressiva construção do pensamento jurídico ocidental a partir daquilo que ele classifica como a grande e fundamental questão do Direito¹: a oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo. Longe de assumir uma dicotomia simplista entre as possibilidades de fundamentação filosófica do Direito, reduzindo-o a um maniqueísmo ingênuo², a

¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 27.

² Um dos pressupostos do presente trabalho é a desnecessidade de uma apologia do jusnaturalismo *através da crítica ao juspositivismo* – uma tendência que, lamentavelmente, é bastante comum na academia. A teoria do direito natural, contemporaneamente, é por si mesma perfeitamente capaz de apresentar sustentação jusfilosófica mais do que suficiente; foi laicizada e secularizada, e novamente alocada na base das problemáticas jurídicas mais complexas e concretas. O jusnaturalismo é uma perspectiva teórica que está amplamente inserida nos sistemas jurídicos ocidentais, seja no *common law* ou na vertente romano-germânica. O argumento do presente trabalho, portanto, prescinde da discussão sobre o esvaziamento do positivismo jurídico, sua coerência teórica ou sua base filosófica. No entanto, apenas a título de introdução à tese central do texto, e, ao mesmo tempo, apresentando a questão do *conteúdo* do direito enquanto sua *condição de possibilidade*, traz-se um argumento de Alexy a respeito do juspositivismo clássico: “[Kelsen] tem razão quando afirma que uma norma fundamental deve ser pressuposta se se pretende passar da constatação de que algo é estabelecido e eficaz para a constatação de que algo é juridicamente válido ou juridicamente devido. Mas essa norma fundamental não precisa ter o conteúdo da norma fundamental kelseniana. Assim, ela pode conter elementos morais que considerem o argumento da injustiça. [...] Por fim, é correto que a norma

contraposição direta é posta dessa maneira precisamente por estar relacionada a outra questão basilar da história do pensamento jurídico: a relação entre Direito e justiça. Se, por um lado, o jusnaturalismo defende a existência de uma ordem supralegal (e, portanto, assegura que só é direito o que é, efetivamente, justo), o positivismo jurídico delimita o fundamento de validade do direito na manifestação da vontade humana, sem qualquer vinculação metafísica ou ontológica. A abordagem da questão, portanto, perpassa pela definição adequada do direito natural e da concepção de “natureza” para os fins da filosofia do Direito – uma questão que é apresentada por Willey com fundamento último no pensamento de Aristóteles, desdobrando sua recepção pela escolástica medieval e sua perpetuação na modernidade). Esta relação fundamental entre o direito e a justiça, porém, orbita ao redor da estrutura teórica assentada por Tomás de Aquino na questão do direito natural.

O pensamento tomista é herdeiro de uma tradição jusnaturalista cujas raízes vão até Cícero e Aristóteles, e projetam-se até perspectivas contemporâneas intrincadas em sistemas jurídicos altamente complexos. A pressuposição de uma ordem que nos dirige a um determinado fim (fim este ligado à natureza essencial do homem) leva Tomás de Aquino a teorizar o Direito como parte desta ordenação – um microcosmo, produto da razão humana, mas ao mesmo tempo conectado à ordenação do macrocosmo, a qual é dessumível da própria realidade cognoscível. É nesse âmbito que a lei natural desponta como intermediadora entre a lei eterna e a lei humana: o intelecto por meio do qual o homem reconhece a ordem do cosmo é o mesmo intelecto que se manifesta na razão por meio da qual o Direito é produzido, interpretado e aperfeiçoado, e também na razão prática que interliga as inclinações naturais próprias do homem às normas pelas quais guiará sua conduta. Não se trata, evidentemente, de um condicionamento puro, simples e maquínico, mas de uma ordenação da vontade humana, ou de uma conexão da conduta com as suas razões mais fundamentais (e, portanto, mais *justificáveis*). A ontologia tomista recoloca o homem em face de um direito que deve ser descoberto, desvelado por meio de uma busca tateante orientada pela razão prática e conduzida à realização daquilo que o

fundamental é uma norma meramente pensada. Em contrapartida, não é correta a afirmação de Kelsen de que a norma fundamental não é suscetível de fundamentação. Ao contrário, ela carece de fundamentação. Isso leva ao problema de uma norma fundamental normativa.” – ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 138.

ser humano é, em essência. A diretriz elementar da ação humana, sobre a qual se estruturam todos os preceitos da lei natural, é a razão manifestada no escopo da concretude da existência. É nesse sentido que a tese central do jusnaturalismo (a de que a lei necessariamente deve trazer consigo razões decisivas para a conformidade da conduta humana) é endossada por Tomás: a razão prática leva à determinação concreta do bem através da lei, e tal determinação é *natural* nesse sentido (porque a razão nos é natural). O objetivo geral do presente trabalho é demonstrar que o arcabouço jurídico dos direitos subjetivos está localizado nesta mesma estrutura – por meio de três objetivos específicos a seguir delineados.

Em primeiro lugar, embora seja claro que o pensamento jurídico de Tomás de Aquino não é o cerne de seu trabalho filosófico, o jusnaturalismo tomista representa um marco considerável no desenvolvimento da teoria jurídica. Tomás opera o resgate das fontes clássicas, instaura a interpenetração da ontologia e da metafísica no universo do direito, promove a readequação de uma jurisprudência laica em uma sociedade profundamente eclesiástica, e o estabelecimento de um arcabouço teórico para o desenvolvimento da teoria jurídica do Ocidente que se seguiria pelos próximos oito séculos. Trata-se, portanto, do paradigma do direito natural. As correntes jusfilosóficas posteriores, em geral, buscaram desenvolver os elementos da teoria do direito natural conforme a estruturação matricial que lhe foi dada por Tomás de Aquino, bem como das questões pontuais que sua teoria trouxe à luz a partir do enfoque ao jusnaturalismo latente nos pensadores clássicos; e o presente trabalho se vale do pensamento tomista como o primeiro pilar de sustentação da hermenêutica dos direitos humanos básicos (e delinear estes elementos do jusnaturalismo tomista constitui o primeiro objetivo específico desta dissertação).

O percurso da teoria jusnaturalista após Tomás de Aquino apresenta elementos de transformação nítida, como a paulatina laicização (reflexo da secularização que orienta o pensamento filosófico a partir da modernidade) e a necessidade de sua acomodação com as diversas entidades que personificaram ou encamparam o poder político (das quais são exemplos mais recentes o Estado e o constitucionalismo). O cerne da teoria do direito natural, contudo, permanece o mesmo: a defesa de uma relação indissolúvel e necessária entre o direito enquanto parâmetro de normatividade, de um lado, e um arcabouço moral que justifique a conduta humana, de outro. A despeito da variada gama de fundamentos dos quais o jusnaturalismo se valeu até hoje, indo desde a filosofia clássica greco-romana até o cristianismo, e

posteriormente a razoabilidade prática, a ética e a sociedade global, o arcabouço argumentativo do direito natural se preserva, impingindo ao Direito e à organização social os caracteres de uma moralidade fundamentada, sobretudo, na ideia de natureza humana e no exercício da razão prática. Neste sentido, a contemporaneidade (a partir da alocação de problemas jusfilosóficos específicos, como a universalização dos direitos humanos no contexto da democracia do pós-guerra) observou um novo recrudescimento do jusnaturalismo através da chamada New Natural Law Theory – dos quais um dos expoentes é o australiano John Mitchell Finnis. Alicerçada em noções do jusnaturalismo tradicional, a teoria de Finnis assenta-se no jusnaturalismo tomista e estabelece ao seu redor novas conjunturas entre conceitos como a razão prática, a moralidade objetiva, o bem da comunidade política e o florescimento humano. No âmbito da presente pesquisa, porém, o ponto focal da teoria de Finnis é a sua concepção de *bens humanos básicos*: valores objetivos e autoevidentes intimamente relacionados com a plena realização da vida humana. Uma tal moldura teórica se apresenta como apta a fundamentar o arcabouço das normas jurídicas, posto que o florescimento advindo do exercício de tais bens é o que justifica e convalida a existência e operatividade do Direito. Em tais condições, evidencia-se o direito a partir do ponto de vista de seu conteúdo, na medida em que, materialmente, o direito estaria indissociavelmente ligado ao florescimento humano e à noção de justiça enquanto expressão da razoabilidade prática – e, assim, possuiria uma inseparável relação com a moral. No mesmo sentido, o jusnaturalismo finnisiano expressa uma concepção jurídica bastante específica e elevada do indivíduo, porquanto consolida o fundamento de validade dos direitos individuais em um plano de discussão que transcende a ordem política ou mesmo às contingências históricas ou sociais. No contexto do presente trabalho, o pensamento de Finnis (bem como as relações que este manifesta com outros teóricos da filosofia do direito contemporânea) representará o segundo pilar da hermenêutica jusnaturalista dos direitos humanos fundamentais; e apontar os desdobramentos do tomismo na contemporaneidade, especialmente em Finnis, é o segundo objetivo específico a ser atingido.

Ocorre, porém, que de uma concepção factual acerca da condição ontoteológica do ser humano não se segue, diretamente, a existência de um direito individual, juridicamente oponível a outrem. Há vários passos argumentativos que interconectam as duas proposições, e inúmeras questões que podem ser levantadas com relação a cada um deles: a origem e o sentido do conceito de direito subjetivo, o

percurso de convolação da ordem da *physis* para a noção de direito como atributo individual, a própria noção de subjetividade jurídica, a ampliação do âmbito do direito para uma esfera transnacional, a incorporação dos preceitos da razoabilidade prática nos ordenamentos jurídicos e quadros normativos dos Estados, as nuances do ideário jurídico que permeia o discurso sobre direitos de cada período histórico, a questão da necessidade ou desnecessidade da objetividade moral, a possibilidade lógica da inferência de proposições factuais para proposições deontológicas ou normativas, entre outras. A subjetividade jurídica – pressuposto e condição de possibilidade do discurso sobre direitos subjetivos – também possui uma história. Não era um conceito presente no pensamento jusfilosófico da Antiguidade, e representa uma ideia bastante diáfana no direito medieval; adquire, porém, contornos próprios após a recepção do tomismo na segunda Escolástica. Pensadores como Suárez, Grócio, Pufendorf, Leibniz e Hobbes foram responsáveis por desenvolver a ideia do direito como uma prerrogativa ou qualidade moral que está atrelada ao indivíduo e focaliza, por meio dele, um direito que era outrora concebido como uma estrutura hierarquizante da realidade. A ideia de *sujeito de direitos*, por sua vez, vem a ser consolidada apenas por Locke e por sua concepção da subjetividade pela ipseidade, viabilizando a transposição da questão do sujeito do plano gnosiológico para o plano jurídico e inaugurando o conceito de sujeito de direito como elemento fundamental do pensamento jurídico. Somente por meio deste movimento é que foi possível traduzir o discurso jurídico dos *princípios da lei natural* para os *direitos naturais*.

O produto histórico desta construção conceitual não vem a ser outro senão o surgimento dos direitos humanos universais, e esboçar este trajeto inicia o terceiro e último objetivo específico da dissertação. Uma vez que a perfectibilização da subjetividade jurídica ocorre no ocaso da modernidade, a contemporaneidade tem início justamente com a incorporação deste conceito no ideário jurídico e com sua concretização por meio das declarações de direitos humanos – as quais são, em realidade, a transmutação da teoria do direito natural para um território laico e racionalista no qual o Estado contemporâneo possui suas raízes. A ideia de um direito universal, aplicável a todos os seres humanos, acompanha o pensamento jurídico desde o *ius gentium* do direito romano, o qual pode ser considerado o embrião da concepção dos direitos universais que a *Déclaration des droits de l'homme e du citoyen*, de 1789, prenuncia, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consolida em um nível transnacional. Referidos direitos são paulatinamente

incorporados nas ordens jurídicas estatais em uma série de níveis e categorizações, cristalizados por meio do constitucionalismo, e inclusive capilarizados nos ordenamentos jurídicos – entretanto, em última instância, são direitos referentes à condição ontoteológica do ser humano que o pensamento jusnaturalista constituiu ao longo de muitos séculos. O presente trabalho se ocupará também desta problemática, abordando as questões que constituem a passagem entre a condição ontoteológica do homem que o jusnaturalismo prestigia e a concepção propriamente jurídica dos direitos subjetivos que se referem a uma tal condição.

Se os direitos humanos *stricto sensu* são a vertente propriamente jurídica dos direitos naturais, os direitos fundamentais são a vertente positivada dos direitos humanos *stricto sensu* no plano constitucional. É possível prosseguir na seriação: falar dos direitos da personalidade como a vertente privatista dos direitos fundamentais, das garantias penais, dos princípios processuais e das inúmeras e variadas formas pelas quais uma ordem jurídica é capaz de absorver e instanciar a gama de direitos humanos. Sabe-se que as categorias sucessivas “direitos naturais”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, embora derivem matricialmente da mesma raiz, representam categorias diversas, representativas de âmbitos distintos do Direito e da teoria jurídica; manifestam-se em respectivos territórios específicos e são, ao fim e ao cabo, fenômenos e conceitos jurídicos fundamentalmente diversos entre si. Apesar disso, em virtude de sua origem matricial comum e, sobretudo, da coerência argumentativa do presente trabalho (que pretende estabelecer a relação hermenêutica entre o jusnaturalismo neoclássico e a *ideia de* direitos atribuíveis ao ser humano), para efeitos de leitura deste texto, todas estas categorias estão englobadas sob a designação “direitos humanos” – lendo-se-a aqui, portanto, como *direitos humanos em um sentido lato*.

Portanto, o objetivo geral do presente trabalho se orienta pela conjunção dos três objetivos específicos acima mencionados. Considerando o trajeto histórico do pensamento jusnaturalista, desde sua concepção filosófica como ordenação cosmológica, sua sistematização no tomismo, sua convolação nos direitos humanos e sua consolidação na contemporaneidade como uma estrutura teórica que é referente essencialmente ao conteúdo do direito e à sua inflexão com a ética, é possível afirmar que o jusnaturalismo é o território hermenêutico dos direitos humanos básicos; a estrutura teórica que o direito natural proporciona se constitui como o

substrato a partir do qual tais direitos podem *florescer*, atingindo sua máxima expressão conceitual e pragmática.

Assim, a conclusão pela qual a presente dissertação se orienta é justamente a maneira como a concepção matricial dos direitos humanos deságua em um horizonte hermenêutico precipuamente ligado ao neojusnaturalismo e a seu arcabouço ontoteológico. Conclui-se, portanto, que o jusnaturalismo de cariz aristotélico-tomista, embora refundamentado pelo pensamento contemporâneo, é o horizonte hermenêutico próprio dos direitos humanos fundamentais, precisamente por sua referencialidade à condição ontológica do homem.

Para atingir este desiderato geral, então, o percurso argumentativo do trabalho pretende abordar os seguintes objetivos específicos. Em primeiro lugar, a delimitação da teoria jusnaturalista de Tomás de Aquino: suas raízes, seu percurso histórico, suas questões fundamentais e os elementos que são cruciais para a compreensão da inflexão ontológica para com os direitos humanos básicos. Em segundo lugar, percorreremos a análise crítica dos elementos do jusnaturalismo tomista que se espraiam na teoria jurídica da contemporaneidade, especialmente a partir da perspectiva da teoria de John Finnis e das correlações que esta pode estabelecer com alguns aspectos do jusnaturalismo analítico contemporâneo, com foco na concepção dos bens humanos básicos e na razoabilidade prática. Em um terceiro momento, abordaremos o trajeto que conduziu o pensamento jurídico ao discurso dos direitos humanos (através da transmutação do pensamento jusnaturalista) e à noção de subjetividade jurídica (desde o *ius gentium* até a constitucionalização, passando pelo tomismo, pela escolástica e pela modernidade). Por fim, demonstraremos a correlação entre o jusnaturalismo neoclássico e a territorialidade hermenêutica dos direitos humanos, apresentando esta vertente do direito natural como a matriz teórica que melhor se coaduna com o conceito de direitos humanos fundamentais.

Se há, como afirma Finnis, bens humanos garantidos apenas por intermédio do direito, é precisamente porque há uma ligação indissolúvel entre o direito e o bem do ser humano: não se pode falar de um sem referir o outro, ambos são uma só e mesma coisa e constituem critérios recíprocos de legitimidade e adequação. O jusnaturalismo, enquanto estrutura teórico-jurídica do bem humano, é o território, o âmbito, o substrato último da compreensão, aplicação e florescimento dos direitos humanos fundamentais, em suas diversas categorias jurídicas. É o que o presente trabalho pretende demonstrar.

2 O JUSNATURALISMO TOMISTA

A obra filosófica de Tomás de Aquino evidentemente não é direta ou centralmente orientada para o estudo do direito e da política. Tomás foi, antes de qualquer outro qualificativo, um *religioso* – e, portanto, o conjunto de seu pensamento orbita ao redor de temas próprios da tradição cristã medieval, muito embora seja impossível afirmar que tais temas foram abordados dogmática ou pacificamente³. O modo de exposição por meio do qual Tomás escreve revela a existência de dissenso teórico na produção acadêmica da época, profundas discordâncias filosóficas entre os pensadores da igreja e uma quantidade considerável de lacunas argumentativas a serem solucionadas, ao mesmo tempo em que se vale, indelevelmente, da tentativa de superar tais contradições para unificar de maneira lógica e sistemática o conjunto da fé cristã. Este intento resultou em um legítimo sistema filosófico totalizante, cujo objeto é a realidade do cosmo interpretada a partir da perspectiva do cristianismo. Uma consequência deste procedimento é o fato de que o pensamento tomista perpassa uma série de temas filosóficos que, apesar de não estarem diretamente ligados à temática da espiritualidade, lhe servem de sustentação: epistemologia, metafísica, ética; temas, em geral, caros à filosofia da Antiguidade com a qual Tomás assumiu a tarefa intelectual de conciliar a cosmovisão cristã. Ao mesmo tempo, este edifício teórico possui também uma série de derivações e desdobramentos, dentre os quais nasce uma doutrina do direito, uma teoria da justiça e uma análise da política, cujo conjunto representará o paradigma do jusnaturalismo no Ocidente:

As the term ‘natural law theory’ is now used, Aquinas is the paradigmatic natural law theorist. [...] His thinking in moral, political, and legal matters is the reference point by which later natural law theories (for example, Hobbes’s, Locke’s) are classified as such, and his thinking on these matters is the reference point by which earlier writers (for example, Aristotle, the Stoics) are assessed as proto-natural law philosophers.⁴

³ A esse respeito, quanto à biografia acadêmica de Tomás e às controvérsias teóricas existentes à época: “Trata-se, em primeiro lugar, de uma *vida de lutas* e não de uma vida tranquila. Livremo-nos de uma vez por todas da falsa imagem de um mundo medieval uniforme e sonolento no conformismo” – VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020. p. 133.

⁴ MURPHY, Mark. **Natural law in jurisprudence and politics**. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 1.

O presente capítulo busca, de maneira breve, abordar alguns pontos do jusnaturalismo tomista que constituirão o alicerce do jusnaturalismo posterior. Não há, aqui, a pretensão de abordar o argumento tomista passo a passo, ou mesmo de investigar pormenorizadamente suas raízes ou fontes – o presente trabalho não tem por único escopo a abordagem completa da teoria ético-jurídica de Tomás de Aquino, a qual é muito bem explorada e descrita na bibliografia utilizada. Desta forma, considerando a vastidão da obra de Tomás (e, conseqüentemente, a imensidão de comentadores cujo trabalho se propôs a compreender as ricas minúcias de sua obra), a intenção deste capítulo é tão somente fazer referência a alguns elementos específicos do jusnaturalismo clássico que virão a transcender o tomismo para compor o panorama do direito natural na contemporaneidade.

2.1 A tipologia da lei na Suma Teológica

A teoria jusnaturalista de Tomás de Aquino é condensada por meio das relações recíprocas entre lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina – os quatro tipos de lei analisados nas questões 90 a 97 da Primeira Seção da Segunda Parte da Suma Teológica (sua *magnum opus*). Mais do que uma mera proposta teórica, um dos propósitos da teoria tomista quanto aos tipos de lei é fornecer uma estrutura ontológica para a manifestação da conduta humana em seus mais diferentes âmbitos e escopos, constituindo o arcabouço sobre o qual se exerce o agir humano na ordem da realidade cósmica, na manifestação de suas potencialidades intrínsecas e na contingência da regulação das ações concretas.

Já no artigo quarto da primeira questão do Tratado da Lei, Tomás define a lei como “uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade”⁵. Cada um desses elementos é cuidadosamente construído nos artigos precedentes e apresenta inúmeros desdobramentos para a adequada compreensão do pensamento jurídico de tradição aristotélico-tomista e,

⁵ TOMÁS DE AQUINO. **Suma Teológica**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005. p. 527. Ao longo do presente trabalho, por questões de clareza e facilidade de localização, as referências à Suma Teológica serão oriundas desta edição, mas indicadas por meio do trecho de onde foram extraídas; no presente caso, ST, I-II, Q90, art4, s [significando *Suma Teológica, Primeira Segunda Parte, Questão 90, artigo 4º, solução*].

consequentemente, para a raiz do jusnaturalismo que se desenvolveu sobre este alicerce. Cabe destacar que esta definição se refere à ideia geral de lei *em si mesma*, e não a um tipo específico de lei; portanto, a definição é extensível a todas as suas modalidades. O conceito abrange quatro elementos: a ordenação pela razão humana (ou seja, a inerente conexão com a razão prática como um elemento material de validade estrutural da lei), a promulgação (o estabelecimento formal da lei sobre o arcabouço político de sua veiculação), a legitimidade do chefe da comunidade à qual se refere (como exercente da autoridade política) e, por fim, o direcionamento ao bem comum. Dois dos elementos são referentes a uma estrutura formal de validade (a promulgação e a autoridade), e os outros dois apontam para o conteúdo material da lei (a razoabilidade prática e o direcionamento ao bem comum) – o que, por si só, antecipa o paradigma jusnaturalista da existência de conteúdo material como um elemento necessário e intrínseco à própria ideia de lei. Nesse sentido, Mark Murphy afirma que, contemporaneamente, é justamente esta a tese central do jusnaturalismo:

The central claim of natural law jurisprudence is that there is a positive internal connection between law and decisive reasons for action: law is backed by decisive reasons for action. (For there to be a decisive reason to ϕ is for ϕ -ing to be a reasonable act for one to perform and not ϕ -ing an unreasonable act for one to perform, and so for a law to be backed by decisive reasons is for there to be decisive reasons to perform any act required by that law.) The central claim of natural law political philosophy is that law has this reason-giving force through the common good of the political community. Natural law jurisprudence most fundamentally asserts that it is of the essence of law to bind in reason; natural law political philosophy most fundamentally asserts that what makes law bind is its role with respect to the common good of the political community.⁶

O primeiro argumento tomista quanto ao conteúdo material da lei é o de que a lei pertine à razão. Como a lei seria algo que regula a conduta humana, e como a conduta humana somente se permite ser regulada por ditames para com os quais há razão suficiente para conformidade, a lei só pode ser algo com relação ao que o homem possui razões suficientes para conformar sua conduta. Como decorrência deste primeiro argumento, segue-se que a conexão entre a lei e razão é orientada por meio do bem comum, porquanto as razões para a conformidade de uma coletividade

⁶ MURPHY, 2006, p. 1.

a uma lei advêm da persecução ou atingimento do bem comum. As duas teses tomistas quanto ao jusnaturalismo, portanto, são, em primeiro lugar, a conexão interna entre a lei e a razão, e, em segundo, o papel central do bem comum na força racionalizadora da lei (e, uma vez que Tomás é o paradigma teórico do jusnaturalismo, não seria equivocado estender tais teses ao jusnaturalismo neotomista como um todo). O próprio direcionamento da lei ao bem comum é uma consequência de sua razoabilidade intrínseca:

Ora, o primeiro princípio, na ordem das operações, à qual pertence a razão prática, é o fim último. E sendo o fim último da vida humana a felicidade ou beatitude, como já dissemos, há de por força a lei dizer respeito, em máximo grau, à ordem da beatitude. Demais, a parte ordenando-se para o todo, como o imperfeito para o perfeito; e sendo cada homem parte da comunidade perfeita, necessária e propriamente, há de a lei dizer respeito à ordem para a felicidade comum.⁷

E este direcionamento ao bem comum é também intrínseco à estrutura da lei, condicionando sua natureza mesma e delimitando sua essência por meio deste elemento conceitual típico: “por onde e necessariamente a lei sendo por excelência relativa ao bem comum, nenhuma outra ordem, relativa a uma obra particular, terá natureza de lei, senão enquanto se ordena ao bem comum”⁸.

O fato de Tomás ter iniciado o Tratado da Lei com a apresentação da definição sintética de lei indica que o conceito é extensível a todas as espécies de lei – uma vez que, neste ponto do Tratado, ainda não há delimitação dos âmbitos próprios de cada um dos tipos de lei que regulam a conduta humana (eterna, natural, humana). Logo, estes elementos não são acidentais ou contingentes, mas pertinentes à própria essência da ideia de lei, pura e simplesmente. Portanto, os elementos materiais (diretriz da razão e direcionamento ao bem comum) são concernentes ao arcabouço arquetípico da lei e, ao mesmo tempo, compõem sua estrutura básica – tendo-se em conta, ainda, que tal estrutura básica pressupõe o fato de que a lei necessariamente se articula com o agir humano: “a lei é uma regra e medida dos atos, pela qual somos levados à ação ou dela impedidos. Pois, lei vem de ligar, porque obriga a agir”⁹; pelo

⁷ ST, Iallae, Q90, art2, s.

⁸ ST, Iallae, Q90, art2, s.

⁹ ST, Iallae, Q90, art1.

que se conclui que a lei e o direito não gozam, para Tomás, de existência ontológica *per se*. Trata-se então de um conceito amplo, complexo e geral, referente à noção de lei como um todo e à pertinência que tal conceito desenvolve, dinamicamente, com o comportamento do ser humano.

Nesse aspecto, é importante notar que os elementos compositivos do conceito de lei são, eles mesmos, gerais (ou seja, não referentes especificamente a nenhum dos tipos particulares de lei). Logo, a ideia geral de lei bem comum como componente material da ideia geral de lei possibilita inter-relações significativas do ponto de vista conceitual – posto que se aplica tanto à lei civil, secular, quanto aos preceitos universais da lei eterna. Cada uma possui seu próprio âmbito de vigência, e, portanto, cada uma possui um âmbito específico de bem a ser buscado e atingido, muito embora, é claro, a relação entre a lei eterna, a lei natural e a lei humana seja uma relação de interconexão e pertinência, na qual uma abrange e engloba a outra em sua dinâmica. A ordem do cosmos se manifesta também no território da lei: há proporções a serem observadas no funcionamento dos tipos específicos de lei, e a lei humana, como expressão da autoridade política, deve refletir as diretrizes da lei natural, a qual, por sua vez, tem participação na lei eterna (que é a razão divina ordenando a realidade). Lei humana e lei natural, cada uma em seu espectro de atuação, são participações da razão divina no que pertine à cognoscibilidade da razão humana. O conjunto dinâmico destes âmbitos normativos constitui o a teoria jusnaturalista de Tomás de Aquino.

De forma meramente esquemática, e apenas com a finalidade de indicar as consequências teóricas que serão enfatizadas ao longo do presente trabalho referentemente a cada um dos conceitos de lei e seus respectivos desdobramentos no jusnaturalismo contemporâneo, o panorama apresentado por Tomás é o seguinte.

2.2 Lei eterna e lei natural

A lei eterna, conceito introduzido no mundo filosófico-cristão por Agostinho, é, para Tomás, a expressão máxima da racionalidade divina no cosmo: a estrutura fundamental da ordenação da realidade existente, conforme idealizada na mente

divina¹⁰, “enquanto ordenada por Deus para o governo das coisas por ele preconhecidas”¹¹. Trata-se de um conceito metafísico cujo fundamento é claramente platônico, na medida em que esta idealização divina da realidade desempenha um papel próximo ao que o Demiurgo exerce no *Timeu*¹², sendo, porém, esquematicamente transposta para a mente de Deus¹³ desde Agostinho. A leitura que Tomás faz de Platão resgata a questão metafísica posta por meio das Formas eternas e imutáveis, e, desse modo, o que Tomás entende por “lei eterna” é o conjunto de arquétipos que ontologicamente estruturam a realidade a partir das ideias presentes na mente divina. Reflete, assim, o modo como o Universo existe e se sustenta¹⁴, e, além de estrutural e metafísica, possui também uma função epistemológica, porquanto antecipa uma teoria correspondentista da verdade: *veritas est adequatio rei et intellectus*¹⁵. A lei eterna assegura a possibilidade de conhecimento da realidade exterior, a partir da adequada relação de proporção¹⁶ entre a razão humana e a realidade cognoscível¹⁷.

Para além de caracteres ontológicos e epistemológicos, a lei eterna é o elemento metafísico que confere unicidade e ordenação à realidade do cosmo – e a lei natural, a seu passo, é a expressão desta mesma ordenação na existência concreta dos seres. O conceito remete à filosofia clássica: a lei natural é a regulação inerente

¹⁰ VILLEY, 2020, p. 141.

¹¹ ST, Iallae, Q91, art1, resp1.

¹² “Na verdade, o deus quis que todas as coisas fossem boas e que, no que estivesse à medida do seu poder, não existisse nada imperfeito. Deste modo, pegando em tudo quanto havia de visível, que não estava em repouso, mas se movia irregular e desordenadamente, da desordem tudo conduziu a uma ordem por achar que esta é sem dúvida melhor do que aquela. Com efeito, a ele, sendo supremo, foi e é de justiça que outra coisa não faça senão o mais belo”. PLATÃO. *Timeu*. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p. 97.

¹³ LISSKA, Anthony. **Aquinas’s theory of natural law: an analytic reconstruction**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 113.

¹⁴ Segundo LISSKA (1996, p. 115), Tomás chega a uma tal conclusão por meio de um método filosófico essencialmente analítico, que pressupõe o conteúdo proposicional de afirmações teológicas. Tal método diferencia-se, assim, do positivismo lógico, do irracionalismo de Tetuliano, de Camus e de outras correntes filosóficas que argumentem que o discurso metafísico é desprovido de sentido proposicional (sendo, portanto, insuscetível de consideração filosófica). Para Tomás, trata-se, acima de tudo, de sopesar a condição epistêmica da revelação divina – a qual, a despeito de possuir natureza de *revelação*, assume uma *forma proposicional* na medida em que é acessível ao intelecto humano. Do ponto de vista ontológico, o método do qual Tomás se vale é especialmente relevante quando aplicado à afirmação segundo a qual o homem existe *à imagem e semelhança de Deus*, o que pressuporia a existência de ideias arquetípicas na mente divina (LISSKA, 1996, p. 116).

¹⁵ VILLEY, 2020, p. 140.

¹⁶ LISSKA, 1996, p. 87.

¹⁷ Tal relação é biunívoca: funciona da realidade *para* o sujeito (como quando se compreende, por meio do exercício da razão especulativa, que a estrutura química da água é H₂O), como do sujeito *para* a realidade (como quando, por meio do exercício da razão prática, se produz algo a partir de uma ideia preconcebida na mente) – LISSKA, 1996, p. 116.

à própria existência do homem. Tomás endossa a ideia aristotélica de movimento, da passagem da potência ao ato, de dinamismo que impele os seres a um dado fim de acordo com a ordenação que lhes é natural e intrínseca. A lei da natureza participa da lei eterna, porque manifesta a mesma ordenação no que concerne à existência real dos seres, vinculando suas ações mediante o mesmo princípio ordenador, ao qual todas as coisas estão naturalmente sujeitas. Há, portanto, vários elementos dignos de nota na concepção tomista da lei natural.

O primeiro deles é a sua origem. A expressão “lei natural” não aparece tão frequente ou claramente nos escritos de Aristóteles¹⁸, e parece ter sido transposta do estoicismo para o cristianismo por meio de Agostinho. O próprio Tomás cita Cícero como fonte diversas vezes ao longo da Suma Teológica, muito embora o faça de modo muito mais tímido do que quando menciona Aristóteles; e Cícero é célebre justamente pela defesa que faz da noção de lei natural com base na ordenação metafísica do cosmos¹⁹ – uma noção herdada do estoicismo. O efetivo papel que Cícero desempenha na estrutura conceitual da teoria tomista é controverso, e se confunde justamente na dimensão que o conceito de “lei natural” assume nos escritos de Tomás. Por um lado, Villey, comentador tradicional do tomismo, afirma que a doutrina do direito natural de Tomás “possui uma qualidade desconcertante para um historiador das doutrinas acostumado com os autores modernos: a de ser pouco original”²⁰; na medida em que adota “as grandes teses da filosofia clássica no que concerne à ordem natural [...]; o legado comum de Aristóteles, de Platão, dos estoicos”²¹ – e há autores, inclusive, que veem em tal remissão justamente o elemento que confere coesão à

¹⁸ IRWING, Terence H. Aquinas, natural law and eudaimonism. In: KRAUT, Richard (ed.). **The Blackwell guide to Aristotle's Nichomachean Ethics**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 326.

¹⁹ Lê-se em Cícero: “Percebo, portanto, que era esse o pensamento dos mais sábios, que a lei não foi concebida nem pelas inteligências dos homens nem por algum decreto dos povos, mas por algo eterno que regeria todo o universo com a sabedoria de ordenar e proibir” – CÍCERO. **Das Leis**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2021. p. 45. A lei natural como elemento de ordenação do cosmos deságua, desde então, na rejeição do positivismo jurídico: “De toda forma, nós não podemos discernir a lei boa da má por qualquer outra norma, senão a da natureza. Não somente o direito e a injustiça distinguem-se por natureza, mas todo o conjunto das coisas honestas e desonrosas; assim, pois, a natureza produz em nós as inteligências comuns e as insere em nossas almas, para que as coisas honestas sejam baseadas na virtude e as desonrosas nos vícios: porém, considerá-las com base na opinião, e não na natureza, é coisa de quem perdeu o juízo. [...] A virtude, pois, é a razão perfeita, que existe por certo na natureza: logo, do mesmo modo, toda a honestidade” – Ibid., p. 33.

²⁰ VILLEY, 2020, p. 139.

²¹ Ibid., p. 141. Vale destacar que o comentário de Villey não tenciona desmerecer a obra de Tomás, na medida em que o trecho destaca adequadamente que a *originalidade* é competentemente substituída pela completude, erudição e sistematicidade do pensamento tomista, segundo o contexto acadêmico à época de sua produção.

doutrina tomista do direito natural²². Por outro, a adoção do conceito de *lei natural* certamente incorporou elementos do ideário ocidental nos séculos que separam Tomás de Agostinho e dos estoicos clássicos, o que torna o conceito tomista de lei natural surpreendentemente inédito em certo aspecto:

Em seu Tratado do livre-arbítrio (e alguns outros escritos), Agostinho construiu o esboço de uma teoria das leis. A Suma lhe toma de empréstimo o vocábulo lei eterna. Enquanto Cícero a qualificara de *constans et sempiterna*, ei-la denominada *Lex aeterna*, cujo objeto é que tudo esteja plenamente ordenado no Universo: *ut omnia sint ordinatissima* (*De libero arbitrio*, I, 6). Só a teologia cristã desenha dela um quadro completo, constituído analogicamente à imagem das leis das cidades humanas (só se fala de Deus por analogia).²³

Ora, a lei natural se manifesta *no homem*.²⁴ No Tratado da Lei, a questão que introduz o conceito indaga “se há *em nós* uma lei natural”²⁵ – pelo que se conclui haver uma relação direta entre a lei natural e a razão, na medida em que a razão é o elemento distintivo entre o homem e os demais seres: “a lei natural é algo constituído pela razão, assim como a proposição é uma obra da razão”²⁶. A pertinência com a racionalidade é um elemento constitutivo da própria ideia de lei²⁷, compositiva de seu conceito, mas, aqui, na derivação da lei natural a partir de sua participação na lei eterna, assume um caráter ainda mais significativo: a lei natural somente adquire plenitude quando se manifesta através especificamente da ação racional do ser humano²⁸. Por este motivo, Tomás fala em *gradações* do exercício da lei natural: nas substâncias em geral, a conservação de seu ser; nos animais, “a união entre macho e fêmea, a educação dos filhos”; no homem, além de todas as outras manifestações anteriores, também “a inclinação para o bem *segundo a razão que lhe é própria*”, bem

²² Cf. SEAGRAVE, Adam. Cicero, Aquinas and contemporary issues in Natural Law Theory. In: **The Review of Metaphysics**, v. 62, n. 3, mar. 2009 – “St. Thomas’s natural law is both more accurately understood and more persuasive when it is viewed as a continuation and culmination of this Ciceronian-Aristotelian natural law than as the inchoate expression of a ‘new’ natural law”.

²³ VILLEY, Michel. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 93

²⁴ ST, Iallae, Q94, art2.

²⁵ ST, Iallae, Q90, art2.

²⁶ ST, Iallae, Q94, art1.

²⁷ ST, Iallae, Q90, art4.

²⁸ “Ora, entre todas as criaturas, a racional está sujeita à Divina Providência de modo mais excelente, por participar ela própria da providência, provendo a si mesma e às demais.” ST, Iallae, Q91, art2.

como a vida em sociedade e o conhecimento da verdade sobre Deus – de maneira que a lei natural se perfectibiliza à medida que é exercida através da razão do homem.

Trata-se, portanto, de uma expressão da estrutura da realidade mesma naquilo que é cognoscível ao ser humano; que desvela o naturalmente essencial à racionalidade do homem justamente em decorrência de sua conformidade à natureza (e, por consequência, à lei eterna). Enquanto a lei eterna é alheia e precedente ao homem, a lei natural lhe é intrínseca, e nele mesmo se manifesta segundo o que lhe é próprio; ou seja, concretiza-se mediante a atualização da predisposição do homem para o agir racional, seja através da razão especulativa, seja através do exercício da razão prática na condução das suas ações. A lei natural apresenta-se essencialmente como um produto da razão na ação humana, porquanto busca a realização desta mesma razão por meio do que Tomás considera um princípio indemonstrável: a persecução do bem (princípio este que estabelece uma forma muito particular de teleologia). O ser humano acomoda sua conduta no quadro predefinido da lei natural, e assim se adequa à realidade por meio da relação de participação que a lei natural desempenha para com a lei eterna.

2.3 Natureza humana e essencialidade

O arquétipo mais relevante da lei eterna é a ideia de *natureza humana*, concretizada em cada indivíduo existente, e atualizada segundo a realização de tal natureza na sua existência específica:

The archetype of human nature is exemplified in existing human beings. This becomes important in an analysis of natural law. Eternal law is not natural law, but the archetype in the divine mind after which human beings have been created. This account indicates how Aquinas used Aristotelian theory for his own purposes in developing an explication of philosophical concepts central to his system²⁹.

²⁹ LISSKA, 1996, p. 116.

Em Aristóteles, há uma conexão explícita entre a natureza humana como condição ontológica, o exercício da razão como atividade tipicamente humana e a prática da virtude:

Se, então, a função do homem é uma atividade da alma que implica um princípio racional, e se dizemos que “um homem” e “um bom homem”, por exemplo, têm a função que é a mesma em espécie, [...] afirmamos que a função própria do homem é uma certa espécie de vida, e que esta é constituída por uma atividade ou por ações da alma que implicam um princípio racional, e que a função de um bom homem é uma boa e nobre realização das mesmas; [...] se de fato é assim, repetimos, o bem do homem vem a ser a atividade da alma em consonância com a virtude e, se há mais de uma virtude, em consonância com a melhor e mais completa entre elas.³⁰

Por sua vez, com evidente inspiração aristotélica, Tomás de Aquino igualmente propõe um fundamento ontológico para a teoria moral, e o ponto de apoio para tal transposição é justamente a razão humana. Comentando a passagem acima, Tomás estreita ainda mais a interconexão entre a razão naturalmente intrínseca ao homem e a constante necessidade de se buscar o bem agir para a realização da natureza racional:

Si la operación del hombre consiste en cierta vida, en obrar de acuerdo a la razón, se sigue que el obrar bien de acuerdo a la razón, es propio del hombre bueno. Hacerlo del mejor modo será propio del mejor, vale decir, del hombre feliz. A la razón de virtud pertenece que quien la posee obre bien de acuerdo a ella. [...] Si la operación del hombre bueno o feliz es obrar bien y del mejor modo, de acuerdo a la razón, se sigue que el bien humano, la felicidad, es la operación según la virtud.³¹

Se, por um lado, a razão é uma propriedade natural do ser humano, o exercício desta mesma razão no agir possibilita o desenvolvimento de outras inclinações igualmente naturais e intrínsecas ao homem, de maneira que o funcionamento da lei natural ocorre precisamente por meio da realização recíproca e contínua das disposições inerentes ao próprio ser:

³⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008. p. 27.

³¹ TOMÁS DE AQUINO. **Comentários a la Ética a Nicômaco de Aristóteles**. 2. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2001. p. 93.

En efecto, hay una disposición natural que beneficia a la virtud, como se dijo en el libro sexto. Vimos que algunos, enseguida de nacer, parecen fuertes o templados según una inclinación natural. Vimos también, allí, que esta virtud natural es imperfecta. Para su perfección se requiere que sobrevenga la perfección del entendimiento o razón; y, por ello, se requiere la enseñanza, que bastaría si la virtud consistiera en el entendimiento o razón solamente, según la opinión de Sócrates, quien sostenía que la virtud es ciencia. Pero, como para la virtud se requiere la rectitud del apetito, es necesaria también la costumbre por la cual el apetito se inclina al bien.³²

A teoria moral de Tomás é profundamente *humanista*: no que concerne à lei natural, não depende diretamente de elementos transcendentais (como Deus), ou mesmo de preceitos morais abstratos ou normativistas. Uma vez que a lei natural está inscrita na própria natureza humana e é acessível por meio da razão, Lisska afirma, inclusive, que sob esta perspectiva a ninguém é necessário conhecer a lei eterna para se ter conhecimento da lei natural³³, e que o fato de a lei natural apontar de maneira focal à condição natural e factual do ser humano é tão independente da ideia de Deus que poderia até mesmo ser resultado de um processo puramente evolutivo³⁴. No mesmo sentido, Terence Irwing destaca que, no que concerne à natureza da moralidade, a posição de Tomás de Aquino é semelhante à de Aristóteles: não há uma estrutura propriamente normativa na moral³⁵. Como consequência, ainda que Tomás pressuponha a existência de Deus como o Ente que ordena todo o cosmo e mantenha a sua existência, a ideia de lei natural não depende de maneira direta ou unifocal da noção de Deus como um legislador universal:

Rational creatures share in divine reason, insofar as their own reason is naturally illuminated so that they can distinguish good from bad. This discrimination of good from bad, and this foresight for oneself and others, constitute natural law. Natural law includes commands that do not consist in expressions of the will of any external legislator. We find them in the principles discovered by practical reason as a result of deliberation about the final good; these principles, therefore, are precepts of natural law. [...] Aquinas certainly believes in God as a legislator, but he does not take divine legislation to be essential to the existence of a natural law.³⁶

³² TOMÁS DE AQUINO, 2001, p. 586.

³³ LISSKA, 1996, p. 106.

³⁴ Ibid., p. 108.

³⁵ IRWING, 2006. pp. 323-341.

³⁶ Ibid., p. 326.

Irwing analisa, no texto citado, a contraposição entre o voluntarismo típico de algumas vertentes do jusnaturalismo (como no caso de Pufendorf, por exemplo) e o naturalismo de Tomás – segundo o qual os elementos morais existentes na noção de lei natural são independentes da imposição legislativa da parte de Deus, justamente porque atinentes ao exercício da razão prática, a qual, por sua vez, é intrínseca à natureza do homem. A questão da razão prática e o papel que esta desempenha no jusnaturalismo tomista será abordada mais pormenorizadamente mais adiante; por ora, contudo, é preciso mencionar que o ponto de inflexão da teoria da lei natural é, fundamentalmente, a ideia de natureza humana (com todos os desdobramentos que um conceito multifacetado como tal é capaz de propiciar). No contexto da fundamentação filosófica do jusnaturalismo, trata-se de um conceito ligado sobretudo à *ontologia*.

É inegável, neste sentido, que a ideia de *natureza humana* nos escritos tomistas permite algumas aproximações metafilosóficas, especialmente quando contraposta à noção de *essência* e aos sentidos que esta adquiriu ao longo do percurso histórico da metafísica. Lisska aponta³⁷, por exemplo, diferenças fundamentais entre a ontologia tomista e a epistemologia pós-cartesiana, sobretudo no positivismo lógico e na filosofia analítica do século XX. O positivismo científico do Círculo de Viena consolidou a tendência antimetafísica na epistemologia, endossando a necessidade de precisão absoluta nas definições conceituais que poderiam ser objeto de considerações filosóficas; assim, proposições só seriam dotadas de sentido epistêmico na medida em que fossem capazes de designar de maneira precisa os conceitos aos quais se referissem. A rejeição da metafísica tradicional, no caso do positivismo lógico, significa defender uma ontologia empiricista e formalista, que rejeita qualquer elemento metafísico pela inerente ausência de significado: o elemento básico do conhecimento da realidade é o conceito, e não o ente³⁸. Contemporaneamente, pensadores como Bertrand Russel, Willard Quine e George Moore tendiam a compreender a ideia de um ente universal como um conjunto de

³⁷ 1996, p. 113.

³⁸ UEBEL, Thomas. Vienna Circle. In: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/vienna-circle/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

propriedades essenciais que, redutivamente, são conceitualmente definidoras daquela categoria universal e, ao mesmo tempo, diferenciadoras dos demais entes. Trata-se, sobretudo, da sobreposição do *conceito* ao *ente*: a essência de um ser, analiticamente, deveria ser redutível a propriedades estáticas, praticamente matemáticas, aptas a fornecer a definição precisa e imutável de um ser e, assim, possibilitar a intelecção e a elaboração de raciocínios tendo-o como objeto (razão pela qual, inclusive, o termo “essência” foi aos poucos abandonado, justamente pela equivocidade que a metafísica moderna e contemporânea tenciona eliminar³⁹).

A concepção tomista é radicalmente diferente, porém. Alinhando-se à tradição e ao vocabulário aristotélicos, Tomás afirma que um ser (ou substância) é composto por *matéria* e *forma*, e as propriedades que o compõem possuem um caráter fundamentalmente *disposicional* – ou seja, tendente a realizar predisposições intrínsecas: “the model of a tulip bulb developing during the spring is closer to Aquinas’s concept of essence than the definition of a triangle”⁴⁰. A essência, dinâmica, não equivale ao conceito, estático; porque necessariamente realiza movimento, desenvolvimento, o *vir-a-ser*, mas sempre em coextensão com a forma intrínseca à substância. Trata-se, evidentemente, de uma ontologia dinâmica da realidade, referente às *coisas* e, evidentemente, ao *homem*⁴¹. Trata-se do conceito de *disposicionalidade*, como se verá na sequência.

³⁹ MOTLOCH, Martin. Essência. In: BRANQUINHO, João; SANTOS, Ricardo (eds). **Compêndio em linha de problemas da filosofia analítica**. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/20048/1/motloch_2014_essencia.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

⁴⁰ LISSKA, 1996, p. 118.

⁴¹ O essencialismo aristotélico-tomista foi revisitado pela metafísica contemporânea, especificamente por Saul Kripke e Hilary Putnam, para os quais a referência de tipos universais não se baseia na arbitrariedade do nome ou na simples indicação de conceitos mentais, mas sobretudo na designação de uma natureza comum que é compartilhada por todos os seres pertencentes à categoria. Essências são, antes de tudo, tipos naturais, o que implica uma relação com a realidade mesma, e não apenas uma definição de determinadas propriedades abstratas. Nesse sentido: “Hilary Putnam and Saul Kripke famously argued for a version of philosophical essentialism as applied to natural kinds, according to which there are scientifically discoverable necessary and sufficient conditions for belonging to a natural kind. In particular, these necessary and sufficient conditions consist in a specification of the kind’s hidden underlying structure” – LESLIE, Sarah-Jane. *Essence and Natural Kinds: when science meets preschooler intuition*. In: **Oxford Studies in Epistemology**. v. 4. pp. 108-166. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/LESEAN>. Acesso em: 16 abr. 2024.

2.3.1 Essência e disposicionalidade

Na ontologia aristotélico-tomista, a ideia de teleologia endossa, portanto, uma relação direta com a substancialidade. Os seres tendem a finalidades determinadas e estruturadas segundo os elementos disposicionais que compõem sua natureza, e a realização destas finalidades, por estar incorporada na essência mesma dos seres, representa seu desenvolvimento próprio e perfectibilização. Ainda que existam elementos desviantes do padrão típico, e ainda que Tomás não presuma que a natureza possua um propósito consciente (como o proporião o deísmo ou panteísmo posteriores), a realização das potencialidades dos seres significa a atualização de sua forma essencial, ratificando a pertença do ser à categoria ou à espécie; e a potencialidade é, ela mesma, a concretização das características disposicionais intrínsecas à natureza dos seres. Em um vocabulário aristotélico, o argumento equivaleria a afirmar que a causa final está contida na causa formal. Nesse sentido:

We have only one ultimate end because everything seeks its perfection and therefore seeks an end that fulfils all its desires. The desire for perfection is the desire for one's actualization. This is common to all living creatures, since they are organized for the specific vital activities that constitute their actuality and end, specified by their form. The life that constitutes the healthy state of a creature is the one that actualizes its natural capacities.⁴²

Do mesmo modo, portanto, a natureza humana conteria inerentemente certas propriedades disposicionais ligadas à realização de uma finalidade existencialmente determinada:

Each of these properties in the three sets develops through a process towards a particular end or terminal point. Following Aristotle, each end, by definition, is a good. Hence, there are as many goods as there are ends, and there are as many ends as there are dispositional properties to be developed in an essence. The concept of good is incommensurable in Aquinas's meta-ethics. There is no one content which every instance of good has beyond its ontological status as an end.⁴³

⁴² IRWING, 2006, p. 332.

⁴³ LISSKA, 1996, p. 121.

Sob esta perspectiva, uma aproximação moral ou política da teleologia tomista não seria propriamente finalística (como o seria, por exemplo, o utilitarismo). Sua noção de *telos* estaria bem mais ligada à realização potencial de finalidades intrínsecas essenciais já presentes no ser, e não unicamente à ideia de objetivos ou fins futuros. Lisska afirma⁴⁴, neste aspecto, que Tomás poderia ser mais adequadamente classificado como um deontologista do que um teleologista no sentido estrito:

The metaphysics of finality, on the other hand, argues that an end is to be attained, not because of a subjective desire or wish on the part of the agent, but because the end itself determines the well-functioning of the human person. The disposition has, as a part of its very nature, a tendency towards a specific end. This end, when realized, contributes to the well-being of the individual. This is the crux of natural law moral theory. Nature has 'determined', as it were, the ends which lead to the well-being of the individuals of the natural kind. 'To have been determined', however, means only that these particular ends are part of the development of the individual's essence. This does not entail that God necessarily established human beings in this way. The present stage of human development could just as easily have been the result of evolutionary theory. While the origin of the essence is not a trivial issue, it is not central to elucidating Aristotle's theory of a metaphysics of finality.⁴⁵

O *telos* (fim), não é arbitrário, nem tampouco derivado de desejos, interesses ou vontades pontuais. Possui valor intrínseco na medida em que é a perfectibilização das disposições inerentes à natureza humana. Deste modo, o fim como bem é desejável por si próprio, e é, portanto, um bem objetivo. É neste sentido que a ontologia de Tomás de Aquino desvela de maneira mais clara seu caráter moral – na medida em que está ligada a uma concepção específica de natureza humana, realizar tal natureza de forma disposicional implica em agir segundo certos parâmetros postos pelas inclinações naturais do homem, tidas como bens em si mesmas. Não há normatividade *a priori* na teoria moral tomista, nem tampouco preceptualismo. Do ponto de vista da lei natural, trata-se de uma moral de virtude, de correspondência com a própria natureza, e fundamentalmente diferente de uma moral que orienta a

⁴⁴ LISSKA, 1996, p. 121.

⁴⁵ Ibid., p. 129.

conduta humana por preceitos ou normas predefinidas⁴⁶. Sob esta perspectiva, a concepção tomista de lei natural é completamente independente da lei eterna ou da própria intuição de Deus, posto se fundamentar nas propriedades disposicionais da natureza humana consideradas *realisticamente*. Não é necessário conhecer a lei eterna para conhecer a lei natural. Uma ação humana em tal sentido é fundamentalmente racional, e seu valor moral reside justamente na adequação às potencialidades intrínsecas e à persecução dos bens dados pela natureza humana: “tudo aquilo para que tem o homem uma inclinação natural, a razão naturalmente apreende como bom e, por conseguinte, como obra a ser praticada, e o seu contrário como mal a ser evitado”⁴⁷. Há, portanto, tantos bens quantas são as inclinações naturais do homem, e a sua realização é o que Tomás chama *beatitudo* – um conceito equivalente à *eudaimonia* de Aristóteles e ao *florescimento* de John Finnis, intimamente relacionado à perfectibilização humana compreendida como autorrealização⁴⁸.

A lei natural, assim, é uma inflexão entre a ontologia e a moralidade. Apoia-se na razão prática, e seu conteúdo é cognoscível *de per se* a partir dos elementos próprios à natureza humana objetiva. Neste ponto do argumento, porém, é preciso destacar que o verdadeiro sentido da relação entre ontologia e moralidade é objeto de disputa filosófica, especialmente no que concerne à passagem do *ser* para o *dever-ser*, ou da *inferência de fatos para normas*. Uma tal inferência é logicamente inconsistente, e esta é uma objeção constantemente levantada em face da teoria do direito natural, uma vez que, como o próprio nome parece sugerir, aparentemente pretende derivar o direito (enquanto *dever-ser*) a partir do substrato fático da natureza (ou seja, *o que é*). Tal questão é especialmente relevante para o jusnaturalismo de matriz tomista, na medida em que a passagem para a lei natural perpassa elementos muito fortemente ligados à concepção de uma natureza humana objetivamente considerada – ou seja, a uma concepção *antropológica* daquilo que se chamaria de

⁴⁶ “This metaphysical dimension, therefore, renders Aquinas’s theory of natural law classifiable as a cognitivist/definist meta-ethical theory. Human nature is both a fact in the world and is capable of definition” – LISSKA, 1996, p. 127.

⁴⁷ ST, Iallae, Q94, art2, s.

⁴⁸ As inclinações são expressões de propriedades disposicionais comuns a todos os seres humanos, pela sua própria natureza. Elas se desvelam em processos desenvolvimentais, cuja frustração é o tolhimento da realização do bem respectivo e, por consequência, uma ação imoral. Nesse sentido, LISSKA (1996, p. 125): “An act is morally wrong, not because God commands that ‘A is wrong’, but rather because the act prevents the completion — the self-actualization, as it were — of the dispositional properties which determine the content of human nature”.

natureza humana. É a objeção sustentada por Henry Veatch⁴⁹, no sentido de que o argumento do jusnaturalismo tomista é estruturado sobre a falácia naturalista ao realizar a transposição entre uma concepção objetiva, empírica e concreta de uma natureza humana faticamente considerada e a composição de um arcabouço ético que dela seria diretamente derivado. A crítica é dirigida sobretudo à interpretação que o neojusnaturalismo empresta ao primeiro princípio da razão prática (“*bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*”), apresentado por Tomás como um princípio cognoscível *de per se*, indemonstrável e válido *a priori*, e comparável epistemicamente ao primeiro princípio da razão especulativa referente à concepção do ente⁵⁰. Se Veatch entende que um tal princípio encampa uma falácia lógica porque pressuporia uma concepção empírico-antropológica na natureza humana, a interpretação de Finnis⁵¹ e Grisez⁵² busca afastar a objeção por meio da adequada compreensão da relação entre as duas pontas do argumento: segundo eles, o que estaria em jogo seria justamente a noção de *derivação*, que não operaria aqui segundo um caractere lógico semelhante à dedução. Notadamente, o contra-argumento de Finnis também relativiza a abordagem de Veatch e da sua referencialidade praticamente antropológica à física aristotélica como fundamento da questão⁵³, e, ao mesmo tempo, fornece uma interpretação segundo a qual a natureza humana é concebida por meio de um argumento majoritariamente *epistemológico*. Esta perspectiva permite relacionar a ontologia aristotélico-tomista à concepção da lei natural sem incorrer na falácia naturalista – o que é também endossado pela leitura que Lisska fornece à questão⁵⁴. Este ponto será mais detidamente analisado no capítulo subsequente, na consideração dos desenvolvimentos que a relação entre natureza humana e moralidade apresenta nas leituras contemporâneas do jusnaturalismo tomista.

⁴⁹ VEATCH, Henry Babcock. Natural Law and the Is-Ought Question. In: **The Catholic Lawyer**. v. 26. n. 4. set. 1981. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/tcl/vol26/iss4/2>. Acesso em: 26 jul. 2024.

⁵⁰ ST, Iallae, Q94, art2.

⁵¹ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007. pp. 44-47.

⁵² GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática: um comentário à *Summa Theologiae*, 1-2, Questão 94, artigo 2. In: **Revista Direito FGV**. v. 3. n. 2. jul-dez. 2007. pp. 179-218. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35188>. Acesso em: 16 out. 2024.

⁵³ “Such references to what is (humanly) natural need not be regarded as an appeal to, or expression of, some independent, ‘value-free’ investigation of the sort that Veatch would call (Aristotelian) physics, and that we might call general anthropology” – FINNIS, John. **Fundamentals of ethics**. Washington: Georgetown University Press, 1983. p. 20.

⁵⁴ LISSKA, 1996, pp. 166-188.

Para o presente momento, porém, tem-se que a lei natural compreendida em relação direta com a natureza humana é, assim, o critério de moralidade da ação do homem – e, como tal, o fundamento determinante da lei positiva, o qual distingue o jusnaturalismo como teoria filosófica (na medida em que a tese principal do jusnaturalismo é a existência de um conteúdo intrínseco à norma positiva apto a justificar sua obediência⁵⁵). A chave para a estrutura jurídica do jusnaturalismo tomista consiste, então, na compreensão das relações da lei natural para com a lei positiva.

2.4 A lei humana

O senso comum das críticas mais simples ao jusnaturalismo tomista acusam a suposta coincidência literal entre a lei civil e a lei divina, como se o governo civil e o primado do direito na sociedade fossem meros simulacros de uma teocracia preestabelecida. Evidentemente, dadas a complexidade e a completude da teoria de Tomás, a lei humana manifesta uma estrutura muito mais intrincada do que parece à primeira vista, especialmente quando compreendida no quadro mais amplo da lei natural.

Ainda que a conduta humana seja mobilizada, no mais das vezes, pela lei natural e por elementos de ordem precipuamente moral, e apesar da inclinação natural humana à virtude⁵⁶, para Tomás a lei humana é *necessária* para coibir o mal. Alguns homens não se deixam levar pela virtude a não ser quando coagidos – donde a necessidade da lei humana que, proibindo e punindo condutas reprováveis, possibilita a convivência na sociedade, e, mais que isso, o *aprimoramento* da sociedade com base no constante exercício da razoabilidade prática por parte de seus membros⁵⁷.

⁵⁵ MURPHY, 2006, p. 1.

⁵⁶ ST, Iallae, Q95, art1.

⁵⁷ “Por isso alguns pensam que os legisladores deveriam estimular os homens à virtude e instá-los com o apelo do que é nobre, partindo do pressuposto de que aqueles que já progrediram pela formação de hábitos serão sensíveis a tais influências [...]. Uma pessoa boa, pensam eles, visto que vive com o pensamento fixo no que é nobre, submete-se à argumentação, enquanto uma pessoa má que só se norteia pelo prazer, será corrigida pelo sofrimento, como uma besta de carga” – ARISTÓTELES, 2008, p. 235. O trecho em questão está em 1180a, 5-14, e é conveniente destacar o comentário de Tomás a seu respeito: “Para que un hombre pueda cambiar por la palabra es preciso proponerle algo que sea aceptado por él mismo. Pero, aquél al que el bien honesto no le dice nada sino que se inclina a las pasiones, no acepta lo que se le propone por la palabra conducente a la virtud. Por eso,

Para este desiderato, a lei geral e abstrata é melhor do que o julgamento individual casuístico por parte de juízes⁵⁸, e, além disso, Tomás expressamente destaca que a aplicação da lei deve estar sujeita às contingências da vida humana (na medida em que a lei não é capaz de abranger todos os casos particulares). Consequentemente, a lei humana não é integralmente concomitante com a lei natural, em virtude da “múltipla variedad de las cosas humanas”⁵⁹ – o que explica a variabilidade das leis e dos ordenamentos. Com isso, Tomás parece querer dizer que a lei natural dispõe certos princípios gerais que são derivados de maneira particular de acordo com a disposição específica dos homens e dos estados. Trata-se, aqui, da alocação da razão prática como critério decisório na elaboração e aplicação da lei: é perfeitamente possível que uma regra de razão leve a mais de um resultado desejável, todos igualmente justificados, e todos respeitantes a um escopo mínimo de moralidade (sendo tal escopo referente, em última instância, ao conteúdo minimamente essencial da lei natural conforme seu grau de cognoscibilidade pela razão humana). A lei, portanto, persiste como um móvel da conduta humana, e seu âmbito não coincide inteiramente com o escopo da lei natural.

2.4.1 A relação entre lei natural e lei humana

Uma questão fundamental para a compreensão da relação entre lei natural e lei humana é disposta no artigo 2 da questão 95 no Tratado da Lei, que investiga se toda a lei humana é efetivamente derivada da lei natural. Os argumentos opositivos são tipicamente positivistas: a lei supostamente apresentaria um caráter de conveniência, variabilidade e particularidade nos ordenamentos jurídicos diversos, bem como o fato de haver algumas leis que parecem não possuir razão intrínseca alguma – o que não deveria ser o caso se houvesse uma correlação direta da lei positiva com os preceitos da natureza cognoscíveis pela razão humana.

no es posible o, por lo menos, no es fácil que por la palabra pueda un hombre cambiar aquello que abraza por una larga costumbre. Como tampoco en lo especulativo podría reconducirse a la verdad a aquél que se adhiere con firmeza a lo contrario de los principios que, en lo operable, son proporcionados por los fines, como se dijo” – TOMÁS DE AQUINO, 2000, p. 585.

⁵⁸ ST, Iallae, Q95, art1, r2.

⁵⁹ ST, Iallae, Q95, art2.

Como corolário, Tomás cita Cícero: “o temor das leis e a religião sancionaram o que, derivado da natureza, foi sancionado pelo costume”⁶⁰ – indicando que a ordenação das ações humanas pela lei natural ocorre de forma anterior e independente da própria necessidade de prescrição positiva por meio da lei. A solução da questão orbita em torno do *conteúdo material* da lei: uma disposição legal será justa apenas e na medida em que respeitar alguma regra de razão – e a primeira regra da razão é a lei natural⁶¹. Tomás afirma que uma lei que desborda da regra da razão “não é lei, mas corrupção dela”⁶² – corroborando, novamente, o fato de que a pertinência à razão é um elemento intrínseco da lei, definidor, portanto, do que é direito. Ora, tanto a lei humana quanto a lei natural são objeto da razão, e a relação sintética entre ambas se estabelece de dois modos distintos: como derivação direta da lei natural (como, por exemplo, a proibição de matar alguém deriva diretamente do preceito natural de não lesar outrem), ou como determinação (no sentido de individuação, concretização, atualização) de preceitos gerais (como na relação entre forma e substância; e como, por exemplo, na definição da pena a que alguém está submetido por descumprir algum preceito da lei natural)⁶³. No primeiro caso (derivação direta), há uma intersecção entre lei natural e lei humana no direcionamento e coordenação das ações humanas; no segundo (determinação), as “disposições [...] haurem o seu vigor só na lei humana”⁶⁴.

No terceiro artigo da questão 95, Tomás levanta alguns aspectos interessantes sobre a definição de lei dada por Isidoro de Sevilha. A ideia manifesta aqui é que a lei positiva regule a conduta humana, mas o faça atendendo à finalidade intrínseca à sua forma – que é, também, a de ser regulada duplamente, pela lei divina e pela lei natural. Note-se que, neste ponto, Tomás se refere à lei divina, e não à lei eterna: são conceitos diversos, porquanto a lei divina se refere à revelação pelas Escrituras, e indica os preceitos de escopo essencialmente espiritual. Alguns elementos de Isidoro de Sevilha são relacionados a essa regulação dúplice: por exemplo, o “ser conforme à religião” equivale à adequação para com a lei divina; o ser “conveniente à disciplina” corresponde à adequação para com a lei natural; e a utilidade humana é o direcionamento ao bem comum, que aparece na própria definição de lei. Novamente,

⁶⁰ ST, Iallae, Q95, art2, cor.

⁶¹ ST, Iallae, Q91, art2.

⁶² ST, Iallae, Q95, art2, s.

⁶³ ST, Iallae, Q95, art2, s.

⁶⁴ ST, Iallae, Q95, art2, s.

ainda sob a perspectiva da relação espiritualística da lei para com a moralidade, a justiça é um componente intrinsecamente pertinente à lei, e derivado da razão: “a disciplina humana se refere, primeiro, à ordem da razão, que está incluída na palavra ‘justa’”⁶⁵. Quanto à razão como elemento *material* da lei, Tomás propõe um exercício de ênfase. A dupla derivação da lei natural origina uma divisão no direito: o direito das gentes deriva da lei natural “como conclusões derivam de princípios”⁶⁶ – ou seja, diretamente, buscando fundamentação na própria ideia de justiça comutativa nas transações entre os homens; ao passo que o direito civil se relaciona com a lei natural por determinação particular (no sentido de concretização, atualização).

Tomás dedica uma série de considerações referentes aos limites da lei humana, e seu efetivo âmbito de atuação na conduta do homem e na organização da sociedade. Já no início da questão 96, Tomás minudencia alguns temas pelos quais havia perpassado no início do Tratado da Lei, iniciando pelo direcionamento ao bem comum. A lei (em geral) não visa o interesse ou o benefício particulares, mas o bem da comunidade – o qual “consta de muitos elementos, que, portanto, a lei há de necessariamente visar”⁶⁷ (a expressão se refere ao caráter pluri-individualista da concepção tomista de bem comum).

Na questão 96, novamente Tomás se refere à contingencialidade dos assuntos humanos, para admitir como natural o fato de que a lei não é capaz de abranger todos os atos particulares em suas determinações. É justamente a contingencialidade das ações humanas que leva Tomás a questionar sobre a viabilidade de proibição, por parte da lei, de todos os vícios aos quais a conduta humana pode se direcionar: aparentemente, reprimir os vícios poderia significar coibir a audácia dos malfeitores, bem como conduzir os cidadãos à virtude e ajustar a lei de maneira mais perfeita à moldura da lei natural; contudo, a questão passa pelo grau de razoabilidade dos agentes sujeitos à lei. As disposições internas que conduzem as ações humanas de maneira virtuosa ou razoável não são uniformes entre os homens, de maneira que nem todos seriam capazes de cumprir a lei caso ela proibisse todos os vícios. Tomás estipula, aqui, um escopo mínimo de legalidade, correspondente às normas basilares da convivência social – que proíbe as ações viciosas apenas em um primeiro nível, em que sejam danosas à comunidade e impossibilitem a convivência social: “por isso

⁶⁵ ST, I-II, Q95, art3, s.

⁶⁶ ST, I-II, Q95, art4, s.

⁶⁷ ST, I-II, Q96, art1, s.

ela não proíbe todos os vícios, de que se os virtuosos abstêm, mas só os mais graves, dos quais é possível à maior parte da multidão abster-se”⁶⁸ (menciona-se, expressamente, o homicídio, o roubo, e coisas semelhantes). Este escopo mínimo de *legalidade* é, na lei humana, o correspondente a um escopo mínimo de *moralidade*, cognoscível *de per se* por se tratar da derivação direta de um princípio atinente à lei natural (e, portanto, dedutível pela própria razão). Não haveria justificativa, portanto, para sistemas legais que não veiculassem proibições a estas espécies de vícios ou condutas irrazoáveis, ou que não as punissem. Reprimir a lesão a outrem parece ser o âmbito mínimo e mais elementar de qualquer sistema jurídico, na mesma medida em que é o âmbito mais basilar da moralidade.

Tomás sugere ainda que a lei deve direcionar gradativamente os homens à virtude e à adoção de condutas efetivamente razoáveis. Mesmo assim, há um âmbito de condutas irrazoáveis quanto ao qual não cabe à lei humana se imiscuir, pois “a lei humana é deficiente em relação à lei eterna”⁶⁹ – o que significa que o vício, enquanto disposição interna do agente, é atinente à moralidade e, portanto, respeita à providência divina. Há, então, uma intersecção entre a lei humana necessária (entendida esta como a lei não-contingencial, e útil para a composição da comunidade civil) e a moralidade, de maneira que há âmbitos da moralidade não necessariamente submetidos ao regramento legal. O que está em questão é o vício que se exterioriza em condutas direcionadas exclusivamente para o próprio agente (e, nesse sentido, o vício que não afeta outrem em nenhuma medida, direta ou indiretamente): na medida em que refoge ao escopo mínimo da legalidade, o vício autorreferente não deve ser diretamente coibido pela lei⁷⁰.

⁶⁸ ST, Iallae, Q96, art2, s.

⁶⁹ ST, Iallae, Q96, art2, r3.

⁷⁰ Tal ocorre precisamente porque, aí, se manifesta uma *justiça meramente analógica*: “Com efeito, as relações que a parte racional da alma guarda para com a parte irracional são desse tipo, e é tendo em vista essas partes que se pensa que um homem pode ser injusto para consigo mesmo, porque tais partes podem sofrer alguma coisa contrária aos seus desejos, de tal modo que parece haver uma justiça entre elas, como aquela que existe entre governante e governado” – ARISTÓTELES, 2008. p. 127. Comentando a passagem, Tomás enfatiza de maneira mais clara que este simulacro de justiça, na medida em que opera segundo um desajuste de partes da alma, está fora do escopo da política e do direito: “Así, em lo dicho hay algo justo e injusto, como entre el que manda y el que es manado. Pero no es verdadera justicia porque no se realiza entre dos, sino que es justicia por semejanza, en cuanto la diversidad del alma se asimila a la diversidad de las personas” – TOMÁS DE AQUINO, 2001, p. 844.

2.5 Lei, virtude e bem comum

A lei, porém, não possui a pretensão de aperfeiçoar o cidadão através da prescrição das virtudes em sua totalidade. A virtude é uma disposição interna do indivíduo, e é também o fim da lei⁷¹ – mas o é apenas na medida em que os atos virtuosos aos quais a lei possa se referir sejam ordenados ao bem comum. As condutas humanas que a lei prescreve como obrigatórias são aqueles com relação às quais se pode vislumbrar o direcionamento ao bem da comunidade política, de forma direta ou indireta. É relativamente explícita, na Suma Teológica, a sustentação da tese de que o bem comum da comunidade é a realização da virtude em cada um dos seus cidadãos, e que o governo civil e a lei devem, portanto, promover tal realização:

Pois, toda lei é estabelecida para ser obedecida pelos súbditos. Por onde é manifesto, que é próprio da lei levar os súbditos a serem virtuosos. Ora, como é a virtude que torna bom quem a tem, segue-se que é efeito próprio da lei tornar bons, absoluta ou relativamente, aqueles para os quais foi dada. Assim, se a intenção do legislador visar o verdadeiro bem, que é o bem comum; regulado pela justiça divina, resulta que, pela lei, os homens se tornarão absolutamente bons. [...] Sendo, pois, cada homem parte da cidade, é impossível seja bom sem ser bem proporcionado ao bem comum; nem o todo pode ter boa consistência senão pelas partes, que lhe sejam proporcionadas. Por onde, é impossível manter-se o bem comum da cidade sem os cidadãos serem virtuosos, ao menos aqueles a quem cabe governar.⁷²

Contudo, trata-se de uma virtude específica, direcionada ao exercício da vida política: “basta, contudo, quanto ao bem da comunidade, que os outros sejam virtuosos enquanto obedeçam às ordens dos governantes”⁷³. John Finnis comenta a passagem enfatizando o elemento intersubjetivo que diferencia a natureza das prescrições próprias da lei humana e a virtude moral:

The passage clearly affirmed that just state law neither prescribes nor prohibits thoughts, dispositions, intentions, choices, or actions which affect

⁷¹ ST, I-II, Q96, art3, s.

⁷² ST, I-II, Q92, art1.

⁷³ ST, I-II, Q92, art1, r3.

only the person whose will or deed they are. State law does not properly have as its responsibility the preservation or promotion of the all-round virtue, let alone the sanctification, of the individual subject, precisely as such. Its role is only to preserve and promote the common good, understood not as every true good in which human beings can share, but as the public good – a matter of interpersonal dealings, of specifically social life.⁷⁴

Ao imprimir o caractere da interpessoalidade no bem a ser perseguido pela lei, Tomás automaticamente associa o bem comum às ideias de ordem, justiça e paz⁷⁵ – elementos dos quais depende a estabilidade das relações jurídico-políticas⁷⁶. E, como consequência, há uma valorização do comportamento virtuoso quando praticado de maneira independente de qualquer prescrição legal:

De dois modos pode um ato ser considerado virtuoso. De um modo, porque o homem pratica atos virtuosos; assim, o ato da virtude da justiça consiste em agir retamente; o da fortaleza, em agir corajosamente. E dessa maneira a lei ordena certos atos de virtude. De outro modo, quando alguém pratica atos virtuosos, como os que pratica o virtuoso. E tais atos sempre procedem da virtude, nem caem sob o preceito da lei; mas é o fim a que o legislador pretende levar.⁷⁷

Ora, o agir bem de forma espontânea, segundo preceitos de justiça e retidão, é o fim a que busca a lei (no âmbito interpessoal da lei civil). Tal desiderato fica perfeitamente claro quando Tomás refere-se ao fato de que os agentes racionais, os quais efetivamente agem segundo os preceitos da virtude e da razão prática, estão fora do escopo coativo da lei: esta não lhes é necessária, porquanto sua conduta já é orientada pela lei natural. Por oposição, são os sujeitos irrazoáveis, que agem em contrariedade às disposições da virtude, a quem se direciona a coercibilidade da lei humana. O que está em questão é a razoabilidade do agente, ou, mais propriamente, da justificação da conduta guiada pelo exercício da razão prática em vistas à consecução do bem comum.

⁷⁴ FINNIS, John. **Aquinas**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 224.

⁷⁵ O legislador pode objetivar o bem comum mesmo de forma mediata, formulando “certas disposições pertinentes à boa disciplina, que informe os cidadãos, para conservarem o bem comum da justiça e da paz” – ST, Iallae, Q96, art3, s.

⁷⁶ FINNIS, 1998, p. 227.

⁷⁷ ST, Ialle, Q96, art3, r2.

2.5.1 O bem, a virtude da prudência e a *sindérese*

Prudência e *sindérese* são conceitos distintos entre si na obra de Tomás de Aquino, muito embora estejam interligados por se referirem à causa do bem agir e ao exercício dos julgamentos próprios da razão prática. A prudência, enquanto virtude humana, é a capacidade de concatenar adequadamente os meios e os fins da ação, sempre com vistas à consecução da felicidade:

A prudência é a virtude mais necessária à vida humana, pois viver bem consiste em agir bem. Ora, para agir bem é preciso não só fazer alguma coisa, mas fazê-lo também do modo certo, ou seja, por uma escolha correta e não por impulso ou paixão. [...] Ora, ao fim devido o homem se dispõe convenientemente pela virtude, que aperfeiçoa a parte apetitiva da alma, cujo objeto é o bem e o fim. Quanto aos meios adequados a esse fim, importa que o homem esteja diretamente disposto pelo hábito da razão, porque aconselhar e escolher, que são ações relacionadas com os meios, são atos da razão. É necessário, pois, haver na razão alguma virtude intelectual que a aperfeiçoe, para ela proceder com acerto em relação com os meios. Essa virtude é a prudência, virtude, portanto, necessária para se viver bem.⁷⁸

É evidente a ênfase que Tomás emprega à voluntariedade da ação movida pela prudência: o exercício da razão prática necessariamente está ligado a um exercício volitivo, consciente e racional do indivíduo. A prudência permite o aperfeiçoamento da razão enquanto hábito – em um indicativo de que a conduta moralmente aceitável é aquela cuja disposição é exclusivamente racional. No plano jurídico, tais elementos deságuam na exigência de razoabilidade dos indivíduos para o funcionamento das estruturas legais (uma vez que, por definição, a lei é em primeiro lugar uma disposição da razão prática); e, mais que isso, na conexão entre, de um lado, a conduta individual movida pela razoabilidade prática e, de outro, a compreensão da lei como um instrumento que veicula a mesma razoabilidade nas exigências que faz. Deste modo, está diretamente ligada à coercibilidade da lei civil, considerando o argumento jusnaturalista no sentido de que a lei deve necessariamente estar associada a motivos suficientes para a conformidade da conduta humana. Sob uma tal perspectiva, as prescrições legais apresentam duas facetas: uma relacionada à prudência que

⁷⁸ ST, Ia, Q57, art5.

intrinsecamente veiculam (que permitiria ao cidadão, ao legislador ou ao magistrado avaliar a lei em si mesma)⁷⁹ e, em paralelo, outra concernente à prudência do indivíduo que acomoda sua conduta voluntariamente dentro das prescrições legais.

A prudência como hábito, porém, é precedida por uma disposição natural concernente ao exercício da razão prática. Assim como possuímos princípios especulativos que nos são inatos⁸⁰, Tomás defende a existência de princípios práticos inerentes à própria razão em si mesma – a *sindérese*, ou a disposição natural para distinguir entre certo e errado. A *sindérese*, enquanto inclinação e propriedade disposicional da razão prática, possibilita a identificação de princípios morais autoevidentes, atinentes à própria realidade inteligível ao ser humano (e é, portanto, diretamente ligada à ideia de lei natural):

Por conseguinte, os princípios da ordem da ação, de que somos dotados naturalmente, não pertencem a uma potência especial, mas a um hábito natural especial, que chamamos *sindérese*. Por isso se diz que a *sindérese* incita ao bem, e condena o mal, na medida em que nós, mediante os primeiros princípios, buscamos descobrir e julgamos o que encontramos.⁸¹

Vale dizer, o argumento de Tomás se fundamenta naquilo que Aristóteles chama de “intelecto dos princípios”⁸² – assim chamado justamente porque *intui a essência de algo* (o termo “intelecto” vem, segundo Tomás, de *intus legit*⁸³, que significa literalmente “ler dentro”). Este aspecto intuitivo e inato da razão aponta para o fato de que existe um arcabouço moral objetivo no ser humano, inscrito em sua natureza mesma, e universal na medida em que é inerente à razão (comum a todos os homens, portanto). Ainda assim, a orientação moral da *sindérese* é um hábito natural que desempenha uma relação precipuamente dinâmica com a vontade:

⁷⁹ Neste sentido, apresentando a virtude da prudência como o elemento que possibilita a avaliação da lei e a atividade de julgar, lê-se em ST, Ia, Q57, art6, s: “Portanto, a essa virtude preceptiva, ou seja, à prudência, como virtude principal, se ligam, como virtudes secundárias, o bom conselho, que ajuda a bem aconselhar, mais o bom senso e também a equidade, partes da potência judicativa”.

⁸⁰ ST, Ia, Q79, art2, s: “o raciocínio humano, sendo uma espécie de movimento, procede da intelecção de algumas coisas, a saber de coisas naturalmente conhecidas sem pesquisa racional”.

⁸¹ ST, Ia, Q79, art2, s.

⁸² ARISTÓTELES, 2008, 134. [1140b, 31 – 1141a, 8].

⁸³ TOMÁS DE AQUINO, 2000, p. 363.

a vontade, como princípio que inclina para o bem, é vontade racional conforme pertence à natureza do ser humano ou ainda conforme é consequência da apreensão natural dos princípios universais do direito [...]. A vontade enquanto natural é aquela que decorre dos princípios indemonstráveis da razão na ordem da ação, que são naturalmente conhecidos e, por sua vez, se apresentam como fins e revelam que o fim é conhecido naturalmente pela razão como sendo bom e devendo ser apetecido. Já a vontade deliberativa é o juízo da escolha, que se segue ao conhecimento da razão enquanto é discursiva, e não enquanto conhece naturalmente, por isso essa vontade pode tender para o bem ou para o mal, pois a razão inquiridora pode errar tanto na ordem especulativa quanto na ordem prática.⁸⁴

Ora, se a prudência se relaciona com a concretização da razão prática na dinâmica da lei (seja por meio da razoabilidade dos indivíduos, seja por meio da articulação da razoabilidade internamente à própria lei), a *sindérese* fornece o arcabouço moral da lei natural. Nesse sentido, a *sindérese* é o elemento que confere objetividade ao direito natural, na medida em que se apresenta como uma disposição própria da razão humana universalmente distribuída. Tanto a *sindérese* quanto a prudência, em última instância, se apresentam como caracteres prévios à conversão da razão prática em um sistema jurídico cujo fundamento repousa na lei natural – a qual passa a ser compreendida, a partir destes dois pressupostos, em termos metaéticos. Pela intuição dos primeiros princípios e pela disposição à razoabilidade, a lei instituída e praticada adquire as razões suficientes para a conformidade da conduta humana, e, assim, preenche-se do conteúdo material que lhe é exigível no contexto do argumento *jusnaturalista*.

A lei é uma instituição humana, e, como qualquer outra instituição humana, é criada segundo um exercício racional: o humano *funcional* age a partir do que determinam as razões suficientemente relevantes para a conduta. Assim, se os homens detêm razoabilidade prática, e agem de acordo com a razão, a lei não teria efeito sobre a conduta humana se suas razões não repousassem sobre a mesma razoabilidade prática (e, assim, a lei que não gozasse de razões decisivas para o consentimento das pessoas seria defeituosa considerando a natureza humana). Evidentemente, a defesa desta tese repousa no pressuposto de que os seres

⁸⁴ ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum da razão prática segundo Tomás de Aquino*. In: **Veritas**. v. 56. n. 2. pp. 141-164. ago. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/veritas/article/view/8090#:~:text=Tal%20termo%20designa%20um%20conceito,primeiros%20princ%C3%ADpios%20te%C3%B3ricos%20de%20Arist%C3%B3teles>. Acesso em 2 jun. 2024.

humanos são racionalmente funcionais; o adequado funcionamento do sistema legal necessita do adequado funcionamento de suas partes, os homens⁸⁵.

2.6 Lei, moralidade e razão prática

É visível ao longo da questão 96 do Tratado da Lei a preocupação de Tomás em apresentar o fundamento moral da lei humana – e, por “fundamento moral”, deve-se entender aqui o fato de que a lei humana encontra arrimo na lei natural, como atingimento de um critério razoável de justiça suficiente para moldar a conduta humana. Uma vez que a modulação pela razão é inerente ao próprio conceito de lei, admitir como lei uma regra que não guarde relação com critérios de justiça dedutíveis pela razão prática, ou mesmo que contrarie as características essenciais da natureza humana, é impensável. Sob esta perspectiva, uma lei injusta é meramente um arremedo de lei. A questão é vasta, e vai diretamente ao cerne do jusnaturalismo, por dizer respeito ao fundamento de validade da lei civil. Sobre esta questão, há uma série de ponderações possíveis.

Se, fazendo eco a Trasímaco, o direito é “o que convém ao mais forte”⁸⁶, a essência do juspositivismo busca o fundamento da lei exclusivamente em sua formulação e promulgação, como produto de um sistema que, além de jurídico, caracteriza-se por ser político e artificial. A tese de Tomás, como fica claro desde o início, é no sentido de que o fundamento da lei humana reside, ao contrário, em seu conteúdo material, derivando sua juridicidade da justiça que distribui, em um plano imediato, e, mediatamente, da participação da razão prática em sua elaboração e aplicação – por conseguinte, enquadrando-se na moldura da lei natural decorrente da natureza ontológica do homem. Ora, se o positivismo veicula uma tese fundamental segundo a qual a lei é o produto artificial da organização social dos homens, sem qualquer vinculação necessária quanto ao seu conteúdo material, o jusnaturalismo tomista retrocede em tais premissas para apresentar a lei como a derivação de preceitos ontológicos, indissoluvelmente referentes ao que o homem, como entidade,

⁸⁵ MURPHY, 2006, p. 87.

⁸⁶ PLATÃO. **A República**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 23. O famoso trecho em questão está (literalmente) em 338c2-3.

é. Tanto em um caso quanto em outro, há concretude nos fundamentos: ambas as teorias são precipuamente fáticas, alicerçadas essencialmente na realidade do homem e das relações que desenvolve; no entanto, o jusnaturalismo tomista permite acrescentar um pressuposto material para a validade da lei, e a questão se complexifica à medida que se torna necessário determinar qual é a efetiva extensão deste pressuposto para a definição do que é ou não é direito.⁸⁷

É incontroverso que o argumento jusnaturalista detém uma relação bastante próxima com a filosofia moral, cujos questionamentos repousam sobretudo nas ações humanas e suas motivações. A teoria da lei natural não se refere apenas à filosofia política ou ao direito, mas também é uma teoria da moralidade ou da razoabilidade prática – na medida em que estipula que as razões definitivas para a ação humana residem em alguns bens básicos definidos a partir da natureza humana (e em como a razoabilidade prática pode perseguir adequadamente tais bens). A filosofia política e o direito, na perspectiva da teoria da lei natural, estabelecem relações entre a lei e as razões para a conformidade da conduta e entre a lei e o bem comum; a perspectiva moral da teoria da lei natural versa sobre a natureza mesma dos bens perseguíveis pela conduta humana.

A razoabilidade na orientação das ações humanas possui especial relevância para a justificação da existência e da aplicação da lei civil, e é uma questão especialmente cara a Tomás. Expressamente amparado no pensamento de Aristóteles, Tomás diferencia a razão especulativa da razão prática: “a virtude humana é um hábito que aperfeiçoa o homem, para proceder bem. Ora, os atos humanos só têm dois princípios, ou seja, o intelecto ou razão e o apetite, donde se conclui que toda virtude humana é intelectual ou moral”⁸⁸. Posteriormente, já no Tratado da Lei, Tomás articula o direito com o exercício destas manifestações da razão humana, estipulando que a lei, por definição, está umbilicalmente ligada à razão prática, por ser a ela conceitualmente afeita. Como dito acima, o próprio conceito tomista de lei a

⁸⁷ É precisamente na relação entre o direito e seu conteúdo material que reside a fonte de derivação das principais teorias jusnaturalistas. Em linhas gerais, as teorias do direito natural variam quanto à intensidade de tal relação (como no caso da distinção entre jusnaturalismo *forte* e *fraco* – cf. MURPHY, 2006, pp. 10-11 -, apoiada na exigência de correte moral objetiva como requisito *sine qua non* para a validade da lei enquanto tal), ou mesmo nas distinções da estrutura metaética do jusnaturalismo (como as perspectivas naturalistas ou intuicionistas do realismo moral (cf. MOORE, Michael. *Law as a functional kind*. In: GEORGE, Robert (ed.). **Natural Law Theory**: contemporary essays. Oxford: Clarendon Press, 1994. pp. 188-244). Algumas perspectivas do jusnaturalismo na contemporaneidade serão evidenciadas mais detalhadamente ao longo do presente trabalho.

⁸⁸ ST, Iallae, Q58, art3, s.

apresenta como *uma diretriz da razão* – em especial, da razão prática, cujo escopo se refere à capacidade humana de deliberar e agir em direção ao bem (à felicidade, à *beatitudo*), em um processo integrativo com a razão especulativa:

Ora, acha-se na razão prática processo semelhante ao da especulativa: ambas, com efeito, procedem de alguns princípios para algumas conclusões, como mais acima se mostrou. Segundo isso, deve-se dizer que, como na razão especulativa de princípios indemonstráveis naturalmente conhecidos produzem-se conclusões das diversas ciências, cujo conhecimento não nos é inato, mas descoberto por esforço da razão, assim também dos preceitos da lei natural, como de alguns princípios comuns e indemonstráveis, é necessário que a razão humana proceda para dispor mais particularmente algumas coisas.⁸⁹

O exercício da razão prática é intrinsecamente ligado à dinâmica da lei natural que se manifesta *em nós* – ou seja, pelo exercício de capacidades racionais inatas que inevitavelmente conduzirão aos ditames da lei natural. A razão prática aponta para um preceito fundamental, semelhantemente ao princípio básico lógico-metafísico-epistemológico da não-contradição:

Com efeito, o que por primeiro cai na apreensão é o ente, cuja intelecção está inclusa em todas aquelas coisas que alguém apreende. E assim o primeiro princípio indemonstrável é que "não se pode afirmar e negar ao mesmo tempo", que se funda sobre a razão de ente e não ente, e sobre esse princípio todas as outras coisas se fundam. [...] Assim como o ente é o primeiro que cai na apreensão de modo absoluto, assim o bem é o primeiro que cai na apreensão da razão prática, que se ordena à obra: todo agente, com efeito, age por causa de um fim que tem a razão de bem. E assim o primeiro princípio na razão prática é o que se funda sobre a razão de bem que é "bem é aquilo que todas as coisas desejam".⁹⁰

O primeiro princípio da razão prática, portanto, é o de que "o bem deve ser feito e procurado, e o mal evitado"⁹¹ – indicando a diretriz elementar da ação humana racional, sobre a qual se estruturam todos os preceitos da lei natural. É nesse sentido que a tese central do jusnaturalismo (a de que a lei necessariamente deve trazer

⁸⁹ ST, I-II, Q91, art3, s.

⁹⁰ ST, I-II, Q94, art2, s.

⁹¹ ST, I-II, Q94, art2, s.

consigo razões decisivas para a conformidade da conduta humana) é endossada por Tomás: a razão prática leva à determinação concreta do bem através da lei, e tal determinação é *natural* nesse sentido (porque a razão nos é natural). Evidentemente, e ainda neste mesmo panorama moral do jusnaturalismo tomista, a razoabilidade dos homens é diretamente ligada à concepção de *virtude*, ou de bem-agir: o hábito do exercício da prudência para a escolha da conduta que melhor conduza ao bem. De maneira semelhante, já no plano propriamente jurídico, é possível (e necessário) perquirir se a lei civil positiva apresenta conformidade com a razão prática, e efetiva condutibilidade ao bem: trata-se do conteúdo material da lei humana, dela naturalmente exigível para que possa mobilizar adequadamente a conduta dos cidadãos.

A indagação que imediatamente se segue diz respeito à força cogente de uma norma que não possui o conteúdo material de uma lei, ou, no vocabulário da Suma Teológica, se a lei “obriga no foro da consciência” – ou seja, se é dado à consciência do homem julgar a lei civil, comparando-a com os preceitos da lei natural e da razão prática. O primeiro elemento que chama a atenção é o termo “consciência”, por meio do qual, como visto, Tomás traduz o vocábulo grego *sindérese*: a capacidade, inata ao homem, de julgar segundo a razão prática. O argumento de Tomás é no sentido de que a força obrigatória da lei advém de seu caractere de *justiça*, por meio de três critérios específicos: direcionamento ao bem comum (pelo fim), competência do legislador (pelo autor) e proporcionalidade nos ônus distribuídos (pela forma). Trata-se da adequação formal da lei a critérios materialmente determinados, e não a um preenchimento moral puro e simples da norma; e por isso consideração da obrigatoriedade moral da lei humana deixa abertas questões referentes à definição de bem comum, aos limites da autoridade política e ao conceito de justiça. A noção de “bem comum” é central para o jusnaturalismo tomista, vez que é um dos elementos componentes da própria ideia de “lei”, e, para além disso, é o sinal de ordenação da parte ao todo no que concerne à relação entre o indivíduo e a comunidade. É necessário destacar que a lei, considerada a partir da perspectiva do bem comum, representa um elemento de coordenação da coletividade no sentido da realização da razão prática – e, portanto, transforma uma “multidão” em uma “comunidade”, na medida em que congrega as ações de cada indivíduo ao redor do benefício da coletividade. Por oposição, uma lei será “injusta” tanto quanto contrarie o bem humano, e no sentido oposto aos mesmos critérios de adequação material: leis

promulgadas em benefício exclusivo da autoridade, em manifesto excesso de poder ou em desatendimento a uma proporcionalidade justa entre os súditos. Leis que, pela razão prática, sejam consideradas injustas segundo tais critérios não são propriamente leis, “são, antes, violência”⁹², e por conseguinte a mesma razão prática ordenaria a sua desobediência. O tribunal da consciência, enquanto âmbito próprio da razão prática, direcionaria assim a conformidade da conduta à lei a partir de critérios de justiça; e, mais que isso, determinaria quais ditames seriam efetivamente dignos do qualificativo “lei”. Afirmar que uma lei injusta perde o seu caráter jurídico (deixando, portanto, de ser lei) origina uma questão que divide correntes de pensamento dentro do próprio jusnaturalismo, e será revisitada mais adiante. Ainda assim, a noção de justiça pertine diretamente ao exercício da razão prática – e, por isso, está intrinsecamente relacionada com o conceito de lei.

2.7 A justiça e sua relação com a lei na concepção aristotélico-tomista

Tomás não pretendeu ser original ou disruptivo quando endossou a definição de justiça como “dar a cada um o que é seu”⁹³. A repetição da fórmula tradicional, porém, parece ser meramente uma forma de possibilitar o acesso às diversas consequências que a noção de justiça deriva no quadro da lei natural. Em um panorama amplo, no qual a justiça é verticalizada desde as contingências da realidade humana até a justiça divina que rege e ordena o cosmos, é de se supor que o conceito assumia variadas formas e vertentes. Mesmo assim, tendo-se em conta que o que está em jogo em uma pretensa teoria do direito é a maneira como a justiça articula as relações humanas e integra a ideia de uma lei civil estabelecida nos processos políticos, é possível verificar em Tomás de Aquino uma concepção específica de justiça aplicada ao direito.

Embora a ideia de justiça seja aplicável precipuamente às relações intersubjetivas, Tomás fala de uma “justiça metafórica” manifesta na sujeição das faculdades do homem à razão⁹⁴ – um argumento que está presente em Aristóteles e,

⁹² ST, Iallae, Q96, art4, s.

⁹³ ST, IIallae, Q58, art1.

⁹⁴ ST, IIallae, Q58, art2.

de modo geral, também em Platão. Um homem bem ordenado, portanto, que escalona seus atos a partir da razão, manifesta em si e em sua conduta uma alegoria da justiça como virtude geral, expressando a ideia de relações harmoniosas entre o todo e as partes (seja do homem ou da sociedade). É igualmente interessante a conexão destacada por Tomás entre a justiça como virtude (ou seja, como móvel interno da vontade e das ações humanas, em um domínio propriamente ético) e a justiça como expressão externa, materializada naquilo que o homem produz. A interioridade da justiça enquanto virtude se concretiza por meio da manifestação eficaz da justiça nas instituições, instrumentos e recursos que são produzidos por meio do seu exercício racional nas relações entre as pessoas; é a interpenetração destas duas esferas é o que confere a estrutura racional das instituições da vida social: “a justiça não tem por objeto as coisas exteriores, visando a fabricação delas; tal é o domínio da arte, mas enquanto ela as utiliza para o bem de outrem”⁹⁵. A relação é fundamental para possibilitar a compreensão do direito e de suas instituições como um produto da razão humana, do exato mesmo modo que qualquer outro construto, artefato ou invenção pode ser produzido pelo homem; e, como fruto artificial da razão humana, o direito e suas instituições devem manifestar em si mesmos os elementos próprios da razão – dentre os quais a proporcionalidade e a igualdade, caracteres elementares da justiça. Ora, se o direito na vida social é uma criação humana, sua artificialidade não é ilimitada ou irrestrita: são inerentes às suas instituições os mesmos elementos típicos estruturais da razão humana, porque é somente a partir da razão humana que podem ser concebidos. Assim, a justiça que é intrínseca ao exercício da razão é transposta aos institutos jurídicos, por “influxo”⁹⁶ convertendo uma virtude que é móvel da vontade individual⁹⁷ em leis e instituições da vida social que buscam ser ou se pretendem justas: “ela [a justiça] se encontrará no príncipe, qual princípio e como que de maneira arquitetônica; nos súditos, porém, de forma secundária e como que executiva”⁹⁸. Instituições justas são a concretização da ação que é orientada pela retidão, e seria, nesse sentido, inconcebível que instituições jurídicas, quaisquer que sejam, prescindam da justiça como vértice estrutural que legitima sua existência

⁹⁵ ST, Ilallae, Q58, art3, r3.

⁹⁶ ST, Ilallae, Q58, art6, r4.

⁹⁷ ST, Ilallae, Q58, art4. No plano ético, Aristóteles avança sobre a teoria socrático-platônica, que possuía uma concepção epistêmica do bem, e estabelecia uma relação direta entre o conhecimento e o bem-agir. Tomás replica tal avanço, posicionando o bem-agir no plano da vontade (como potência) e da ação (como ato).

⁹⁸ ST, Ilallae, Q58, art6, s.

mesma. Cogitar um instituto jurídico distante do conceito de justiça é, para Tomás, uma contradição em termos.

No fundamento da estruturação da sociedade, então, a justiça se manifesta como “virtude geral”: a “justiça legal”, que se identifica (parcial, mas significativamente) com a noção de justiça social, e que ordena as instituições jurídicas ao bem comum⁹⁹:

É manifesto, com efeito, que todos os que pertencem a uma comunidade têm com ela a mesma relação das partes para com o todo. Ora, a parte, por tudo o que ela é, pertence ao todo e qualquer bem da parte deve se ordenar ao bem do todo. Assim o bem de cada virtude, quer ordene o homem para consigo mesmo, quer o ordene a outras pessoas, comporta uma referência ao bem comum, ao qual orienta a justiça. Dessa maneira, os atos de todas as virtudes podem pertencer à justiça, enquanto esta orienta o homem ao bem comum. Nesse sentido, a justiça é uma virtude geral.¹⁰⁰

Para além da retidão das instituições jurídicas e das ações humanas orientadas pela persecução do bem comum, a justiça se manifesta também de maneira particular – ou seja, como a retidão que orienta o homem “imediatamente, no que toca aos bens particulares”¹⁰¹, em especial quanto às relações com outras pessoas singulares. O objeto próprio da justiça particular é o atingimento dos bens que não sejam imediatamente perseguíveis pelo bem comum, mas que também o promovem na medida em que possibilitam a *beatitudo* dos indivíduos que compõem a comunidade. Novamente, Tomás deixa claro que a justiça particular que é objeto do direito não se confunde com a promoção de virtudes morais internas, se tratando apenas da pura e simples manifestação da razão prática na ordenação das relações intersubjetivas:

Todavia, mediante as ações e coisas exteriores, pelas quais os homens podem comunicar entre si, o que se visa é a boa ordem das relações mútuas, ao passo que nas paixões interiores, considera-se a retidão do homem em si mesmo. E uma vez que a justiça tem por objeto as relações com outrem, ela não abarca toda a matéria da virtude moral, mas somente as ações e coisas

⁹⁹ ST, Ilallae, Q58, art6.

¹⁰⁰ ST, Ilallae, Q58, art5, s. A expressão “virtude geral” não significa que esta promova, no indivíduo, uma condução ou orientação às virtudes privadas. A implantação da justiça legal nos atos que conduzem ao bem comum (ou seja, direcionados à coletividade) é uma qualidade do *cidadão*, essencialmente diferente das virtudes que o qualificam, privadamente, como *homem bom*.

¹⁰¹ ST, Ilallae, Q58, art7, s.

exteriores, sob o ângulo especial de um objeto, a saber, enquanto por elas um homem é colocado em relação com outro.¹⁰²

Por este motivo, a justiça particular “não se preocupa com as paixões”, ou disposições internas dos indivíduos, mas compete-lhe, porém, “estabelecer a retidão das ações enquanto se referem a coisas exteriores”, ocupando-se dos atos externados por estes no convívio social¹⁰³. A justiça se exterioriza na realidade, posto que sua matéria própria é a ação exterior¹⁰⁴, no âmbito das relações concretas e da justeza que a razão prática, quando a elas direcionada, exige.

A tradição jusfilosófica aristotélico-tomista consagrou duas espécies de justiça particular: a comutativa e a distributiva¹⁰⁵. Ambas realizam o bem comum, cada uma em seu escopo específico: seja por meio da igualdade absoluta e simétrica entre os indivíduos nas trocas que realizam entre si, seja por meio da proporcionalidade adequada nas relações intersubjetivas e na distribuição dos bens¹⁰⁶:

A justiça particular se ordena a uma pessoa privada, que está para a comunidade como a parte para o todo. Ora, uma parte comporta uma dupla relação. Uma, de parte a parte, à qual corresponde a relação de uma pessoa privada a outra. Tal relação é dirigida pela justiça comutativa, que visa o intercâmbio mútuo entre duas pessoas. A outra relação é do todo às partes; a ela se assemelha a relação entre o que é comum e cada uma das pessoas. A essa segunda relação se refere a justiça distributiva, que reparte o que é comum de maneira proporcional. Há, portanto, duas espécies de justiça, a comutativa e a distributiva.¹⁰⁷

¹⁰² ST, IIallae, Q58, art8, s.

¹⁰³ ST, IIallae, Q58, art8, s.

¹⁰⁴ ST, IIallae, Q58, art10, r1.

¹⁰⁵ ARISTÓTELES, 2008, p. 102. [1130b] “Da justiça particular e do que é justo no sentido que lhe corresponde, uma das espécies é a que se manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição (pois, em tais coisas alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa); a outra espécie é aquela que desempenha uma função corretiva nas transações entre indivíduos”.

¹⁰⁶ ST, II allae, Q61, art2, s.

¹⁰⁷ ST, IIallae, Q61, art1, s.

Vale destacar que a ideia de justiça comutativa é desenvolvida por Tomás também na direção da ideia de *retribuição*¹⁰⁸, fundamentando uma teoria da punição¹⁰⁹.

Certas condutas, por pura e simples aplicação da razão prática nas relações intersubjetivas, são consideradas por Tomás não apenas como violações do justo natural, mas também contrárias à justiça comutativa – e, portanto, vedadas pela lei natural. A elas, Tomás dedica uma série de questões; é o caso, por exemplo, do homicídio¹¹⁰ (em cujo cerne se encontra a dignidade suprema do humano, sempre em consideração ao bem comum¹¹¹), o suicídio¹¹² (que é contrário ao impulso natural de conservação da vida), das violações à propriedade¹¹³ (tida esta como derivação direta e natural da superioridade da razão humana), a fraude nas transações comerciais¹¹⁴, a injustiça cometida nos processos judiciais¹¹⁵, a difamação¹¹⁶, entre outras.

Em uma derivação semelhante, a aplicação da justiça distributiva conduziria à vedação da discriminação entre pessoas – ou, ao menos, delimitando o escopo da discriminação consciente para com a sua *causa*: “levando em consideração essa prerrogativa própria da pessoa, que lhe toma devido o que lhe atribuído, não se faz discriminação da pessoa, mas da causa”¹¹⁷. Uma possível aplicação deste princípio poderia levar à reconfiguração de certas estruturas igualitárias das sociedades contemporâneas, como as posições de certos grupos sociais frente a programas de distribuição de bens, ou mesmo as ações afirmativas. Na medida em que o *motivo* da

¹⁰⁸ ST, Ilallae, Q61, art4.

¹⁰⁹ Em ST, Ilallae, Q87, art6, fica claro que a punição é uma forma de reparação, restauração ou reequilíbrio de uma espécie de equidade que restou violada pela infração à lei. Esta visão tem seus defensores contemporâneos. Herbert Morris (*apud* MURPHY, 2006, p. 139), por exemplo, afirma que o infrator adquire uma vantagem indevida em face dos demais indivíduos ao renunciar à autocontenção, e o reequilíbrio somente será atingido se esta vantagem for anulada – logo, a punição é uma forma de reequilibrar ônus e bônus. George Sher e John Finnis (*apud* MURPHY, 2006, p. 141) corroboram este argumento (Finnis, inclusive, com expressa fundamentação na ideia de equidade contida ao longo do pensamento de Tomás de Aquino): a punição é uma forma de compensar o benefício indevido que o infrator obteve ao não conter sua conduta para respeitar a lei e abster-se de perseguir seus próprios interesses – uma vantagem obtida em prejuízo daqueles que, para respeitarem a lei, abstiveram-se de perseguir os próprios interesses.

¹¹⁰ ST, Ilallae, Q64.

¹¹¹ Em especial, na questão da licitude da pena capital: “Se, portanto, algum homem se torna perigoso para comunidade e ameaça corrompê-la por seu pecado, é louvável e salutar matá-lo, para a preservação do bem comum” – ST, Ilallae, Q64, art2.

¹¹² ST, Ilallae, Q64, art5.

¹¹³ ST, Ilallae, Q65.

¹¹⁴ ST, Ilallae, Q77.

¹¹⁵ ST, Ilallae, Q66-71.

¹¹⁶ ST, Ilallae, Q73.

¹¹⁷ ST, Ilallae, Q63, art1.

discriminação deveria ser o único critério pelo qual se aplica legitimamente a proporcionalidade, uma construção adequada de tais estruturas não deveria se aplicar ampla, indistinta e genericamente a estes grupos sociais (de maneira que a pura e simples instituição de um sistema de ações afirmativas que desconsiderasse circunstâncias concretas de desigualdade imerecida efetiva seria apenas uma deturpação da ideia de justiça distributiva). Notadamente, a aplicação deste princípio é o que constitui a base de teóricos da justiça igualitária, como John Rawls – para quem o critério elementar de constituição de uma sociedade (efetivamente orientada à justa distribuição dos bens comuns) é a composição de estruturas institucionais tendentes a compensar, *a posteriori*, desigualdades imerecidas¹¹⁸. É frequente, contudo, observar na prática a distorção de tal parâmetro de justiça¹¹⁹; muito embora seja patente que uma das funções do direito seja a sua aplicação ou correção¹²⁰.

O papel do direito como meio de concretização da justiça (enquanto meio de efetivação do bem comum) é evidente tanto para Aristóteles¹²¹ quanto para Tomás¹²², e o procedimento de aplicação da justiça por meio do julgamento institucionalizado depende fundamentalmente de um ato da razão e da *sínese* – o “bom senso moral” que pertence à prudência e exprime a capacidade de bem julgar.

¹¹⁸ O mais célebre desenvolvimento da teoria rawlsiana está em RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Uma leitura crítica das diferentes vertentes do igualitarismo pode ser encontrada nesta também célebre obra: VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹⁹ ST, Ilallae, Q63, art4, r3. “No exercício do julgamento, deve-se, na medida do possível, ajudar o pobre, *sem porém lesar a justiça*”.

¹²⁰ ST, Ilallae, Q63, art4, s: “O julgamento é um ato de justiça, enquanto o juiz reconduz à igualdade da justiça aquilo que pode constituir uma desigualdade a ela oposta. Ora, a discriminação de pessoas comporta certa desigualdade, pois atribui a uma pessoa mais do que a devida proporção, na qual consiste a igualdade da justiça. É, portanto, manifesto que a discriminação de pessoas corrompe o julgamento.”

¹²¹ ARISTÓTELES, 2001, p. 135: “Recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada [...]. O juiz, então, restabelece a igualdade”. O trecho em questão está em 1132a, 20.

¹²² ST, Ilallae, Q60, art1, s: “Logo, o julgamento que implica a determinação reta do que é justo pertence propriamente à justiça”.

2.8 Fundamentos e limites da autoridade da lei civil

2.8.1 Norman Kretzmann e a questão da validade da lei injusta

A exigência material da justiça intrínseca à lei positiva é um ponto de inflexão da teoria jusnaturalista; especialmente considerando que a sua tese principal, como visto, é a de que a lei exige razões decisivas para a conformidade da conduta humana. Em Tomás de Aquino, esta tese aparece de maneira bastante evidente, mas os elementos do argumento são frequentemente mal interpretados¹²³, conduzindo a leituras equivocadas do jusnaturalismo ou mesmo fundamentando posições jusnaturalistas radicais¹²⁴. Em ambos os casos, a resultante é o questionamento da validade ou da legitimidade de normas consideradas injustas (às quais se negaria o *status* de lei e, por decorrência, a própria coercibilidade). O senso comum ou a superficialidade da leitura da Suma Teológica podem eventualmente levar à conclusão de que Tomás de Aquino defenderia uma tal perspectiva, e essa problemática foi esclarecida por Norman Kretzmann¹²⁵.

O texto de Kretzmann aborda a questão da possibilidade de avaliação moral das leis estatais, através da análise da relação entre sistemas morais e sistemas legais, bem como da relevância de tal relação para a validade e legitimidade das leis. O texto define, a partir do jusnaturalismo tomista, de que modo e em que termos os valores morais podem servir de parâmetro para o julgamento das leis do estado, e qual é a postura esperada do cidadão que faz tal julgamento. Partindo do pressuposto

¹²³ “A teoria do direito natural pergunta pelo fundamento de validade do direito positivo, quer dizer, se e por que uma ordem jurídica vale, e dá a esta pergunta uma resposta categórica, insto é, absoluta (incondicional), afirmando que ela vale porque o seu conteúdo corresponde ao conteúdo do direito natural e, por isso, é justo, ou que ela não vale porque o seu conteúdo contradiz o conteúdo do direito natural” – KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 115. Embora não seja conveniente tecer uma leitura crítica do jusnaturalismo *a partir* da leitura crítica do juspositivismo (e vice-versa), a passagem é mencionada porque Kelsen parece atribuir ao jusnaturalismo como um todo a tese (falaciosa) de que o conteúdo material do direito é condição necessária e suficiente para a sua *validade*.

¹²⁴ A tese “forte” do jusnaturalismo pode ser formulada mediante o seguinte raciocínio: 1. a lei é sustentada por razões decisivas à conformidade; 2. a prescrição para X não possui razões decisivas à conformidade; 3. logo, a prescrição para X não é lei. Uma tal leitura do jusnaturalismo, então, conduziria enfaticamente à célebre afirmação *lex iniusta non est lex* – cf. MURPHY, 2006, p. 10.

¹²⁵ KRETZMANN, Norman. *Lex iniusta non est lex: Laws on trial in Aquinas' court of conscience*. In: **The American Journal of Jurisprudence**. v. 33. 1988. pp. 99–122. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article-abstract/33/1/99/101930?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 15 mai. 2024.

de que há diferenças determinantes entre sistemas morais (que, no Ocidente, fatalmente transparecem uma conexão íntima com a teologia cristã) e sistemas legais (legados como prerrogativa exclusiva ao Estado civil), o autor se mostra ciente do fato de que a relação entre ambos é, por vezes, bastante problemática – muito embora afirme esta relação pode ser pensada desconsiderando-se as diferenças entre os conjuntos de crenças e valores morais. O pressuposto teórico para a análise do tema é a concepção tomista da lei e da moral, mas o autor é enfático ao afirmar que a filosofia de Tomás de Aquino pode ser considerada como inteiramente secularizada para os fins a que o texto se propõe. Assim, o problema central do texto é definir em que medida a conformidade a padrões morais é determinante para a natureza e validade de uma lei estatal.

A questão é abordada a partir do brocardo *lex iniusta non est lex* (“a lei injusta não é lei”). A negação da essência da lei com base na sua injustiça é o que o autor chama de “juízo desdenhoso”, e, segundo o autor, Platão já manifestava este mesmo preceito, bem como Aristóteles¹²⁶. Cícero é mencionado como o formulador mais célebre do preceito na era pré-cristã, cunhando a noção de que a definição do termo lei atende às ideias do justo e do verdadeiro¹²⁷. Não obstante as instâncias do preceito na filosofia clássica, o único predecessor citado por Tomás no Tratado da Leis é Agostinho, que formula o preceito da maneira mais próxima ao brocardo. A menção é ao diálogo *De libero arbitrio*, em que Agostinho afirma que “aquilo que não é justo não me parece ser uma lei”. Tomás referencia¹²⁸ esta passagem omitindo a impressão pessoal de Agostinho [“para mim”], tornando o preceito mais geral e definitivo; porém digno de nota é o fato de que em nenhum lugar se encontra a formulação do juízo desdenhoso nas exatas palavras “*lex iniusta non est lex*”.

A ausência da formulação exata é determinante para a análise, uma vez que o autor busca analisar tanto a fundamentação do preceito quanto a leitura feita dele por parte dos juspositivistas – e estes, por sua vez, precipitaram-se na análise do preceito sem levar em consideração elementos intrínsecos à sua efetiva formulação por parte de Tomás de Aquino. Na medida em que a teoria tomista é o pressuposto do autor, e

¹²⁶ KRETZMANN, 1988, p. 100.

¹²⁷ “Disso é justo depreender que os que tenham prescrito aos povos ordens perniciosas e injustas, porque fizessem o oposto do que tinham prometido e declarado, formularam, antes, qualquer coisa, não propriamente leis; o que se pode facilmente ver no próprio nome da lei, no qual está contido um sentido por interpretar e uma ideia de escolha do justo e do verdadeiro”. CÍCERO, 2021, p. 47. A passagem mencionada está no § 11 do Livro II.

¹²⁸ ST, Iallae, Q96, art4, s: “[...] como diz Agostinho: ‘Não parece ser lei a que não for justa’.

que o *lex iniusta non est lex* representa a expressão padrão do juízo desdenhoso, a devida consideração dos verdadeiros componentes do argumento é fundamental para a adequada compreensão do problema da avaliação moral das leis – e, nesse sentido, o autor aponta que há uma série de equívocos por parte dos críticos do juízo desdenhoso no que tange a seu real conteúdo.

É crucial entender a natureza da lei enquanto gênero para poder estabelecer a possibilidade de incluir ou retirar de seu âmbito aquilo que pode ou não pode ser considerado “lei”. O autor aponta que, para analisar adequadamente o enunciado do juízo desdenhoso, é preciso considerar a lei é como um gênero de categorias que possui tanto critérios valorativos quanto não-valorativos em sua delimitação; nesse sentido, para que algo possa ser considerado “lei”, precisa satisfazer ambas as categorias de critérios. A distinção é fundamental, na medida em que o juízo desdenhoso é uma afirmação valorativa estabelecida sobre outra afirmação de ordem não-valorativa – ou seja, uma análise valorativa do conteúdo de algo que cumpre determinados requisitos exteriores para ser considerado, formalmente, lei¹²⁹. A crítica juspositivista ao *non-est-lex* desconsidera a diferença fundamental e a intersecção adequada entre os juízos valorativos e não-valorativos acerca do preceito: neste sentido, o autor cita pontualmente os argumentos de Arthur Danto e John Austin (os quais erroneamente entendem que o juízo desdenhoso implica na impossibilidade de *existir* uma lei injusta, porquanto promulgada) e Hart (que entende, também erroneamente, que o juízo desdenhoso nega a validade em caráter absoluto a uma lei injusta) – argumentos estes que se revelam, ambos, interpretações equivocadas do preceito. O efetivo ponto nodal da questão ao redor do *non-est-lex* começa a ser evidenciado com a análise do argumento de Lyons a respeito do juízo desdenhoso: este autor consegue divisar a inexistência de qualquer paradoxo no argumento do *non-est-lex*, bem como distinguir de forma adequada o atendimento a critérios valorativos e não-valorativos para o enquadramento na ideia de lei (muito embora ele considere que o slogan seja conceitualmente falso, na medida em que a avaliação moral da lei pressuponha sua existência mesma como lei – o que se revela, no limite, uma falácia lógica da parte de Lyons, ou uma confusão no sopesamento das condições valorativas e não valorativas que compõem o enunciado). Kretzmann faz

¹²⁹ O próprio Tomás de Aquino já mencionava a necessidade de galgar satisfatoriamente estas duas etapas para definir a essência da lei, ou a pertença de alguma norma ao âmbito da lei, como se verá mais adiante.

questão de analisar estes argumentos para demonstrar que o juspositivismo, em geral, faz uma leitura equivocada do juízo desdenhoso, o que prejudica a compreensão e resolução da questão.

Ao longo da análise, resta claro que a leitura juspositivista do *non-est-lex* recai em uma confusão sobre uma distinção essencial: segundo o juízo desdenhoso, uma lei injusta seria uma *perversão* (ou seja, uma lei defeituosa embora válida) ou uma *falsificação* (ou seja, uma lei totalmente inválida porquanto injusta)?

Para responder a questão, Kretzmann retorna a Tomás de Aquino, o qual classifica a lei em quatro tipos: a lei eterna (a ordenação universal a partir de Deus), a lei natural (a expressão da lei eterna no que concerne à possibilidade de sua intelecção por parte do homem), a lei humana (que é a lei feita pelos homens para regular os assuntos essencialmente humanos – participando da lei natural através da atividade racional necessária à sua promulgação) e a lei divina (manifesta expressamente ao homem por meio das Escrituras. A lei natural é natural à razão humana (ou à *animalidade racional*), na medida em que é possível vislumbrar inclinações naturais da conduta humana – procriação, preservação da vida, busca do conhecimento e do metafísico, entre outras. A possibilidade de identificação de tais inclinações naturais indica, em realidade, diretrizes da ação humana e permite identificar os bens a serem perseguidos pela razão prática inata. Ainda, a existência de uma consciência individual permite ao homem avaliar as leis do estado, no intuito de verificar se estas de fato são orientadas pela persecução de tais bens. Embora este argumento pareça estabelecer uma relação de identidade entre a lei estatal e os preceitos morais, Tomás de Aquino expressamente desconstrói esta suposta identidade ao mencionar a necessidade de observação das “outras condições” pelas quais as leis humanas são configuradas como leis¹³⁰.

É preciso, portanto, verificar quais seriam estas “outras condições”. Após analisar os elementos da essência da lei, Tomás de Aquino reúne uma definição de lei com os seguintes elementos: 1. uma diretriz da razão; 2. visando o bem comum; 3. promulgada pelo governante; 4. pertencendo a uma comunidade completa; 5. obrigando a conduta das pessoas; 6. dotada de poder coercitivo; 7. designada a ser obedecida. À evidência, alguns destes elementos são condições valorativas da lei (1, 2), os demais correspondem a condições não-valorativas. Arremedos de lei podem

¹³⁰ ST, Iallae, Q91, art3.

satisfazer apenas algumas das condições listadas (como a ordem de um chefe de família, que por mais que satisfaça as demais condições não se dirige a uma comunidade completa), mas a essência da lei humana integra o atendimento a todas simultaneamente. Causaria estranheza a alguns notar que a *justiça* não é um elemento expressamente mencionado por Tomás de Aquino na definição – mas a justiça está implícita na racionalidade, na medida em que há uma participação ascendente de uma espécie de lei às superiores, até a lei eterna (justa por definição). Esta justiça se manifesta tanto em nível individual quanto integrativo (ou seja, por se dirigir ao bem comum). Neste sentido, Tomás de Aquino explicitamente admite a existência de leis injustas promulgadas pelos governantes, o que desmonta a leitura juspositivista do argumento do juízo desdenhoso, e leva à conclusão de que, para ele, uma lei injusta é uma *perversão* da lei – ou seja, uma lei imperfeita, defeituosa.

Resta, então, responder às perguntas às quais o texto de Kretzmann se direciona. Um cidadão tem a prerrogativa de julgar as leis do estado? Se sim, com base em quê, exatamente, se estrutura um tal juízo? E, caso a lei seja de fato injusta, o cidadão está autorizado a descumpri-la?

Tomás de Aquino se dirige a este tema no artigo 4 da Questão 96: a lei obriga no foro da consciência? Claro está que Tomás se refere ao julgamento individual das leis, e pressupõe que todo indivíduo é dotado da razão prática, sendo capaz de inferir seus preceitos morais – pelo que a primeira questão está devidamente respondida: todo indivíduo pode julgar a lei humana. Uma lei pode ser injusta em várias medidas, porém. Ela pode contrariar a lei divina (diretamente dessumível da Escritura; caso em que o cidadão estaria *obrigado* a não obedecê-la); ou, em uma leitura secular, pode contrariar a justiça de modo tão flagrante e evidente que se manifesta a mesma obrigatoriedade de desobediência. Vale dizer, a justiça de uma lei se manifesta no atendimento aos elementos da razoabilidade prática e à direção ao bem comum – e, neste caso, é um preceito moral obedecê-la, pelo que ela obrigaria o cidadão no foro da consciência. Por outro lado, uma lei também pode ser injusta se desatender ao fim a que se destina (desprezando o bem comum em favor de interesses particulares da autoridade), à fonte de autoridade (ultrapassando o âmbito de poder daquele que a promulga) ou à forma (distribuindo os bens de maneira desproporcional entre os cidadãos). Para Tomás de Aquino, leis em tais condições não obrigam moralmente o cidadão a obedecê-las nem a desobedecê-las, mas lhe dão o direito de julgar a

conveniência da obediência a partir da consideração de um dano potencialmente maior que adviria da sua decisão em obedecer ou não.

Destaca-se, contudo, que o engajamento na desobediência civil de uma lei injusta implica na afirmação de que uma tal lei deva ser emendada ou revogada – o que, para Tomás, já representa um abalo considerável ao bem comum, o qual repousaria justamente na perenidade das leis e no respeito ao costume (pelo que uma lei só poderia ser alterada caso o bem comum seja compensado ou aprimorado pela sua alteração). Uma tal compensação não poderia ser de todo imediata, caso contrário, a objeção moral às leis perderia completamente o sentido dada a necessidade de preservação do tecido legal; do mesmo modo, é de se supor que Tomás de Aquino tenha entendido que tal compensação admitiria uma postergação no tempo, mas deveria se operar tão logo quanto possível.

2.8.2 O conteúdo da lei civil e a coercibilidade

O próprio Tomás apresenta outra hipótese de relativização da letra da lei: a contingencialidade das relações humanas.

Acontece, porém, muitas vezes, que uma medida quase sempre útil a ser observada, para o bem comum, seja nociva, por exceção, em algum caso particular. Por onde, como o legislador não pode prever todos os casos particulares, propõe a lei para os casos mais frequentes, dirigindo a sua intenção para a utilidade comum. Portanto, se surgir um caso em que seja danosa ao bem comum a observância de uma lei, esta não deve ser observada.¹³¹

Novamente, o critério que está indissoluvelmente ligado à força coativa da lei é a sua ordenação para o bem comum: nas ocasiões em que o bem comum não é atingido pela aplicação da lei, não há coercibilidade justificável. A própria razão prática do soberano pode, em certos casos, deliberadamente afastar a aplicação da lei, e, pelo mesmo motivo, é razoável supor que as leis humanas sejam justificadamente

¹³¹ ST, Iallae, Q96, art6, s.

alteradas. Na estrutura do jusnaturalismo tomista, a relação da lei natural para com a lei eterna é de *participação recíproca na universalidade* (sendo, portanto, ambas imutáveis); todavia, no caso da lei humana, pela falibilidade e imperfeição da razão¹³², é razoável supor que as instituições legais sejam paulatinamente aperfeiçoadas mediante eventuais alterações. Assumir a mutabilidade e a possibilidade de alteração da lei implica, inevitavelmente, reconhecer que há um estado de coisas melhor a ser atingido por intermédio da nova configuração dos preceitos da lei civil – o que pressupõe um objetivo mensurável, um direcionamento, um desígnio concreto a ser buscado pela lei humana. Consequentemente, a coercibilidade da lei aumenta e é corroborada na medida em que sua alteração representa um aprimoramento efetivo das instituições que veicula, sempre em direção ao bem comum¹³³:

Uma [das causas para a alteração da lei] é fundada na razão, porque à razão humana é natural ascender gradualmente do imperfeito para o perfeito. Por isso vemos, nas ciências especulativas, que os primeiros filósofos transmitiram aos seus sucessores umas doutrinas imperfeitas, que estes por sua vez transmitiram aos seus sucessores mais aperfeiçoadas. Ora, o mesmo se dá na ordem das ações. Assim, os primeiros que intencionaram descobrir mais útil disposição para a comunidade humana, não podendo prever tudo, por si mesmos, fizeram certas instituições imperfeitas e falhas em muitos casos, que os pósteros modificaram, estabelecendo por sua vez certas outras, que, em alguns casos, podem não realizar a utilidade comum.¹³⁴

Evidentemente, a questão da força coativa da lei humana deságua em um ponto absolutamente problemático, que é central ao jusnaturalismo: os limites da autoridade da lei humana frente à lei natural. Ao distinguir o direito positivo do direito natural, Tomás expressamente afirma que “a vontade humana, por uma convenção comum, pode tomar justa uma coisa entre aquelas que em nada se oponham à justiça natural. Tal é o lugar do direito positivo”¹³⁵; e que a disposição da vontade humana jamais possuiria o condão de tornar justo aquilo que se opõe ao direito natural¹³⁶. Porém, em caso de contrariedade entre a lei e o direito natural, qual deve prevalecer? Seria exigível ao indivíduo que obedecesse a uma lei francamente contrária aos

¹³² ST, lallae, Q97, art1, s.

¹³³ “Portanto, nunca deve ser mudada a lei humana, a menos que, por outro lado, haja compensação, para o bem comum, correlativa à parte de rogada da lei.” – ST, lallae, Q97, art2, s.

¹³⁴ ST, lallae, Q97, art1, s.

¹³⁵ ST, lallae, Q57, art2, r2.

¹³⁶ ST, lallae, Q57, art2, r2

preceitos da lei natural (considerada como pressuposto ontológico da própria existência do homem); ou, alternativamente, é uma prerrogativa sua não a obedecer? No contexto do próprio jusnaturalismo tomista, há um elemento precipuamente *político* envolvido na determinação da resposta: uma lei contrária à lei natural ainda assim deve ser obedecida se a desobediência ocasionar “escândalo ou perturbações”¹³⁷ – querendo-se, aqui, dizer que a estabilidade da ordem social é uma condição que melhor atende ao bem comum, e, portanto, poderia superar em benefício o próprio reenvio da norma à “corte da consciência” e até mesmo à mudança das leis¹³⁸. Esse argumento é corroborado quando Tomás afirma que a sedição é contrária ao bem comum porque se opõe à unidade do povo¹³⁹. Ora, em termos práticos, regimes tirânicos são notadamente estáveis, e nem por isso tal estabilidade seria considerada por Tomás como algo benéfico; precisamente porque a virtude do governante é o mais desejável politicamente para Tomás¹⁴⁰, e, por decorrência, como o regime tirânico não se ordena ao bem comum, “a perturbação desse regime não tem natureza da sedição”¹⁴¹ (salvo quando a perturbação é tamanha que o sedicioso passa a ser considerado, a seu passo, tirano). É evidente, portanto, que a estabilidade da ordem social constituída participa em grande medida do bem comum, e justifica a instauração dos regimes políticos e a aplicação da lei civil – razão pela qual alguns dos jusnaturalistas contemporâneos tendem a compreender que a obediência à lei civil é um bem em si mesmo¹⁴², e uma expressão direta da razoabilidade dos indivíduos que compõem uma sociedade (sendo, por esta razão, exigível de todos os membros da comunidade política). Esta questão pode, inclusive, levar à fundamentação mesma do governo civil, na medida em que busca legitimar a instauração de regimes jurídicos e, em especial, a relação coercitiva deste para com os indivíduos aos quais se destina¹⁴³.

¹³⁷ ST, Ilallae, Q96, art4, s.

¹³⁸ “Mas a mudança, em si mesma, da lei, acarreta um certo detrimento para o bem da comunidade” – ST, Ilallae, Q97, art2, s.

¹³⁹ “Por onde, a sedição, opondo-se ao bem especial da unidade e da paz da multidão, é um pecado especial.” – ST, Ilallae, Q42, art1, s.

¹⁴⁰ ST, Ilallae, Q105, art1, s.

¹⁴¹ ST, Ilallae, Q42, art2, s.

¹⁴² Por exemplo, um corolário do argumento de Moore quanto ao significado focal do direito, apresentado criticamente em MURPHY, 2006, p. 31.

¹⁴³ “Thus the coercion of non-compliers is at least presumptively justified: legal coercion may be applied to motivate a potential lawbreaker to do what he or she already has sufficient (normative) reason to do, and what, if he or she fails to do, will constitute an injustice to his or her fellow subjects” – MURPHY, 2006, p. 164.

Ao final do artigo 4 da questão 96, Tomás parece inaugurar uma dimensão espiritual no escopo de autoridade da lei:

de outro modo, as leis podem ser injustas por contrariedade com o bem divino. [...] E tais leis de nenhum modo se devem observar, porque, como diz a Escritura (At 5:29), importa obedecer antes a Deus que aos homens. [...] A objeção [referente à contrariedade entre a lei humana e a lei divina revelada] colhe quanto às leis humanas que ordenam o contrário dos mandamentos de Deus; ao que se não pode estender a ordem do poder. Por isso, em tais casos, não se deve obedecer à lei humana.¹⁴⁴

A passagem deve ser interpretada cuidadosamente, tendo em conta o contexto geral da obra. A Suma, como dito, é uma obra de cunho precipuamente teológico, e a teoria jusnaturalista que veicula é uma derivação filosófica da cosmovisão tomista – a qual é, por sua vez, essencialmente cristã. Assim como em outras passagens, aqui não parece razoável atribuir a Tomás a pretensão de elaborar uma teoria geral do Estado ou do Direito subsistentes por si mesmas, ou totalmente desvinculadas de um panorama teológico-cristão. Sob uma tal perspectiva, o trecho em questão trata do escopo da eventual contraditoriedade entre dois âmbitos distintos de normatividade, quanto aos quais o âmbito espiritual possuiria prevalência. É de se notar que Tomás não se refere em nenhum momento ao afastamento da norma ou à inaplicabilidade de seus consequentes normativos. Não se fala, então, de uma suposta prerrogativa cívica ou de uma legitimação para o descumprimento da norma que poderia indicar um prenúncio da teoria da desobediência civil – mas, antes, um dever *moral* do cidadão que, confrontado com leis iníquas, deve preservar as virtudes espirituais acima de qualquer possível sanção jurídica. A dimensão espiritual da norma, portanto, não possui nenhum cariz essencialmente jurídico.

O elemento propriamente compositivo do direito, para Tomás, é a justiça. E, em um panorama referente ao *ius* (ao direito como arte, como ciência), a justiça ordena nossos atos com relação a outrem, diferentemente das demais virtudes morais, que se direcionam exclusivamente ao próprio agente¹⁴⁵; a justiça é, portanto, o conteúdo das disposições que regulam as relações interpessoais em direção à igualdade (ou seja, o *direito*). A própria razão de ser da lei e do direito é utilizar-se da razão prática

¹⁴⁴ ST, IIaIIae, Q96, art4, s e r1.

¹⁴⁵ ST, IIaIIae, Q57, art1, cor.

para expressar a justiça como o objeto que lhe é próprio; para perseguir a justiça como objetivo último:

[...] na mente do artista preexiste a razão da obra a realizar, a qual se chama a regra da arte. Assim também, da obra justa a ser determinada pela razão, preexiste na mente uma razão, que é uma certa regra da prudência. Quando escrita, dá-se-lhe o nome de lei. Pois, a lei, segundo Isidoro, é uma constituição escrita. Por isso, a lei não é propriamente o direito, mas a regra do direito.¹⁴⁶

O trecho traduzido como “regra do direito” no texto original é *ratio iuris* – a lei é, portanto, a *razão do justo*. A lei não cria o justo, mas o exprime; pelo que a razão determina a criação e aplicação da lei (*lex*) a partir da justiça (*ius*), a qual lhe serve de padrão e diretriz. Não é sequer possível conceber a ideia de lei de maneira dissociada da ideia de justiça. Vale dizer, não se trata da justiça divina, espiritual ou metafísica, própria do sagrado ou do espiritual, mas da justiça como conceito essencialmente humano – Tomás faz uma distinção muito clara entre *fas* e *ius*; ou seja, entre a justiça instituída por Deus e a justiça propriamente decorrente das interrelações humanas¹⁴⁷:

[...] a justiça [*iustitia*] implica igualdade. Ora, como não podemos retribuir a Deus o equivalente ao que dele recebemos, não podemos, conseqüentemente, dar-lhe o que é justo, no sentido perfeito da palavra. Por isso, a lei divina não se diz propriamente o direito [*ius*], mas o dever sagrado [*fas*], pois basta que demos a Deus aquilo que podemos.

A distinção entre o direito natural e o direito positivo, na esteira do que afirma Aristóteles¹⁴⁸, reside na origem da manifestação da justiça: há disposições normativas

¹⁴⁶ ST, Ilallae, Q57, art1, r2.

¹⁴⁷ Ambos os conceitos representam a mesma noção moral de retidão e adequação da conduta; há, contudo, uma distinção sutil e bastante significativa: “*Ius*’ designa entre os romanos a justiça e a lei; e ‘*fas*’ tem o mesmo significado. Mas entre *ius* e *fas* há a diferença de que o primeiro termo se aplica especialmente à justiça humana e às relações dos homens entre si, enquanto *fas* é relativo às coisas sagradas e representa o direito estabelecido pelos deuses” – BRÉAL, Michel; AGUIAR, Márlío. Sobre a origem das palavras *fas*, *ius* e *lex*. In: **Línguas e instrumentos linguísticos**, v. 26, n. 52, pp. 175–185, 2023. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/lil/article/view/8674318>. Acesso em: 10 maio 2024.

¹⁴⁸ “A justiça política é e parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que

que expressam a justiça em decorrência de convenções humanas, e é este o direito positivo. Há uma justiça, porém, que se manifesta em disposições normativas por derivar diretamente do objeto a que se refere, “da natureza mesma da coisa”¹⁴⁹ – é o direito natural:

Debe observarse que lo político o civil aquí está tomado de diversa manera por Aristóteles y por los juristas. Aristóteles habla de lo justo político o civil a partir del uso que le dan los ciudadanos. En cambio, los juristas hablan del derecho político o civil a partir de su causa, es decir, porque alguna ciudad lo constituye para sí. Por eso, acertadamente es llamado legal por Aristóteles, como puesto por la ley, lo que los juristas llaman positivo. Vemos que acertadamente se divide lo justo político en esas dos partes. Pues los ciudadanos practican lo justo porque la naturaleza lo puso o imprimió en la mente humana y porque la ley lo ha instituido.¹⁵⁰

No que concerne às leis divinas reveladas (que as críticas mais levianas ao jusnaturalismo frequentemente confundem com o justo natural), há para elas um âmbito específico na hierarquia legal trazida pelo jusnaturalismo tomista:

O homem só pode legislar sobre o que pode julgar. Ora, não pode julgar dos atos internos, que são ocultos, mas só dos externos, que aparecem. E contudo, a perfeição da virtude exige que ele proceda retamente em relação a uns e a outros. Portanto, a lei humana, não podendo coibir e ordenar suficientemente os atos internos, é necessário que, para tal, sobrevenha a lei divina.¹⁵¹

A lei divina corresponde aos mandamentos revelados por Deus aos homens através das escrituras, e, no Tratado da Lei, a questão submetida a análise não é a sua *existência* (como é posto com relação às outras espécies de lei), mas à sua *necessidade*. O ponto central da questão é se a lei natural, na medida em que

de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido [...]. Algumas pessoas pensam que toda justiça é desta espécie, porque as coisas que existem por natureza são imutáveis e em toda parte têm a mesma força (como o fogo que arde aqui e na Pérsia), ao passo que essas pessoas observam alteração nas coisas reconhecidas como justas. [...] De qualquer modo, existe uma justiça por natureza e outra por convenção”. ARISTÓTELES, 2001, p. 117. O trecho em questão está em 1137b, 18-29.

¹⁴⁹ ST, II^aae, Q57, art2, s.

¹⁵⁰ TOMÁS DE AQUINO, 2001, p. 322.

¹⁵¹ ST, I^aae, Q91, art4, s.

plenamente cognoscível ao homem racional, não seria suficiente para que a conduta humana fosse convenientemente guiada. A resposta é semelhante à análise da utilidade da lei humana: tais preceitos são necessários para que a lei natural seja *traduzida* de forma objetiva, e compreendida pelos homens até que a prática da lei natural seja inequívoca através da adequação da conduta à lei escrita (humana ou divina). Evidentemente, nesse aspecto a lei humana possui um âmbito diferente da lei divina, posto que seu objetivo é dar conta das contingências da realidade da conduta humana e estipular um escopo mínimo de legalidade apto a viabilizar a vida social e estruturar a comunidade política. Tais disposições são, como visto, também contingentes, e não possuem o condão de contrariar justificadamente a lei natural. A lei divina, a seu passo, não se imiscui na vida política da comunidade, e objetiva sobretudo guiar a conduta dos homens no plano exclusivamente espiritual – apesar de possuir, para Tomás, a mesma qualificação de *lei*. É por isso que a análise da questão da necessidade da lei divina perpassa uma dimensão essencialmente teológica: sua origem repousa na ordenação última do homem à beatitude eterna e na equivocidade das disposições normativas humanas contingentes (donde só Deus, que não erra, pode dispor inequivocamente sobre as ações do homem)¹⁵². Entretanto, a especificidade da lei divina e de seu âmbito de atuação é decorrente sobretudo do fato de que seu escopo precípua é proibir o *pecado* (perceba-se: não o vício, a má-conduta pura e simples) e adequar a perfeição da virtude humana no plano interno (o que não é dado à lei civil). Tais pressupostos legam aos mandamentos divinos a posição de viabilizar a expressão da moralidade humana nos casos em que a racionalidade não é capaz de fazê-lo por si mesma:

Aquinas argues that the Ten Commandments are basically sound rational moral principles derivable from an analysis of human nature. However, since it is difficult to undertake this inquiry through reason alone, Aquinas suggests that it is in some way incumbent upon God to make knowledge of the moral system and of the supernatural end part of revelation. [...] Hence, the need for revelation. Likewise, because an adequate moral theory is centrally important for human well-being, and because this knowledge is equally difficult to obtain, it is equally important and incumbent that God reveal this knowledge to human persons. This is the structural role divine law plays in Aquinas's theory of law.¹⁵³

¹⁵² ST, Iallae, Q91, art4, s.

¹⁵³ LISSKA, 1996, p. 135.

O “papel estrutural da lei divina” é uma decorrência direta da ontologia tomista, segundo a qual a natureza humana obedece à racionalidade divina e advém dos arquétipos essenciais da lei eterna, manifestando características disposicionais. Uma vez que a origem da lei divina revelada também é a lei de Deus, há uma consonância fundamental entre a realidade cognoscível e os mandamentos de Deus expressos na Revelação, e seria inconsistente defender que prescrições morais pudessem contrariar a lei natural. Do ponto de vista metaético, o jusnaturalismo tomista estrutura-se, portanto, sobre a ideia de necessidade moral¹⁵⁴, e difere, portanto, da metaética occamista (a qual apresenta, nesse aspecto, uma estrutura argumentativa muito similar à do juspositivismo). Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham situam-se em polos opostos da discussão travada no diálogo socrático *Êutifron*: nesta famosa obra aporética de Platão, a questão posta por Sócrates é saber se um ato é moralmente bom *porque* os deuses o prescreveram, ou se os deuses prescreveram tal ato *por ser ele* moralmente bom¹⁵⁵. Em tal debate, Guilherme de Ockham ocuparia a primeira posição, defendendo o que se convencionou chamar de “voluntarismo” ou “prescriptivismo divino”: a posição segundo a qual o conteúdo moral das condutas prescritas advém unicamente do ato de sua prescrição por parte de Deus. A semelhança estrutural com o juspositivismo se baseia na origem da coercibilidade de tais prescrições, na medida em que a autoritatividade da lei espiritual ou moral se baseia no ato ou procedimento de comando, tal como a lei civil no caso do positivismo jurídico¹⁵⁶. Tomás, por sua vez, fundamenta a autoritatividade da lei moral na sua justificação e enquadramento à consistência da razão da realidade – nesse aspecto, vale destacar que, para Tomás, *qualquer* lei é uma medida da razão¹⁵⁷, porquanto a razoabilidade é um aspecto indissolúvelmente ligado ao conceito mesmo de “lei” (incluindo a divina). Toda lei, portanto, veicula um conteúdo de razoabilidade proporcional ao âmbito de sua atuação quanto à ordenação da conduta humana – e a

¹⁵⁴ Trata-se de uma necessidade no sentido analítico.

¹⁵⁵ “Presumamos, estimado Êutifron, que é uma única coisa o que é amado pelos deuses e o que é piedoso. Logo se o que é piedoso é amado por ser piedoso, também o que é amado o é por seu próprio caráter; portanto, se o que é amado pelos deuses o é porque é amado, da mesma maneira o que é piedoso o é porque é amado. Mas notas que ocorre de forma bem distinta, já que são duas coisas completamente diferentes. E uma é objeto de amor porque se a ama, enquanto a outra o é porque sua própria natureza o exige”. PLATÃO. *Êutifron*, ou Da religiosidade. São Paulo: Nova Cultural, 2004. p. 48.

¹⁵⁶ LISSKA, 1996, p. 136.

¹⁵⁷ ST, Iallae, Q90, art1.

forma principal de razoabilidade manifesta na lei é a justiça. Uma vez que cada espécie de lei é pertinente a um âmbito específico, a justiça também se manifesta por meio de formas próprias (como fica claro na distinção entre *fas* e *ius*, minudenciada acima).

2.9 A justiça típica da lei civil e o significado focal do direito

A consideração de uma justiça designadamente relativa à lei civil, então, permite identificar o território específico do direito, evidenciando a essência de uma teoria jurídica de Tomás. Nesse aspecto, muito embora tenha por objeto a justiça e seu posicionamento na estrutura da ordenação da realidade, o direito não se confunde com a moral – ou, melhor dizendo, é possível isolar o direito e seu significado focal a partir das relações que, racionalmente, regula. Tal fato torna conceitualmente possível distinguir o direito natural do positivo¹⁵⁸, e também estabelecer diferenças fundamentais entre o direito natural e o direito das gentes¹⁵⁹, além de permitir retirar no âmbito do direito as leis que regulam relações intersubjetivas que não possuem natureza política (uma vez que o *direito* propriamente dito ocupa-se das relações típicas da pólis). Uma justiça assim concebida, portanto, no plano do direito, “ordena os atos de todas as virtudes ao bem comum”¹⁶⁰, mas também necessita que “haja outras virtudes que o ordenem [o homem] imediatamente no que toca aos bens particulares [os quais] podem dizer respeito a nós mesmos ou a outra pessoa particular”¹⁶¹. Quanto ao indivíduo, porém, a justiça legal também pode ordenar os atos dos homens aos seus bens particulares, mas apenas de maneira mediata¹⁶². O bem do todo, evidentemente, possui prevalência sobre o bem das partes – razão pela qual “o Filósofo [Aristóteles] estabelece uma virtude particular para aquilo que diz especialmente respeito às relações da vida em sociedade”.¹⁶³ Esta virtude tendente a realizar as relações típicas da sociedade é, no original, apresentada como uma *justiça*

¹⁵⁸ ST, Ilallae, Q47, art2.

¹⁵⁹ ST, Ilallae, Q47, art3.

¹⁶⁰ ST, Ilallae, Q58, art6, s.

¹⁶¹ ST, Ilallae, Q58, art7, r1.

¹⁶² ST, Ilallae, Q58, art7, r1.

¹⁶³ ST, Ilallae, Q58, art8, cor.

particular (“*iustitiam particularem*”), e faz referência ao conceito de justiça distributiva¹⁶⁴.

Sob esse aspecto, a teoria jurídica de Tomás pode ser considerada uma teoria “pura”, porque é capaz de isolar um significado focal do direito sem que, para isso, seja preciso qualquer outra coisa que não a concepção da justiça política (ainda que a considere um elemento essencial). É com essa finalidade que Tomás diferencia, inclusive, as relações políticas e as relações familiares, como já havia feito Aristóteles¹⁶⁵. Ambas refletem relações interpessoais distintas, e só o direito (político) regula as relações entre cidadãos iguais e é capaz de manifestar a justiça propriamente política. A questão pode parecer trivial, mas possui relação com o cerne de uma temática absolutamente premente para o jusnaturalismo na contemporaneidade: a precedência entre perspectivas subpolíticas¹⁶⁶ e superpolíticas¹⁶⁷ para a aplicação do princípio do bem comum¹⁶⁸. Tal questão possui grande relevância para temáticas políticas nas quais é necessário determinar a preferência aos indivíduos internos a uma determinada comunidade política ou a uma possível comunidade política global, ainda que abstrata. Muitas questões ambientais são orientadas por esta dissonância (como a hipótese de controle de emissões de poluentes e o aparente conflito com a atividade econômica interna), bem como

¹⁶⁴ ARISTÓTELES, 2001, p. 108. O trecho citado por Tomás está em 1130b, 31-33.

¹⁶⁵ “A justiça de um amo para com o escravo e a de um pai para com o filho não são iguais à justiça dos cidadãos, embora se assemelhem a ela [...]. Portanto, em tais relações não há justiça nem injustiça, no sentido político”. ARISTÓTELES, 2001, p. 117. O trecho em questão está em 1134b, 6-13.

¹⁶⁶ A perspectiva subpolítica do bem comum privilegia as relações interpessoais mais próximas (família, amigos) em detrimento do restante da comunidade – como no exemplo, mencionado por Sartre, do jovem que reluta entre permanecer com a sua mãe idosa ou juntar-se à Resistência francesa na ocupação alemã (SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p. 25). *Prima facie*, não é totalmente claro o porquê de as relações políticas típicas de uma comunidade civil sobreporem-se às relações pessoais íntimas na orientação e finalidade das condutas das pessoas.

¹⁶⁷ A perspectiva superpolítica, por sua vez, privilegia as relações cosmopolitas do bem comum para além da comunidade política – das comunidades políticas em geral, da humanidade, das nações. Novamente, não está totalmente claro o porquê de precisarmos limitar a persecução do bem comum aos limites da nossa própria comunidade política, fazendo uma acepção entre membros e não-membros para fins de participação no bem comum.

¹⁶⁸ A respeito da relevância da questão, com ênfase na consideração dos direitos humanos em uma perspectiva de justiça global: “A questão, considerando-se que há problemas e conflitos que afetam a todos globalmente e para os quais deveria haver uma resposta concertada que levasse a uma situação de justiça global, reside, então, no que pode ser considerada uma condição global de justiça: o que é o justo global. Trata-se de questão extremamente complexa, porém, como Bragato indica acima, qualquer que seja sua resposta, os direitos humanos básicos não devem ter suas garantias afetadas: i.e., devem ser preservados” – PINTO, Gerson Neves; LEMOS, Fabrício José Rodrigues de. Justiça Global e Direitos Humanos. In: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2. p. 60. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/955>. Acesso em: 12 jan. 2025.

problemas jurídicos envolvendo fluxos migratórios de populações (como as ondas de refugiados que a Europa vem recebendo nos últimos anos), ou mesmo a transcendência da ideia de Estado-nação para a consideração de temas como constitucionalismo global e perspectivas transnacionais dos direitos fundamentais¹⁶⁹ – e o juspositivismo, na medida em que é dependente de uma autoridade institucionalmente constituída para emprestar força cogente a qualquer norma, parece incapaz de fornecer uma resposta juridicamente aceitável. Por esta razão, os chamados *hard cases* raramente são definidos sem recurso a argumentos de natureza metaética, e a situação é a mesma quando o que está em jogo é a *definição do bem comum* no embate jusfilosófico entre posições subpolíticas ou superpolíticas.

A particularidade do problema envolvendo estas perspectivas concorrentes é o fato de que elas não são independentes entre si. Se, na tentativa de contornar a perspectiva subpolítica, afirma-se que é preciso considerar as relações interpessoais em termos de igualdade e imparcialidade e desconsiderar formas especiais de relações interpessoais na orientação da conduta e na objetivação do bem comum, automaticamente está-se endossando a perspectiva superpolítica (na medida em que se afirma, assim, ser razoável transcender as fronteiras da uma comunidade política específica). Igualmente, se, na tentativa de contornar a perspectiva superpolítica, afirma-se ser preciso considerar com maior atenção as particularidades das relações interpessoais especiais (a minha comunidade política em detrimento de outras, por exemplo, ou os membros da minha comunidade política em detrimento dos não-membros), está-se automaticamente endossando a perspectiva subpolítica (na medida em que se institui um determinado grau de parcialidade na orientação e finalidade das condutas).¹⁷⁰

¹⁶⁹ Contemporaneamente, teorias de fundamentação dos direitos fundamentais com base no neoconstitucionalismo transnacional são competentemente defendidas por Günther Teubner. Embora a temática seja riquíssima e muito vasta, nessa questão específica, menciona-se pontualmente TEUBNER, Günther. Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect? In: **Netherlands Journal of Legal Philosophy**. v. 40. n. 3. Disponível em: https://www.levenjournals.com/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2011/3/RenR_1875-2306_2011_040_003_002.pdf. Acesso em: 13 maio 2024.

¹⁷⁰ Esta questão é apresentada por MURPHY (2006, p. 169) como um limiar do jusnaturalismo, para o qual ainda não há (na perspectiva do autor) solução aceitável. Murphy menciona, porém, que a resolução mais competente parece ser a de Aristóteles, no sentido de que as relações interpessoais são fundamentais para a realização do bem comum, de forma que a centralidade do bem comum concretizável está necessariamente sujeita ao conhecimento que um cidadão possui de todos os outros – o que impõe um limite claro para a expansão da pólis e, ao mesmo tempo, qualifica as relações interpessoais como essencialmente *políticas* (a fim de justificá-las perante uma potencial determinação do princípio geral do bem comum).

Por mais complexas que sejam questões dessa natureza, o jusnaturalismo tomista busca fornecer um meio de dissolvê-la através do isolamento do significado focal do direito nas relações intersubjetivas de cunho político, e ainda com manifesta alusão à autoritatividade política da qual um governo civil se vale para instituir leis que buscam a expressão da razoabilidade e da proporcionalidade entre cidadãos iguais. Tal isolamento orbita ao redor de um conceito muito específico de justiça: o direito será a expressão do *justo político*, e deve se perfectibilizar através da constante persecução deste mesmo justo político. Trata-se de uma pretensão perpétua, que legitima materialmente a configuração do que é o direito e o que ele pretende ser, concretamente, para os indivíduos.

2.10 O direito e suas funções institucionais

Quanto ao ato de julgar e às funções institucionais da justiça, Tomás tece uma série de comentários: o juízo é uma atividade perfeitamente legítima desde que exercida nos contornos da autoridade para tal instituída (em um sentido especial e diverso do juízo exercido pelos homens em geral quanto às ações que inspiram apreciação sobre outrem)¹⁷¹ – na medida em que a própria percepção da justiça como objeto último da conduta traz consigo imbricada a possibilidade de avaliar as ações humanas enquanto se aproximem ou se distanciem do reto agir. Na definição da justiça, a relação do juiz para com a lei escrita é mediada pela lei natural, sempre com precedência desta última:

Como a lei escrita não dá força ao direito natural, assim também não pode diminuir-lhe nem suprimir-lhe a força; pois, a vontade humana não pode mudar a natureza. Portanto, se a lei escrita contém algo contra o direito natural, é injusta: e não tem força para obrigar. Pois, só há lugar para o direito positivo, quando, segundo o direito natural, é indiferente que se proceda de uma maneira ou de outra, como já foi explicado acima. Por isso, tais textos não se hão de chamar leis, mas corrupções da lei, como já se disse. E portanto, não se deve julgar de acordo com elas.¹⁷²

¹⁷¹ ST, IIallae, Q60, art2.

¹⁷² ST, IIallae, Q60, art5.

A temática proposta por Tomás nesta questão em especial (“Deve-se julgar sempre segundo as leis escritas?”) é muito propícia à natureza do direito em si, bem como a seu objeto próprio. Investigar os limites da lei positiva e sua vinculação com o justo natural é a expressão sintética da contraposição entre juspositivismo e jusnaturalismo, bem como de suas diversas manifestações correlatas: a escola da exegese, positivistas tradicionais e formalistas em geral, de um lado; e, de outro, a escola do direito livre, o realismo jurídico, a retórica jurídica, a *jurisprudência*¹⁷³. Villey destaca¹⁷⁴, quanto a esta contraposição, que Tomás não possui nenhuma pretensão propriamente técnico-judiciária ou pragmática ao abordar o tema: o objeto da questão não é a contingencialidade jurídica da prática dos juízes, mas a mera exposição especulativa da controvérsia entre julgar segundo a lei escrita ou desconsiderá-la caso contrarie a lei natural. A conclusão de Tomás repete o que já havia sido mencionado na Primeira Segunda Parte da Suma: a lei positiva somente manifestará sua natureza essencial se não contrariar preceitos do justo natural – sendo-lhe, portanto, conforme ou indiferente. Uma lei injusta, portanto, não é propriamente lei, mas um mero arremedo, um simulacro de lei, e sua aplicação exige a equidade de quem julga¹⁷⁵. Esta perspectiva reposiciona o julgador na sua relação com o direito: seu norte não é a lei escrita, mas a justeza natural que ela deveria veicular, pelo que a atitude juridicamente plausível de qualquer pessoa é o julgamento do próprio direito segundo critérios naturalmente postos pela razão humana¹⁷⁶.

2.11 Tomás de Aquino e o arcabouço do jusnaturalismo

Já se disse acima que Tomás de Aquino representa o paradigma do jusnaturalismo no Ocidente. Embora seja claro que o pensamento jurídico de Tomás de Aquino não é o cerne de seu trabalho filosófico, o jusnaturalismo tomista representa um marco considerável no desenvolvimento da teoria jurídica. O simples fato de

¹⁷³ VILLEY, 2014, p. 55.

¹⁷⁴ Ibid., p. 57.

¹⁷⁵ ST, IIallae, Q60, art5, r2.

¹⁷⁶ ST, IIallae, Q60, art5, r1: “Se a lei escrita contém algo contra o direito natural, é injusta: e não tem força para obrigar”.

Tomás ter elaborado um compêndio consideravelmente completo a respeito das ideias que permeavam o ambiente jurídico da Idade Média é, por si só, suficiente para convalidar todo o esforço da Suma Teológica e reconhecer o mérito do tomismo como uma importantíssima fonte para a filosofia do direito. Mais que isso: Tomás opera o resgate das fontes clássicas, instaura a interpenetração da ontologia e da metafísica no universo do direito, promove a readequação de uma jurisprudência laica em uma sociedade eclesiástica, e o estabelecimento de um arcabouço teórico para o desenvolvimento da teoria jurídica do Ocidente que se seguiria pelos próximos oito séculos.

O pensamento jurídico presente na Suma Teológica representa a condensação do pensamento jurídico da Antiguidade e do Medievo. Ainda assim, a clareza e completude da Suma permitiram a Tomás instaurar algumas discussões inéditas no Direito, bem como conceber uma fundamentação teórica que não se via em Cícero, Aristóteles ou Agostinho. As questões colocadas pela Suma Teológica reverberaram pelas discussões jurídicas posteriores, criando uma plêiade de temas muito significativos e relevantes para a filosofia do direito em geral e para o jusnaturalismo em particular.

O prosseguimento da presente pesquisa abordará algumas questões fundamentais do jusnaturalismo contemporâneo – destacando tanto suas raízes no jusnaturalismo clássico de matriz aristotélico-tomista quando o desenvolvimento teórico que tais questões experimentaram ao longo do percurso da filosofia do direito até a contemporaneidade. A perspectiva é investigar como e em que medida o tomismo pôde se converter no neojusnaturalismo, e qual é a relevância deste profundo alicerce para a teoria do Direito.

3 ELEMENTOS DO JUSNATURALISMO CONTEMPORÂNEO

As correntes jusnaturalistas contemporâneas, em geral, buscam desenvolver os elementos da teoria do direito natural conforme a estruturação matricial que lhe foi dada por Tomás de Aquino, bem como das questões teóricas pontuais que sua teoria trouxe à luz a partir do enfoque ao jusnaturalismo latente nos pensadores clássicos. É, portanto, impossível evitar uma recorrência de questões no jusnaturalismo posterior – e, na medida em que o tomismo se revelou como um arcabouço confiável para o direito natural (no sentido de revelar uma estrutura interna capaz de lhe conferir solidez suficiente), alguns dos desenvolvimentos filosóficos do jusnaturalismo pretenderam aprofundar as teses de Tomás, reinterpretá-lo segundo vocabulários filosóficos característicos da contemporaneidade ou simplesmente resgatar suas premissas – inaugurando, assim, o que se chama de “jusnaturalismo neoclássico”.

Um dos pensadores mais proeminentes do jusnaturalismo neoclássico é o australiano John Mitchell Finnis, cuja obra jusfilosófica está assumidamente centrada no tomismo (embora possua o inegável mérito de elastecê-lo e, interpretando-o, conferir-lhe uma roupagem adequada ao direito contemporâneo). Tal movimento foi crucial para o jusnaturalismo, especialmente tendo em conta o desenvolvimento teórico consistente que outras correntes jusfilosóficas experimentaram após o século XVIII, e as inevitáveis críticas ao jusnaturalismo decorrentes de sua estrutura considerada arcaica, religiosa, excessivamente metafísica, a-científica, historicista e até mesmo pueril. O esforço de pensadores como Finnis foi determinante para requalificar o jusnaturalismo no quadro teórico da Filosofia do Direito, possibilitando sua consideração em posição de igualdade filosófica com qualquer outra corrente de pensamento (em especial o juspositivismo da primeira metade do século XX, centralizado nas figuras de Kelsen, Bobbio e Hart). A respeito do recrudescimento do direito natural:

Natural law has for a long time had a bad press. It is supposed to be the sort of spooky stuff that Bentham derided when he hooted at natural rights as not being just simple nonsense, but “nonsense in stilts”. Oliver Wendell Holmes’s own brand of ethical scepticism and legal positivism led him to characterize the natural law as a “brooding omnipresence in the sky”, rather like the northern lights apparently, but without the lights. [...] Recently the experience

of announcing a natural law view has become a little less like removing one's hat and revealing one's antennae for all to see.¹⁷⁷

Obviamente, Finnis não é o único a reler a matriz tomista, e a matriz tomista não é a única corrente filosófica referente ao direito natural, de maneira que há muitos problemas e questões comuns ao grande *pool* de pensamento jusfilosófico a que se costuma chamar “jusnaturalismo”. O objetivo do presente capítulo, então, é fazer breves menções e apontamentos de elementos do jusnaturalismo que, embora sistematizados por Tomás, foram desenvolvidos ou aprofundados pelas teorias do direito natural na contemporaneidade – com o objetivo de, alinhando-se aos objetivos gerais e específicos da pesquisa, situar o jusnaturalismo como um possível substrato hermenêutico dos direitos humanos em sentido lato. Muito embora a ênfase seja direcionada a Finnis, as contribuições de outros autores também são trazidas à discussão com o objetivo de reposicionar as questões em um panorama mais amplo.

3.1 Jusnaturalismo, moralidade e a definição do Direito

O australiano John Finnis é, talvez, o nome mais célebre do direito natural na contemporaneidade. Sua vinculação ao tomismo é notória, bem como o fato de ter sido aluno de Hart – e de ter, inclusive, escrito sua *magnum opus* (“Lei natural e direitos naturais”) sob sugestão do próprio Hart. A obra de Finnis oscila entre a teoria do Direito e a filosofia moral, o que ilustra de modo bastante sintomático a natureza mesma do jusnaturalismo enquanto uma relação entre estes dois territórios teóricos. Quanto a tal relação, Robert George argumenta que a perspectiva analítica da teoria do direito natural é, ela mesma, a confluência de duas teses¹⁷⁸: 1. existem verdades morais objetivas (o que se chama de *realismo moral*); e 2. a verdade de qualquer proposição jurídica depende necessariamente da verdade de alguma proposição moral correspondente (o que se chama de *relacionismo jurídico*). Esta intersecção entre Direito e moral constituiu o principal objeto das críticas dirigidas ao direito

¹⁷⁷ MOORE, 1994, p. 200.

¹⁷⁸ Ibid., p. 202.

natural, precisamente porque a filosofia moral supostamente seria a transposição de um obscurantismo religioso ou de uma indeterminação metafísica (sobretudo a partir da perspectiva juspositivista). A despeito disso, é a tese do realismo moral que, por si mesma, constitui o principal pilar do jusnaturalismo: se é possível teorizar sobre filosofia moral de maneira consistente e fiável, por que razão não seria possível fazê-lo no âmbito do Direito? Se o Direito, enquanto produto da razão voltado à conduta humana, não se referir à filosofia moral, a que se referirá então?

John Finnis, portanto, busca uma releitura do tomismo que se sustente enquanto teoria precipuamente jurídica. A obra “Lei natural e direitos naturais” apresenta o panorama geral de seu pensamento, dividindo-se em três partes. A primeira delas refere-se à teoria geral do direito, rebatendo as críticas que o juspositivismo destina às teorias do direito natural e expondo os caracteres definidores do significado focal do que é efetivamente o direito – especialmente tendo como ponto de partida a insuficiência das descrições juspositivistas. É na abordagem a esta última questão que Finnis expõe a relação indissolúvel entre direito e moralidade para a delimitação do que chama de “caso central do ponto de vista legal”¹⁷⁹ (ou seja, a definição exata e sintética do Direito em contraposição a outras formas de regulação da conduta humana ou instituições com escopo similar):

A conclusão a que devemos chegar é clara. Se existe um ponto de vista sob o qual uma obrigação legal é tratada como, pelo menos presumivelmente, uma obrigação moral [...], um ponto de vista segundo o qual o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica em distinção a uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária são encarados como um ideal moral, quando não uma exigência premente da justiça, então tal ponto de vista irá constituir o caso central do ponto de vista legal. Pois apenas segundo tal ponto de vista é uma questão de suma importância que o direito, enquanto distinto de outras formas de ordem social, deva passar a existir e, assim, se tornar um objeto de descrição do teórico. [...] Se existe um ponto de vista segundo o qual a instituição do Estado de Direito e a obediência a regras e princípios de direito de acordo com o teor são encaradas como requisitos pelo menos presumíveis da própria razoabilidade prática, tal ponto de vista é aquele que deve ser usado como padrão de referência pelo teórico que descreve as características da ordem jurídica¹⁸⁰.

¹⁷⁹ FINNIS, 2007, p. 27.

¹⁸⁰ Ibid., p. 28. No mesmo sentido: “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.” – Ibid., p. 31.

A definição que Finnis empresta ao Direito é, então, estruturalmente muito próxima do argumento central da teoria do direito natural: a existência de uma conexão interna entre a lei e razões decisivas para a ação humana¹⁸¹. Finnis afirma que não se deve definir a lei a partir de condições necessárias e suficientes para a sua definição; antes, é preciso identificar casos e instâncias paradigmáticos da lei para classificar os sistemas normativos como legais ou não. Apesar de considerar válido o ponto de partida de Hart (superior aos juspositivistas tradicionais por considerar a perspectiva do observador *interno*, que orienta a sua conduta pela lei a que se submete), critica-o por entender que esta perspectiva é insuficiente se levarmos em consideração a *motivação* para a adequação da conduta – e entende, portanto, que o ponto de vista estritamente legal é aquele em que a obrigação *legal* é considerada, para o sujeito, uma obrigação *moral*. Finnis recorrerá a esta estrutura argumentativa por diversas vezes ao longo de sua obra, mas é interessante perceber a maneira discreta e quase recalcitrante por meio da qual Finnis aborda noção de “moralidade” enquanto componente do Direito em seu significado focal: no trecho citado acima, Finnis expressamente a substitui pela noção mais concreta de “razoabilidade prática” (a qual representa um conceito central em seu pensamento, da mesma maneira que a razão prática desempenha um inequívoco ponto de apoio no pensamento tomista). Na condição de instituição social ou objeto de estudo, o Direito seria a interconexão destes elementos:

Pelo contrário, o interesse da tradição, como o deste capítulo, tem sido mostrar que o ato de “fazer” uma lei (seja judicialmente, legislativamente ou de qualquer outra maneira) é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras “morais” que essas normas morais são uma questão de razoabilidade objetiva, não de capricho, convenções ou mera “decisão”; e que essas mesmas normas morais justificam (a) a própria instituição da lei positiva, (b) as principais instituições, técnicas e modalidades dentro dessa instituição (e.g., separação dos poderes) e (c) as principais instituições reguladas e sancionadas pela lei (e.g., o governo, contratos, propriedade, casamento, e responsabilidade criminal). O que verdadeiramente caracteriza essa tradição é que ela não se contenta apenas em observar o fato histórico ou sociológico de que “moralidade” afeta a “lei”, mas, pelo contrário, busca determinar quais são realmente os requisitos da razoabilidade prática, tal que uma base racional para as atividades dos legisladores, juízes e cidadãos seja permitida.¹⁸²

¹⁸¹ MURPHY, 2006, p. 1.

¹⁸² FINNIS, 2007, p. 181.

Há, então, uma relação de referencialidade entre o Direito e a moralidade objetiva como expressão da razoabilidade prática, de tal maneira que a lei positiva e as instituições jurídicas são justamente manifestações diretas dessa referencialidade. A teoria da lei natural não se refere apenas à filosofia política ou ao Direito, mas também é uma teoria da moralidade ou da razoabilidade prática – na medida em que estipula que as razões definitivas para a ação humana residem em alguns bens básicos definidos a partir da natureza humana (e em como a razoabilidade prática pode perseguir adequadamente tais bens). Esta vertente moral do jusnaturalismo se baseia nas seguintes premissas¹⁸³: 1. há uma noção objetiva e correta do bem individual (compreendido como bem-estar individual independentemente dos desejos ou satisfações subjetivos do indivíduo em questão); esta tese tem sido defendida por diversos jusnaturalistas, desde Aristóteles, e frequentemente endossa bens particulares como vida, conhecimento, jogo, etc.¹⁸⁴; 2. tal noção objetiva do bem individual é cognoscível por qualquer indivíduo racional; e 3. tais bens individuais são incomensuráveis entre si, na medida em que seu valor intrínseco é idêntico e indemonstrável, muito embora tal afirmação não signifique que não seja possível estabelecer relações de preferência entre dois ou mais bens básicos de acordo com as circunstâncias. Assim, a filosofia política e o Direito, na perspectiva da teoria da lei natural, estabelecem relações entre a lei e as razões para a conformidade da conduta e entre a lei e o bem comum; a perspectiva moral da teoria da lei natural versa sobre a natureza mesma dos bens perseguíveis pela conduta humana.

Ainda que tal argumentação fatalmente recorra à metaética para fundamentar noções como obrigações jurídicas e validade legal, a relação entre ambos os territórios teóricos não é biunívoca, nem tampouco de subsunção direta. Uma leitura moral do jusnaturalismo fatalmente conduzirá à questão da *lex iniusta*, abordada no capítulo precedente: se moralidade e direito são universos convergentes, em que sentido um vincula o outro? Como visto, há duas possibilidades de se responder ao problema da lei injusta: ou bem ela perde sua juridicidade (deixando de ser *lei*), ou bem ela perde sua integridade normativa (sendo *defectiva*); como visto, na perspectiva de Kretzmann (bem como de Tomás, e igualmente Finnis) a leitura mais arrazoada é a última. Ambas as posições representam, respectivamente, as teses *forte* e *fraca* do

¹⁸³ MURPHY, 2006, p. 7.

¹⁸⁴ Adianta-se, desde logo, que a teoria de Finnis perfila-se precisamente neste sentido.

jusnaturalismo¹⁸⁵; e são, ambas, essencialmente jurídicas, na medida em que encampam proposições a respeito da natureza da lei e não de seu conteúdo moral direto.

Segundo Murphy¹⁸⁶, a tese forte do jusnaturalismo (aquela em que a única lei que merece nossa obediência é a que resguarda um padrão mínimo de razoabilidade) é equivocada por duas razões: primeiro, este argumento parece transpor um problema essencialmente jurídico para a seara da filosofia moral – e seria equivocado pretender que juristas se dedicassem, em seu objeto de estudo e trabalho, a digressões morais a respeito da validade intrínseca das normas segundo elementos de moralidade¹⁸⁷; em segundo lugar, o problema da leitura moral forte do jusnaturalismo tornaria a questão “excruciantemente desinteressante”, segundo o autor. A tese fraca, por sua vez, é perfeitamente capaz de estabelecer uma relação salutar entre Direito e moralidade – razão pela qual é endossada por Finnis:

Para evitar mal-entendido a respeito do âmbito de nosso assunto neste livro, devo acrescentar aqui que os princípios do direito natural, assim entendidos, são encontrados não apenas na filosofia moral ou ética e na conduta "individual", mas também na filosofia política e na jurisprudência, na ação política, nas adjudicações e na vida do cidadão. Pois que esses princípios justificam o exercício da autoridade na comunidade. [...] E a atenção aos princípios, no contexto dessas explanações do direito e da obrigação legal, justifica encarar certas leis positivas como radicalmente deficientes, precisamente enquanto leis, por falta de conformidade a esses princípios.¹⁸⁸

Murphy¹⁸⁹ menciona, para além do argumento de Finnis, outro possível percurso argumentativamente competente para se chegar à tese fraca do jusnaturalismo, ligado à *funcionalidade* da lei. É relativamente comum encontrar comparações entre normas jurídicas como *regras do jogo*, através das quais os participantes podem compreender seu funcionamento e orientar sua tomada de decisão bem como sua conduta efetiva. Talvez haja, porém, um fator diferenciante entre as normas jurídicas e as normas de outras espécies, fator este que talvez tenha

¹⁸⁵ MURPHY, op. cit., p. 8.

¹⁸⁶ Ibid., p. 10.

¹⁸⁷ Não sendo demais notar, também, que Tomás de Aquino colocou o problema paradigmático do jusnaturalismo no contexto do tratado das *leis em geral*, e, assim, a discussão desde então aparentemente é relativa a uma confusão a respeito do que é, *efetivamente*, a tese jusnaturalista.

¹⁸⁸ FINNIS, 2007, p. 36.

¹⁸⁹ 2006, p. 25.

a ver com a função da lei ou com o conteúdo de suas reivindicações¹⁹⁰. Nesse sentido, a compreensão da lei como um *tipo funcional* possa explicitar melhor a relação entre lei e moralidade: uma norma define um estado de coisas desejável, logrando atingi-lo através da prescrição de uma conduta – definindo a lei não a partir do contexto de sua formação ou de suas estruturas constitutivas, mas a partir de sua *função* no atingimento deste estado de coisas desejável.

É este o argumento de Moore¹⁹¹. Este autor afirma que há diferentes maneiras pelas quais a moralidade interpenetra as condições de existência da lei: por exemplo, o *judicial review* e a existência de uma Constituição escrita claramente valorativa (embora a ideia central do jusnaturalismo não seja referente a relações pontuais em sistemas jurídicos particulares, mas à relação geral da moralidade em si mesma com o direito em si mesmo). Quanto à moralidade, o autor considera-a em termos de razões para ação humana – ou qualidades que possuem um conteúdo deontológico que serve como motivação para a ação; propriedades em sentido moral estrito, mas também a persecução de virtudes, bem como a consideração de razões prudenciais (senciência, dor, etc). Nesse sentido, a noção de “moralidade” coincide, em termos de amplitude, com o conceito de “razoabilidade prática”, havendo três possibilidades modais: i. a justiça de uma norma é *suficiente* para lhe atribuir o status legal; ii. a justiça de uma norma é *relevante* para atribuí-la o status legal; e iii. a justiça de uma norma é *necessária* para atribuí-la o status legal. Trata-se, neste último caso, da noção de “necessidade metafísica”, de Saul Kripke – a qual difere da necessidade analítica por não depender das convenções da linguagem humana (nesse sentido, é uma verdade dependente de *como o mundo é*: tudo o que for H₂O é água, não importa qual o conteúdo semântico convencional da palavra “água”). A essência de uma coisa, então, não é definida convencionalmente, mas se refere ao que a coisa efetivamente é; há teorias para saber o que as coisas são, ao contrário das verdades analíticas, cujo processo é de *definição*. Nesse sentido, a essência de lei necessariamente conteria elementos de justiça – e todas as manifestações jurídicas que não guardem relação com um conteúdo de justiça perderiam seu status legal:

¹⁹⁰ MURPHY, 2006, p. 28.

¹⁹¹ 1994, p. 288

A natural lawyer should say that the essence of law is such that it includes justice, among other things. Necessarily, that is if some system, norm, or decision is unjust, it is not legal. Not as a matter of conventional usage of the word “law” (analytical necessity); not as a matter of universal social practices (contingent necessity); but as a matter of the nature of one of the things that exists in the world, namely, law¹⁹².

A lei, portanto, não seria uma espécie nominal (cuja essência seria dada por um conceito convencional) e nem natural (cuja essência seria distinguida por determinadas características estruturais-formais); mas sim um tipo *funcional*. A essência da lei seria determinada por suas funções ou finalidades. Tais funções não se confundiriam com os efeitos e nem com as características da lei; do mesmo modo, as funções que distinguem a lei das demais normas não são quaisquer funções, mas as funções focais ou centrais, que efetivamente a constituiriam como a coisa “lei”. E a determinação de quais seriam essas finalidades essenciais estaria ligada, em última instância, à consideração do objetivo geral do sistema no qual a lei estaria incluída. O exemplo utilizado por Moore¹⁹³ é do coração, cuja função principal é bombear o sangue, podendo ser deduzida do fato de que o bombeamento do sangue favorece a saúde e sobrevivência humanas, que são tidas como a finalidade global dos órgãos humanos – assim, ainda que estejamos falando de um objeto cúbico feito de madeira, mas que bombeie o sangue, estaremos falando de um coração (porque sua essência é ligada à *função* que desempenha, e não a características estruturais; é, assim, um tipo funcional, e não natural).

Ora, compreender a lei como um tipo funcional implica em reconhecer que sua essencialidade não está adstrita às suas características estruturais (promulgação, força cogente derivada do Estado, forma, âmbito de aplicabilidade, etc.), mas se relaciona sobretudo com o isolamento de uma determinada finalidade. Nesse sentido, certas características, ainda que existentes na lei (como a ideia de sanção, por exemplo), não seriam definidoras de sua essencialidade; e, mais importante, a universalidade, objetividade ou consenso sobre a finalidade da lei é irrelevante – na medida em que a teoria geral do direito, *jurisprudence*, seria capaz de elaborar teorias quanto à essência funcional do direito, assim como a química fez para com o ouro, a física fez para com a gravitação universal, etc:

¹⁹² MOORE, 1994, p. 200.

¹⁹³ Ibid., p. 208.

There is thus something of a dilemma facing any functionalist jurisprudence that has a natural law theory as its conclusion. On the one hand, functional jurisprudence seeks some distinctive end that law serves. The very idea that law is a functional kind depends on there being some such good that law can uniquely serve. That is what allows the functionalist to define law by its (functional) ends, and not by its (structural) means. Law cannot have as its distinctive good “all things that are good” without ceasing to be a functional kind.¹⁹⁴

Finnis fornece uma hipótese para uma tal finalidade distintiva: o bem comum, concebido agregativamente como coordenação das concepções individuais de bem a serem perseguidos pela razão prática. Para Finnis, o “bem” distintivo da essencialidade do direito está relacionado aos bens básicos (manifestações diretas da razoabilidade prática humana, concebíveis através das inclinações naturais). É este o objeto da segunda parte de “Lei natural e direitos naturais” – a qual, após bem delineada a relação entre o direito e a moralidade, representa a constituição mesma de sua teoria e de seus respectivos elementos estruturais.

3.2 Bens humanos básicos e natureza humana

A frase que dá início à *magnum opus* de Finnis é a que melhor resume sua teoria: “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”¹⁹⁵. O jusnaturalismo que Finnis advoga orbita em torno de tais bens e do papel que estes possuem na constituição da essência ou natureza humana¹⁹⁶ – uma vez que é precisamente a partir deste papel que as instituições jurídicas serão orquestradas e operacionalizadas.

Há, portanto, para Finnis, uma série de bens básicos que determinam os princípios basilares da ação humana. Tais bens são, ao mesmo tempo, a expressão

¹⁹⁴ MOORE, 1994, p. 223.

¹⁹⁵ FINNIS, 2007, p. 17.

¹⁹⁶ Esta expressão pode apresentar um grau considerável de equivocidade, denunciada pelo próprio Finnis. A maneira como Finnis trata a questão será abordada mais adiante.

da natureza humana em um sentido muito específico desvinculado da metafísica, a fonte, origem e finalidade da ação humana, o arcabouço elementar de bens a que o Direito se destina a perseguir ou preservar, e as condições para aquilo que Finnis chamará de *florescimento* humano – o equivalente à *eudaimonia* de Aristóteles e à *beatitudo* de Tomás¹⁹⁷:

E um valor básico também não se encontra no final da escolha, da atividade e da vida da pessoa do modo como a culminação de uma *performance* física e o objetivo de um curso definido de ação tipicamente se encontram no final da *performance* ou do curso de ação. Então, "busca" e "realização" são enganosos em suas conotações, e é conveniente dizer que a pessoa *participa* dos valores básicos. Participando deles do modo que escolhe, a pessoa espera não apenas o prazer da performance física consumada com sucesso e a satisfação de ter completado com sucesso os projetos, mas também a "felicidade" no sentido mais profundo e menos comum dessa palavra, no qual ela significa, aproximadamente, uma plenitude de vida, um certo desenvolvimento enquanto pessoa, um significado para sua existência.¹⁹⁸

Trata-se de princípios que, justamente por serem basilares, estão imiscuídos na ação humana a ponto de não serem sequer percebidos pelos agentes, moldando os compromissos, projetos e ações das pessoas de maneira indelével e usualmente tácita. Ainda assim, podem ser identificados *a posteriori*, e, por isso mesmo, eleitos pelas pessoas como princípios das suas ações ou elementos que a elas emprestam valor, contribuindo para a autorrealização individual e, em última instância, para o bem comum (na medida em que sua realização implica automaticamente na realização humana):

É um juízo reacional a respeito de uma forma geral de bem-estar humano, a respeito da realização de uma potencialidade humana. Como tal, tem (de uma maneira própria) a peremptoriedade de todos os outros juízos racionais. Constitui uma crítica das minhas preferências e aversões passageiras. É difícil fazer gato e sapato do princípio prático; posso ignorá-lo ou rejeitá-lo, mas reiteradamente virá à minha mente e estará implícito em minhas

¹⁹⁷ É curioso notar como cada um desses conceitos expressa, de uma certa forma, uma relação do homem para consigo mesmo. *Eudaimonia*, etimologicamente, remete à ordenação dos *daimons*, os "espíritos interiores". *Beatitudo*, traduzido diretamente, remete a "felicidade" – um estado de plenitude psicológica interna e autorrealização de si para si. *Florescimento*, por sua vez, parece acrescentar um elemento: a convolação deste estado de plenitude na realização concreta do *self*, a atualização da verdadeira essência em um sentido positivo na existência real.

¹⁹⁸ FINNIS, 2007, p. 101.

deliberações e em meu discurso, apanhando em flagrante minhas inconsistências. Para evitá-lo, tenho de ser arbitrário.¹⁹⁹

A suposição de Finnis é que os bens humanos básicos, enquanto tais, são percebidos por intermédio da razão prática como princípios de ação que são bons em si mesmos, quer queiramos ou não. Não se trata de princípios morais, no sentido estrito da palavra – são, ao contrário, princípios através dos quais é possível fazer juízos morais, porquanto são princípios da *razão* prática. Afirmar que o conhecimento, a amizade ou a vida são intrinsecamente bons equivale a afirmar que são dignos de se ter, perseguir ou se levar a cabo por si mesmos, e não em decorrência ou persecução de algum outro bem ou finalidade. Na leitura de Finnis²⁰⁰, é o que Tomás de Aquino pretendeu afirmar ao dizer que o conhecimento é um *bonum honestum*²⁰¹.

Antes de abordar as características próprias dos bens humanos básicos como elementos estruturantes da teoria jurídica de Finnis, convém enumerá-los segundo o rol apresentado em “Lei natural e direitos naturais”. Tal expediente é suficiente, por si mesmo, para trazer automaticamente à luz muitas de suas características enquanto “bens humanos *básicos*” (tanto que Finnis se vale do mesmo expediente).

Vida. Em primeiro lugar, Finnis elenca o impulso de autopreservação como um bem humano básico, digno de ser perseguido por si mesmo. O termo engloba “a vitalidade [...] que põe o ser humano em uma boa forma para a autodeterminação”²⁰², e portanto abrange a preservação e persecução da saúde corporal e mental, bem como uma enorme gama de manifestações variáveis. O próprio autor referencia o amplo espectro por meio do qual este propósito elementar se manifesta na contingencialidade da vida e da conduta humanas: desde o roubo de um naufrago a buscar a sobrevivência imediata até a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança ou as campanhas governamentais de erradicação da fome ou da obesidade. No mesmo sentido, considerando se tratar de um valor humano básico, a preservação da vida se orienta também à questão da procriação, formação da família, criação da prole, etc.; e deságua em questões ético-jurídicas extremamente relevantes, como o aborto, a eutanásia e as uniões homoafetivas. Para algumas dessas questões, Finnis oferece

¹⁹⁹ FINNIS, 2007, p. 79.

²⁰⁰ Ibid., p. 82.

²⁰¹ ST, Iallae, Q90, art2; Q100, art5.

²⁰² FINNIS, op. cit., p. 91.

respostas diretas²⁰³; para outras, não – mais relevante, porém, é a concepção da primazia que a ideia de preservação da vida admite enquanto valor humano básico nos raciocínios jurídicos elaborados em tais questões. A vida, aí, deixa de ser um mero elemento a ser considerado em julgamentos morais ou debates judiciais e passa a ser um fator hermenêutico central precisamente por sua condição basilar na conformação da natureza humana e da razoabilidade prática.

Conhecimento. O ímpeto da curiosidade é a expressão da inclinação humana para o conhecimento e para o uso da razão. Finnis toma o cuidado de depurar o conceito a fim de tornar implícito o qualificativo “especulativo”²⁰⁴, justamente para indicar como bem humano básico o conhecimento que é buscado por si mesmo, em decorrência de sua legitimidade intrínseca, e não aquele que é perseguido de forma instrumental, como meio de consecução para outro fim (como, por exemplo, “sobrevivência, poder, popularidade ou um cafezinho mais barato”²⁰⁵). O conhecimento é interpretado por Finnis como a expressão direta da racionalidade humana, derivando daí sua condição basilar; no entanto, não é encarado da mesma forma por todas as pessoas, e o seu valor não nos é inato; ao contrário, é concretizado por meio da experiência do ímpeto de perguntar, da conexão entre pergunta e resposta, e do deleite advindo das respostas corretas a perguntas particulares²⁰⁶. Do mesmo modo, o conhecimento como valor básico pode se materializar de diversas formas, desde a busca pelo aprendizado puramente especulativo até o ímpeto à fofoca, bem como à priorização da educação na formação cultural de crianças e adolescentes, ao desejo por estar atualizado com o noticiário. Trata-se de uma clara tendência humana, que é tomada paradigmaticamente por Finnis como exemplo para as demais formas de bens humanos básicos.

Jogo. O termo “jogo” pode ser um tanto equívoco, pelas associações que inspira. Não se trata apenas de lazer ou cultura social: em sua descrição, Finnis deixa claro que o conceito se refere à pura performance humana autorreferente (no sentido de que não tem outro objeto senão a sua realização mesma). O jogo enquanto recreação é inegavelmente uma tendência humana, mas também se concretiza em

²⁰³ Sobre a questão do casamento monogâmico heterossexual, por exemplo, cf. FINNIS, John. The good of marriage and the morality of sexual relations: some philosophical and historical observations. In: **The American Journal of Jurisprudence**. v. 42. 1997. pp. 97–134. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/873/. Acesso em: 14 nov. 2024.

²⁰⁴ FINNIS, 2007, p. 67.

²⁰⁵ FINNIS, loc. cit.

²⁰⁶ Ibid., p. 72.

diversas atividades “que não têm qualquer propósito além de seu próprio desempenho, e que são desfrutadas por si mesmas”²⁰⁷. O jogo, nessa perspectiva, é o puro engajamento humano às atividades que se justificam por sua própria performance.

Experiência estética. A valorização da expressão artística é, para Finnis, claramente indicativa de uma tendência natural do ser humano, presente em todas as sociedades e em muitas das atividades individuais performadas pelas pessoas – quer na condição de produção de arte em suas mais variadas formas, quer na pura e simples apreciação da arte para o deleite pessoal. A experiência estética desvela uma dimensão particular ao intelecto humano, que institui novas possibilidades de representação e compreensão da realidade, bem como, ao mesmo tempo, de desvinculação dessa mesma realidade no fluxo da criatividade humana. Trata-se de uma atividade original e própria do intelecto do homem²⁰⁸, que o reposiciona no mundo e ressignifica sua existência mesma; mais importante, é uma atividade que nos é natural, um impulso intrínseco da razão que conduz ao florescimento. Evidentemente, manifesta-se de várias formas, desde a alta cultura até a decoração doméstica e o vestuário, bem como os esforços governamentais para a implementação de centros culturais, museus, feiras literárias, inclusão do estudo da arte no currículo escolar, etc.²⁰⁹

Sociabilidade. Finnis elenca a relação interpessoal salutar como um dos bens básicos da existência humana, em uma concepção claramente aristotélica do valor da amizade como impulso natural do homem. “[...] Em sua forma mais fraca é realizada por um mínimo de paz e harmonia entre os homens, passa por todas as formas de comunidade humana e vai até sua forma mais forte, no desabrochar de uma amizade

²⁰⁷ FINNIS, 2007, p. 92.

²⁰⁸ Parece cabível, aqui, a relação com o conceito kantiano de *sublime*: algo que transcende a capacidade sensível do indivíduo, levando-o a uma experiência que ultrapassa os limites da razão e despertando um sentimento de grandeza e profunda admiração. A capacidade de percepção do sublime é inerente à subjetividade racional do homem; há, aí, uma relação com a razão pura: as categorias são postas à prova no sublime, pois lidam com o infinito, o infinito incompreensível, e aquilo que excede os limites da experiência sensível. Nesse sentido: “O sublime é o que é absolutamente grande, seja em natureza, arte ou pensamento, e que desperta no espírito uma elevação acima de todos os limites sensíveis, impondo respeito e admiração” – KANT, Immanuel. **Observações sobre o sentimento do belo e do sublime**. São Paulo: Editora Unesp, 2007. p. 32.

²⁰⁹ Em uma leitura que enfatize este valor humano básico, seria talvez possível chegar-se à conclusão de que a arte e a experiência estética eventualmente constituem um domínio no qual a posição de Finnis mais claramente se opõe a teorias consequencialistas, como o utilitarismo. Por um lado, o bem que a experiência estética produz é muito difícil de ser materializado exteriormente ou quantificado (embora todos os bens assim o sejam, segundo Finnis (2006, p. 116); por outro, trata-se de um bem inato, intrínseco, valorável por si mesmo.

verdadeira”²¹⁰, sendo que uma tal amizade verdadeira constitui um estado de coisas valorável por si mesmo e intrinsecamente bom. A amizade é especialmente relevante para a teoria finnisiana por se constituir como o fundamento do bem comum, na medida em que é o princípio prático da conduta que estabelece o liame intersubjetivo que viabiliza a cooperação entre os homens, a persecução e consolidação de objetivos comuns e a autopercepção no âmbito das comunidades (incluindo a comunidade política²¹¹). Para além disso, a relevância da amizade no pensamento de Finnis se justifica como o elemento básico da relação do indivíduo com o fundamento metafísico da realidade trazido na terceira parte de “Lei natural e direitos naturais” – a qual aparece no contexto da obra como um aparte para sustentar a integridade de sua teoria com recurso à transcendência e à ontologia²¹².

Razoabilidade prática. Para Finnis, a razão prática reveste-se de uma série de caracteres peculiares. Aliás, para o neojusnaturalismo em geral, a questão da razoabilidade prática assumiu uma importância teórica fundamental, uma vez que foi objeto de uma série de desdobramentos desde Aristóteles e Tomás (desenvolvendo-se, posteriormente, como um pressuposto de operacionalização de uma série de conceitos jurídico-políticos, como a questão da punição, da conformidade à lei, da percepção do bem comum, etc.). Para Finnis, a razoabilidade prática admite duas facetas principais. Em uma delas, como valor humano básico, representa a autodeterminação apta a viabilizar o florescimento por meio da realização pessoal e da concretização individual do projeto de vida ao qual a pessoa se engaja por intermédio de suas escolhas – o caractere racional desta autodeterminação é evidenciado quando tais escolhas se valem da *utilização eficiente da inteligência*²¹³ para a composição de estados de coisas no mundo que sejam desejáveis segundo o propósito eleito para a própria existência (o que se desvela em uma satisfação interna,

²¹⁰ FINNIS, 2007, p. 93.

²¹¹ FINNIS, op. cit., p. 145.

²¹² Ibid., p. 386: “Os requisitos da razoabilidade prática (que geram nossas obrigações) têm um ‘ponto’ além de si mesmos. Esse ponto é o *jogo* de cooperação com Deus. Sendo *jogo*, esta cooperação não tem qualquer ponto além de si mesmo, a menos que queiramos dizer que Deus é tal ‘ponto’ ulterior. Em analogia com a amizade humana, podemos ser capazes de dizer isso, mas apenas em um sentido especial, restrito. Pois se simplesmente disséssemos que agimos no interesse de Deus, iríamos sugerir que Deus de alguma forma precisa de nós, precisa da criação, do sucesso da criação, de alcançar o propósito criativo”.

²¹³ Ibid., p. 93.

advinda da harmonia consigo mesmo e a paz de espírito decorrente²¹⁴) e da autenticidade das ações humanas (produto, assim, da autodeterminação e da liberdade racional²¹⁵). Na segunda faceta, a razoabilidade prática se constitui como o arcabouço estruturante dos sistemas jurídico-políticos, apondo exigências para que tais sistemas sejam operados de maneira consistente, justa e (com o perdão da redundância), *razoável*. Em última instância, esta perspectiva da razoabilidade prática refere-se à associação que Tomás de Aquino faz entre o conceito de lei²¹⁶ e a pertinência à razão: a norma é um produto da razão humana, e, como tal, está essencialmente vinculada aos caracteres dessa mesma razão. Esta questão será tratada mais adiante.

Religião. A expressão “religião” é assumidamente insatisfatória, segundo o próprio Finnis. Embora não haja essa menção por parte do autor, talvez o conceito pudesse ser mais bem exprimido por intermédio das expressões “espiritualidade” ou “experiência metafísica”: a relação do homem com a ordem superior à realidade concreta. É preciso notar, para evitar falsas interpretações do pensamento finnisiano, que esta relação pode ser, inclusive, *negativa*: a rejeição da existência de uma tal supra-ordem, a indiferença para com ela, sua relativização, etc. O pano de fundo relevante aqui é que a experiência metafísica (espiritual, religiosa) é intrínseca à existência humana na medida em que se manifesta como uma tendência ou impulso forçoso; um ímpeto de se colocar defronte a essa supra-realidade, reposicionar-se diante dela ou pôr a si mesmo em contraposição a ela²¹⁷. Vale dizer, novamente para evitar interpretações equivocadas do pensamento finnisiano, que este aspecto do bem humano não está relacionado com qualquer ordem de moralidade que deva ser *transposta* para o território da lei, ou com um modelo moral que deve ser espelhado na legislação. Trata-se apenas de uma disposição intrínseca ao homem que,

²¹⁴ FINNIS, 2007, p. 93. Impossível deixar de ressaltar a similitude da “harmonia consigo mesmo” com a ideia de *eudamonia* enquanto ordenação dos *daimons*, “espíritos internos” (cf. nota de rodapé 197, acima). A relação deste aspecto da razoabilidade prática com o florescimento humano é, assim, evidente.

²¹⁵ Há, aqui, um elemento kantiano da concepção racional da subjetividade: o sujeito somente se constitui como ser racional na medida em que se torna a sua própria causa legislativa. A esse respeito, cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2015. p. 72.

²¹⁶ ST, Iallae, q90, art4. Cf. tópico 2.1, acima.

²¹⁷ “Mas é razoável negar que é, ao menos, peculiarmente importante ter pensado de modo razoável e (onde possível) corretamente sobre essas questões das origens da ordem cósmica, da liberdade humana e da razão – qualquer que venha a ser a resposta para essas perguntas, e mesmo que as respostas tenham de ser agnósticas e negativas?” – FINNIS, 2007, p. 95.

independentemente da forma como se manifesta, situa-o no curso de sua experiência concreta e, portanto, encaminha-o para o florescimento:

E um valor básico também não se encontra no final da escolha, da atividade e da vida da pessoa do modo como a culminação de uma performance física e o objetivo de um curso definido de ação tipicamente se encontram no final da performance ou do curso de ação. Então, "busca" e "realização" são enganosos em suas conotações, e é conveniente dizer que a pessoa participa dos valores básicos. Participando deles do modo que escolhe, a pessoa espera não apenas o prazer da performance física consumada com sucesso e a satisfação de ter completado com sucesso os projetos, mas também a "felicidade" no sentido mais profundo e menos comum dessa palavra, no qual ela significa, aproximadamente, uma plenitude de vida, um certo desenvolvimento enquanto pessoa, um significado para sua existência.²¹⁸

Para ilustrar e bem delimitar esta relação, Finnis cita inclusive Sartre e a relação que este estabelece entre a negação de uma ordem metafísica e a autenticidade e autorresponsabilidade daí decorrentes²¹⁹ - sendo evidente que qualquer outra concepção espiritual ou metafísica conduzirá a formas diferentes de autenticidade e responsabilidade pessoal (e é justamente aí que reside o aspecto de "bem básico" que Finnis pretende destacar na religião).

Finnis não pretende que o rol de valores básicos acima seja exaustivo, e se mostra ciente do fato de que outros autores que trataram da mesma questão chegaram a listas diferentes desta²²⁰. O que importa, segundo Finnis, é fixar tais bens na base de uma teoria que pretenda estabelecer uma relação direta entre a lei e a conduta humana:

Ainda assim, me parece que esses sete propósitos são a totalidade dos propósitos básicos da ação humana, e que qualquer outro propósito que você ou eu pudéssemos reconhecer e buscar acabariam por representar, ou ser constituídos de alguns aspectos de alguns ou de todos eles. [...] Mais importante do que o número preciso e a descrição desses valores é em que sentido cada um é básico. Em primeiro lugar, é igualmente evidente por si mesmo que cada um é uma forma de bem. Em segundo lugar, nenhum pode ser analiticamente reduzido a meramente um aspecto de qualquer um dos outros, ou a ser meramente instrumental para a busca de qualquer um dos

²¹⁸ FINNIS, 2007, p. 101.

²¹⁹ Ibid., p. 95.

²²⁰ "Não há qualquer magia no número sete, e outros que refletiram a respeito dessas questões apresentaram listas ligeiramente diferentes, em geral um pouco maiores" – Ibid., p. 97.

outros. Em terceiro lugar, cada um, quando nos concentramos nele, pode ser encarado de modo razoável como o mais importante.²²¹

Assim, um bem é considerado um valor humano básico primeiramente pela autoevidência. A argumentação de Finnis a favor de uma gama de bens irreduzíveis que fundamentam a totalidade da conduta humana não pretende apresentar um fundamento exaustivamente lógico para se chegar aos bens básicos – afirma, no entanto, a relativa segurança e universalidade que uma análise antropológica consistente é capaz de prover para a investigação a respeito dos bens fundamentais da ação humana. Para fundamentar tal alegação, Finnis afirma ser este também o método de Aristóteles e Platão²²², e afirma também que a suposta inexatidão da busca por valores humanos universalmente aceitos é desmentida por estudos empíricos conduzidos por antropólogos de campo e por filósofos que se valeram de suas pesquisas. Segundo Finnis, tais estudos “nos permitem fazer algumas alegações bem seguras”²²³ no sentido de que todas as sociedades humanas, independentemente de seu *status* de organização social ou nível de estruturação jurídico-normativa buscam proteger certos bens ao proibir o homicídio, restringir de alguma forma a atividade sexual, valorizar a procriação, a união afetiva, a educação dos jovens, a busca por conhecimento especulativo, metafísico ou teórico, a busca por critérios mínimos de justiça e de estabilidade social em suas instituições, a concepção da propriedade, do patrimônio, da cooperação social, da amizade, da religião, etc. Finnis sustenta haver um escopo mínimo de juízos básicos de valor que se manifestam concretamente de maneira universal nas sociedades humanas, e que por isso mesmo representam a conversão de inclinações ou impulsos que são naturais ao homem em formas básicas correspondentes de bens humanos²²⁴.

²²¹ FINNIS, 2007, pp. 97-98.

²²² Nesse sentido: “Por trás do princípio cardeal do método de Aristóteles no estudo dos assuntos humanos - ou seja, que os conceitos devem ser selecionados e empregados substancialmente como são usados na prática pelo *spoudaios* (o homem maduro dotado de razoabilidade prática): veja XII.4, adiante está o argumento de Platão (*República* IX: 582a-e) de que o amante da sabedoria pode entender as preocupações do homem de caráter distinto, enquanto que o inverso não é verdadeiro; em outras palavras, as preocupações e o entendimento do homem maduro e razoável fornecem uma base *empírica* melhor para a exposição reflexiva dos assuntos humanos; veja também *Rep.* III: 408d-409c.” – FINNIS, 2007, p. 28 (nota de rodapé 37 no texto original).

²²³ FINNIS, 2007, p. 89.

²²⁴ Aparentemente, há aí uma premissa implícita: é próprio da lei preservar ou efetivar ou promover o bem humano – decorrência direta do chamado “primeiro preceito da razão prática”: o bem deve ser buscado e o mal, evitado. Ora, se a lei é um produto da razão humana, é de se esperar que reflita

A autoevidência dos valores humanos básicos, dizíamos, não se dá em um nível precipuamente *lógico* – como no caso das Leis do Pensamento (o Princípio do Terceiro Excluído, o Princípio da Não-contradição e o Princípio da Identidade) que fundamentam a lógica clássica e são autoevidentes porque tautológicos; tampouco em um nível de trivialidade correspondente a afirmações como “o todo é maior do que suas partes”. Trata-se de uma autoevidência concebida sobretudo como *indemonstrabilidade*, como impossibilidade ou inviabilidade de sua demonstração teórica (precisamente porque são intrinsecamente pressupostos na conduta humana):

Part of what makes a proposition self-evident is that it cannot be derived from some more foundational proposition; thus, “self evident” is here the opposite of “provable”. However, while self-evident propositions cannot be proven, they can be supported by consistent observational data and by dialectical arguments.²²⁵

Assim, os bens humanos são autoevidentes precisamente porque não são passíveis de demonstração lógica, e são “básicos” porque não derivam sua validade, importância ou valor de nenhum pressuposto que lhes anteceda. Nas palavras de Finnis: “Neste ponto de nosso discurso (ou meditação privada), a inferência e a prova são deixadas para trás (ou para mais tarde), e a forma apropriada de discurso é: ‘... é um bem, em si mesmo, não acha?’”²²⁶. É possível, então, comparar uma tal autoevidência com alguns elementos do raciocínio teórico que estruturam nosso pensamento especulativo sem que, para isso, demandem qualquer espécie de demonstração:

[...] opor-se a eles é tornar-se inelegível para a busca do conhecimento, e negá-los é tão totalmente desarrazoado quanto possível. Sob todos esses aspectos, os princípios de racionalidade *teórica* são evidentes por si mesmos. E é sob esses aspectos que estamos afirmando que o princípio *prático* básico de que o conhecimento é um bem a ser buscado é evidente por si mesmo.²²⁷

de maneira consistente o conteúdo ou a estrutura dessa mesma razão própria do homem (a qual se expressa por meio da concretização dos impulsos naturais próprios da razão prática).

²²⁵ BIX, Brian. **Jurisprudence: theory and context**. 7. ed. Londres: Thomsom Reuters, 2015. p. 108. O trecho em questão comenta precisamente o pensamento de Finnis.

²²⁶ FINNIS, 2007, p. 91.

²²⁷ Ibid., p. 76.

A postura de Finnis para justificar a natureza da autoevidência de que são dotados os bens humanos básicos, a despeito dos esforços do autor para esclarecer a natureza dessa indemonstrabilidade, não está imune a críticas. Uma leitura analítica deste ponto do argumento finnisiano poderia afirmar que a determinação categórica da indemonstrabilidade dos bens humanos fundamentais está perigosamente próxima de constituir um argumento *ad hoc* inserido arbitrariamente para justificar pressupostos subjetivos²²⁸, ou mesmo tradições consolidadas²²⁹ – e, assim, revelar uma vulnerabilidade no pensamento de Finnis. É possível presumir, porém, que o próprio Finnis estava ciente desta possibilidade quando formulou o argumento, e por isso claramente insistiu em um viés dialético-empírico (e não lógico) da correlação.

A segunda característica própria dos valores humanos básicos, segundo Finnis, é a sua irredutibilidade: a característica segundo a qual nenhum deles pode ser fragmentado, reduzido, subsumido ou considerado como meio para a consecução de outro. Bens humanos básicos não são instrumentais, tampouco meios para o atingimento de outras finalidades; e justamente por isso a relação que é estabelecida com o florescimento humano se dá em um nível de fundamentalidade (ou seja, seu valor intrínseco está em relação direta com o bem do homem). Pela mesma razão, não há relação de hierarquia possível entre eles, e cada um deles pode ser encarado, individualmente, como um fim em si mesmo absolutamente eficaz para a plena realização humana. É possível afirmar, então, que a realização de *qualquer* dos bens básicos individualmente considerado é condição suficiente para o florescimento humano, e a realização de *algum* deles é condição necessária para o mesmo florescimento.

Há algumas peculiaridades do ponto de vista da subjetividade, porém. Bens humanos básicos são valiosos por si mesmos independentemente dos desejos, apetites ou tendências individuais para valorizá-los pessoalmente. Inclusive, a mesma

²²⁸ Cf. RIOS, Roger Raupp. Democracia, direitos humanos e direito natural: crítica à tese de John Finnis sobre o casamento homossexual. *In: Publicum*. v. 4. n. 2. 2018. pp. 11-36. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/38629/27119>. Acesso em: 26 nov. 2024.

²²⁹ Nesse sentido, a crítica de Alasdair MacIntyre: “Once again the narrative phenomenon of embedding is crucial: the history of a practice in our time is generally and characteristically embedded in and made intelligible in terms of the larger and longer history of the tradition through which the practice in its present form was conveyed to us; the history of each of our own lives is generally and characteristically embedded in and made intelligible in terms of the larger and longer histories of a number of traditions.” MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007. p. 222.

independência entre valor e desejo se manifestaria no plano da universalidade: ainda que todos estivessem absolutamente descomprometidos com determinado bem, ou optassem por não o implementar em nenhuma de suas condutas, ele seria ainda assim um bem digno de ser buscado, na medida em que expressa um princípio da razão. É precisamente neste sentido que Aristóteles formula o primeiro princípio da razão prática: “bem é o que todas as coisas desejam” – Segundo Finnis, Tomás comenta que a afirmação de Aristóteles não é a de que há um só bem ao qual todas as coisas tendem, mas apenas uma concepção geral de bem, precisamente na medida em que “desejar”, aí, significa “tender a”. Tal “tendência” pode ser inconsciente, instintiva, volitiva ou consciente, dependendo de quem a manifesta²³⁰.

Tal é o caso porque os bens humanos básicos possuem uma relação indelével com tendências naturais próprias ao ser humano. A percepção de juízos valorativos básicos universalmente aceitos explica as inclinações humanas em algo muito próximo do que se convencionou chamar “natureza humana”, e a concretização de tais valores é o fundamento para a realização de juízos éticos – é por isso que não se está tratando de *valores morais* que sejam universais. As instituições, iniciativas e formas de cultura humanas, em geral, se fundamentam na persecução e têm por propósito a realização de tais princípios: uma realização constante, perene e, acima de tudo, inexaurível (no sentido de que nunca há, propriamente, um *atingimento definitivo* de tais bens). A noção tradicional de “natureza humana” nesse raciocínio seria imprópria. Finnis considera a existência de outros ímpetos “naturais”, como a crueldade gratuita e o egoísmo (elementos que fundamentaram outras teorias jurídico-políticas, como o contratualismo hobbesiano). No entanto, observa que tais inclinações não se referem a algo que seja evidentemente bom (como, p. ex., a vida humana), embora possam referir-se a eles em uma lógica de exclusividade ou inversão – ou seja, a desconsideração egoística dos bens fundamentais alheios ou a contraface direta destes mesmos bens²³¹.

Todavia, a compreensão do conjunto de bens humanos básicos como inclinações humanas suscita questionamentos quanto ao tipo de relação que Finnis pretende estabelecer com a noção de “natureza humana”, bem como das consequências que esta relação projeta na ontologia que fundamenta o argumento

²³⁰ A esse aspecto, conferir em FINNIS, 2007, p. 84, a nota de fim III.5 – em especial, a correlação com a metafísica em detrimento da ética.

²³¹ FINNIS, op. cit., p. 96.

finnisiano. Foi dito, acima, que o pensamento jusnaturalista de Tomás de Aquino está erigido sobre uma base precipuamente ontológica, posto se basear na perfectibilização da natureza humana de uma forma *disposicional*, orientada segundo a operação concatenada entre a causa formal e a causa final. Ora, embora haja diferenças sensíveis, a descrição e enumeração dos bens humanos básicos de Finnis parece manifestar uma relação bastante próxima com as considerações de Tomás a respeito dos aspectos da lei natural em nós, humanos: em primeiro lugar, a preservação da vida e da própria existência; em segundo lugar, a criação e proteção da prole; em terceiro, os aspectos propriamente concernentes à razão humana, ou seja, a busca da verdade, do conhecimento sobre Deus e da vida em sociedade²³². Esta temática se torna especialmente relevante a partir de uma leitura voltada a um viés ontológico do argumento de Finnis – porque, em última instância, tal leitura fatalmente desaguará na questão da falácia naturalista. Essa discussão representa um problema filosófico consideravelmente relevante para o jusnaturalismo como um todo, na medida em que é uma questão referente ao fundamento lógico das teorias do direito natural. Evidentemente, Finnis não a ignorou, e tampouco foi poupado de receber ataques de críticos quanto à sua solução para a problemática; do mesmo modo, os críticos de Finnis também voltam suas atenções a ela. O próximo tópico cuidará deste tema (orbitando, em atenção à pertinência temática do presente trabalho, ao redor das interpretações que Finnis e seus críticos emprestam a Tomás).

3.3. Lei natural, natureza humana e a falácia naturalista

A falácia naturalista consiste na inferência de fatos para normas – ou, dito de outra maneira, na implicação lógica feita a partir de proposições factuais para proposições normativas. Trata-se de um *non sequitur*, uma dedução ilícita, na medida em que os *âmbitos* proposicionais de ambas as categorias de afirmações são diversos. De modo simples, de uma afirmação sobre um *ser* não se pode derivar um *dever-ser*; ou, de um *é* não se segue um *deve*. A formulação do problema é

²³² ST, Iallae, Q94, art2, s.

tradicionalmente atribuída a Hume, em um excerto citado pelo próprio Finnis ao abordar a questão:

Em todo sistema de moralidade que já encontrei até agora, sempre percebi que o autor procede, por algum tempo, do modo costumeiro de raciocinar e estabelece a existência de um Deus, ou faz observações a respeito dos assuntos humanos; quando de repente fico surpreso ao descobrir que, em vez das cópulas usuais entre proposições, *é* e *não é*, não encontro qualquer proposição que não esteja conectada com um "*deveria*" ou um "*não deveria*". Essa mudança é imperceptível; mas tem, no entanto, consequência definitiva. Pois como esse *deveria*, ou *não deveria*, expressa alguma nova relação ou afirmação, é necessário que seja notado e explicado; e, ao mesmo tempo, que uma razão seja dada para o que parece ser totalmente inconcebível, qual seja, como essa nova relação pode ser uma dedução a partir de outras que são totalmente diferentes dela [...] esse pequeno cuidado [...] nos permitirá ver que a distinção entre vício e virtude não é baseada apenas nas relações entre os objetos nem é percebida pela razão.²³³

O trecho é bastante famoso, e absolutamente determinante para a filosofia moral ocidental posterior²³⁴. No contexto do jusnaturalismo, sua relevância é incontestável: uma vez que há uma relação direta entre Direito e moral, a estruturação dinâmica dessa relação seria dada pela conjugação entre proposições deontológicas e proposições factuais (referentes, por sua vez, a constatações a respeito da natureza humana em perspectivas metafísicas, antropológicas, especulativas, etc.). Assim, se esta relação se estrutura em uma inferência ilícita, todo o argumento jusnaturalista estaria automaticamente refutado ou, no mínimo, seriamente comprometido em decorrência de uma deficiência lógica intrínseca.

É por essa razão que Finnis se dedica expressamente ao tema. No capítulo II de "Lei natural e direitos naturais", Finnis toma o cuidado de analisar o contexto geral no qual Hume elaborou o argumento e expôs a falácia lógica, bem como os desenvolvimentos e o impacto que tal exposição trouxe para a filosofia moral que se seguiu ao fim da modernidade²³⁵; mesmo assim, dedica-se a abordar frontalmente o problema filosófico (no mesmo livro e também em outros textos). Uma vez que a teoria finnisiana busca seu fundamento no jusnaturalismo tomista, a questão recai

²³³ HUME apud FINNIS, 2007, p. 48.

²³⁴ "[...] it is important to recall that from the time of Hume, the fact/value dichotomy has been accepted as nearly axiomatic in English-language philosophy. The Humean influence has been directive in determining the limits of analytic meta-ethics" – LISSKA, 1996, p. 75.

²³⁵ FINNIS, 2007, pp. 49-58.

precisamente na inflexão entre a concepção da natureza humana como um conjunto de elementos disposicionais tendentes à realização do bem e a conversão de uma tal concepção ontológica em um sistema jurídico-normativo que se pretende uma ordenação da conduta humana em sentido amplo. Ora, a própria expressão “lei natural” poderia inclusive, no escopo de tal problemática, sintetizar esta inferência ilícita: uma ordenação da conduta humana que se baseia principalmente em sua natureza ontológica (ou seja, uma passagem ilegítima do *é* para o *deve*)²³⁶. A validade da chamada lei de Hume é, também, inconteste: este tipo de inferência é, de fato, logicamente inconsistente. Assim, enquanto outros teóricos buscam conciliar o jusnaturalismo tomista com a questão da falácia naturalista, o esforço de Finnis é defender uma leitura de Tomás que seja capaz de contorná-la, no intuito de preservar a estrutura interna do jusnaturalismo de matriz neotomista. A discussão entre Finnis e seus críticos é riquíssima, e desvela uma série de elementos interessantes.

A leitura tradicional da perspectiva ontológica do jusnaturalismo tomista é a de que as características disposicionais inerentes à essência do homem constituiriam aquilo que se chama tradicionalmente de “natureza humana”; assim, a percepção da lei natural envolveria necessariamente a compreensão destes caracteres disposicionais – os quais se revelariam por meio de inclinações naturais próprias do ser humano, apreendidas de maneira empírica ou antropológica. Em um vocabulário filosófico de matriz aristotélica, pensar a natureza humana como um conjunto de características disposicionais equivale a depositar na ontologia a relação entre a causa final e a causa formal do ser humano – pressupondo a atualização ou concretização dinâmica do conjunto de caracteres que, integrando o conceito *metafísico* de essência humana, *tendem* a se realizar. Como dito anteriormente, uma tal concepção de essência é diametralmente diferente de um conjunto de propriedades estáticas, de maneira que aquilo que se chama comumente de “natureza humana” se trata, sob este ponto de vista, de um conjunto de elementos que, à medida que se concretizam, atualizam e realizam o indivíduo. O bem humano, então, está diretamente relacionado com a estrutura da pessoa humana, e compreender esta estrutura de maneira dinâmica em termos de realização das propriedades disposicionais sustenta a noção de teleologia na metafísica aristotélico-tomista:

²³⁶ Finnis, inclusive (2006, p. 46), afirma que essa questão linguística, conceitual ou de simples nomenclatura é uma das principais razões pelas quais o jusnaturalismo é tão frequente e veementemente acusado de perpetrar a inferência ilícita do ser para o dever-ser.

In the *Summa Theologiae* and in his Commentary on the Nicomachean Ethics, Aquinas does not separate his legal and moral inquiries. Rather, his moral theory — on which his legal theory depends — is developed from his metaphysical analysis of the human person. Hence, Aquinas's moral theory is a second order philosophical inquiry, grounded on the development of a dispositional view of the human essence. This is a second order inquiry because it follows upon an analysis of the ontological theory of human essence or human nature. Without the metaphysical theory of the human person — the philosophical anthropology — it would be impossible to articulate the demands of the moral theory.²³⁷

De acordo com Lisska, então, a ontologia tomista colocaria a metaética em um Segundo nível de análise: “both the normative ethical theory and the meta-ethical theory depend upon a *prior account of human nature*”²³⁸. Postas as questões dessa maneira, parece compreensível que o jusnaturalismo seja acusado de violar a lei de Hume – e, de fato, é esta uma das imagens mais correntes que o senso comum teórico atribui ao direito natural.

Finnis enfaticamente afirma que não é necessário ao teórico do direito natural superar a lei de Hume e demonstrar a possibilidade de derivação de normas a partir de fatos²³⁹. A interpretação finnisiana do jusnaturalismo tomista é diametralmente oposta à leitura de Lisska, e se fundamenta em uma perspectiva precipuamente *epistemológica*: Tomás teria afirmado de maneira clara que os primeiros princípios da lei natural (“que especificam as formas básicas do bem e do mal e que podem ser adequadamente apreendidos por qualquer um que tenha atingido a idade da razão (e não apenas pelos metafísicos”²⁴⁰) são evidentes por si mesmo – e, por conseguinte, indemonstráveis. É impossível, segundo Finnis, inferi-los a partir de outros princípios especulativos, afirmações factuais ou proposições metafísicas sobre a natureza humana, quer teleológicas, quer deontológicas. Os primeiros princípios da lei natural são *pré-morais*, concebíveis a partir da operação do intelecto, expressão direta da razoabilidade, mas inegavelmente não-derivados de coisa alguma.

²³⁷ LISSKA, 1996, p. 69.

²³⁸ LISSKA, loc. cit.

²³⁹ FINNIS, 2007, p. 44. “Essa resposta”, afirma ele, “sem dúvida provocará insatisfação generalizada. [...] A objeção correspondente e mais popular a todas as teorias do direito natural também tem de ser abandonada, e toda a questão o direito natural tem de ser examinada de novo por muita gente” – FINNIS, loc. cit.

²⁴⁰ FINNIS, loc. cit.

The first principles of practical reason are 'indemonstrable' and 'self-evident'. [...] Aquinas firmly holds that they are understood by what he calls 'induction' of principles, by which he means insight into data of experience (data preserved, after the direct experience, in the memory). 'To reach a knowledge of them [...] we need sensory experience and memory.' And though not grasped as conclusions from reasoning, they can be defended by argument. Such arguments can be called dialectical; they will, for example, point out to sceptics the ways in which their own deliberations and actions are directed by their understanding and acceptance of reasons for action, precisely as goods and reasons.²⁴¹

A questão residiria, então, no procedimento operativo da razão para a apreensão das formas básicas do bem. Isso não ocorreria posteriormente à compreensão da natureza humana e suas inclinações, mas por meio da participação e experiência na própria natureza – cuja realização acabaria por *revelar* as formas particulares do bem a partir do experienciar a inclinação. Trata-se, como dito, de um procedimento que não está relacionado à dedução ou inferência; tampouco ao sentido estrito de *derivação*²⁴² (tal como a injunção lógica da implicação entre fatos e normas, que é precisamente o objeto da lei de Hume); mas a uma operação *epistemológica*. Finnis destaca²⁴³ que o próprio Tomás de Aquino é bastante enfático ao demonstrar que o liame entre a virtude e a natureza humana não é propriamente ontológico (na medida em que a Tomás foi necessário inserir as considerações sobre a natureza humana em um plano ontológico apenas em virtude do escopo tratadístico da Suma), mas, em última instância, é referente à *razoabilidade*:

Mas, deve-se notar que a natureza de uma coisa é antes de tudo a forma pela qual recebe a espécie. Ora, o que constitui a espécie humana é a alma racional. Eis por que, tudo o que é contra a ordem da razão é, propriamente, contra a natureza do ser humano considerado como tal. E o que é de acordo com a razão é de acordo com a natureza do ser humano enquanto tal. "O bem do ser humano, diz Dionísio, consiste em conformar-se à razão e seu mal está em afastar-se dela". Por conseguinte, a virtude humana, a que faz com que o ser humano seja bom e boa também sua obra, está em conformidade com a natureza humana, na medida em que ela está em

²⁴¹ FINNIS, 1998, p. 87.

²⁴² "Self-evident' [per se notum, 'known through itself'], means no more than: not known by virtue of knowing some 'middle term' - i.e. not deduced by syllogistic reasoning from some prior, more evident proposition" – Ibid., p. 88.

²⁴³ FINNIS, 2006, p. 46.

harmonia com a razão. E o vício é contra a natureza humana, na medida em que é contra a ordem racional²⁴⁴.

Por esta razão, a compreensão finnisiana de “natureza humana” não equivale a uma condicionante lógica para a lei natural, e tampouco lança qualquer dependência ontológica ou antropológica para com seus aspectos. A natureza humana é percebida através das capacidades humanas; estas, através dos atos humanos; e estes, por seus objetos; em um procedimento metodológico-epistemológico²⁴⁵.

O argumento de Finnis foi quase imediatamente objeto de críticas diretas por parte de Henry Veatch. Em um artigo publicado menos de um ano após a publicação de “Lei Natural e direitos naturais”, Veatch²⁴⁶ destaca que a concepção disposicional da natureza humana, radicalmente diferente da essência estática de outras espécies de seres, implica no fato de que os seres humanos estão sujeitos a mudanças, transformações, realizações de si em um mundo real – mudanças estas que são orientadas pelas potencialidades inerentes à sua própria condição ontológica. Ao mesmo tempo, os indivíduos seriam em grande parte responsáveis por realizarem (ou não) tais potencialidades, de maneira que raramente se constituem integralmente da maneira como são moralmente obrigados a se constituírem²⁴⁷. A conclusão de Veatch é a de que o *ser* da natureza humana possui um *dever-ser* imbricado, intrínseco e inerente, de maneira que o argumento de Finnis recairia na falácia naturalista.

A réplica de Finnis é direta. Em um artigo subsequente, Finnis retoma a estrutura epistemológica da relação entre a natureza humana e os preceitos práticos da lei natural, enfatizando-a mesmo no interior do argumento crítico de Veatch:

²⁴⁴ ST, Iallae, Q71, art2, c. O mesmo trecho foi citado em FINNIS, 2007, p. 48, com o seguinte comentário: “Em outras palavras, para Tomás, o modo de se descobrir o que é moralmente certo (virtude) e errado (vício) é perguntar não o que está de acordo com a natureza humana, mas o que é razoável.”

²⁴⁵ FINNIS, 1998, p. 90. O enfoque epistêmico conferido pela interpretação finnisiana é destacado logo na sequência: “So the epistemic source of the first practical principles is not human nature or a prior, theoretical understanding of human nature [...]. Rather, the epistemic relationship is the reverse: any deep understanding of human nature, i.e. of the capacities which will be fulfilled by action which participates in and realizes those goods, those perfections, is an understanding which has amongst its sources our primary, undemonstrated but genuine practical knowledge of those goods and purposes” – Ibid., p. 91.

²⁴⁶ VEATCH, 1981.

²⁴⁷ Ibid., p. 258.

I invite Henry Veatch to consider this: does not his view that a *full* knowledge of human nature involves a knowledge of what is "incumbent upon" human beings suggest that, *epistemologically*, a knowledge of what is good for human beings, and thus incumbent upon them, is a condition precedent to any full knowledge of human nature²⁴⁸.

No primeiro capítulo de “Fundamentals of Ethics”, Finnis defende aquilo que chama de *practicalidade* da ética – ou seja, a perspectiva segundo a qual a filosofia moral não esgota seu objeto ou seu valor epistêmico na pura e simples especulação teórica, mas, ao contrário, realiza-se na vida prática das pessoas. Não se trata de uma óptica particularmente inovadora ou heterodoxa; contudo, tal defesa apresenta duas características notáveis. Em primeiro lugar, resgata uma interpretação de Aristóteles que, por vários momentos na história do pensamento ocidental, restou secundarizada²⁴⁹; em segundo lugar, trata-se de um pressuposto imprescindível para estabelecer uma conexão entre a ética e o direito que seja capaz de fundamentar adequadamente o argumento jusnaturalista de Finnis:

So the temptation is powerful, and rarely resisted, to envisage ethics reductively. One reductive strategy eliminates the *radical* practicality of ethics, by envisaging ethics as a deduction from metaphysical or general anthropology (the descriptive knowledge of human nature), or as an intuition of non-natural properties of agents and actions.²⁵⁰

Limitar a ética a seu escopo meramente teórico é o que Finnis chama de *reduativismo*; relegá-la a elementos não-naturais é o que se pode chamar de *intuicionismo*. A teoria de Finnis encontra-se entre estes dois extremos – sendo muito evidente que Finnis abertamente rejeita posições reducionistas como o consequencialismo utilitarista²⁵¹, e que a concepção que possui de “bem” não é

²⁴⁸ FINNIS, John. Natural Law and the "Is"- "Ought" Question: an invitation to Professor Veatch. In: **The Catholic Lawyer**. v. 26. pp. 266-277. 1980-1981. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_facultyscholarship/70. Acesso em: 15 out. 2024.

²⁴⁸ Ibid., p. 258.

²⁴⁹ “Now ethics is contemplative; indeed, it is theoretical (to use Aristotle’s word) and speculative (to use the medieval translation of Aristotle’s word, without any of the English word’s connotation of conjectural’). That is to say, to engage in ethical inquiry and reflection is to be concerned with truth, with the right answer to one’s questions, with knowledge just as such or ‘for its own sake’ – FINNIS, 1983, p. 2.

²⁵⁰ Ibid., p. 4.

²⁵¹ FINNIS, 1996, p. 116.

abstrata, metafísica ou tampouco desvinculada de condições concretas (naturais) de bem-estar humano.

A questão, de acordo com Lisska, pode ser posta da seguinte forma: qual é a ligação entre bens básicos a serem perseguidos, a percepção cognitiva de tais bens e a pessoa humana?²⁵² Segundo Lisska, Finnis teria abandonado qualquer antropologia filosófica que pudesse ser ligada ao jusnaturalismo – e, assim, rejeitado um aspecto muito importante do pensamento aristotélico-tomista. Lisska defende a tese de que Finnis perpetra uma “reconstrução” do pensamento tomista, porém em sentido não necessariamente positivo, visto que tal reconstrução se baseia na negação da metafísica da finalidade, a qual, segundo Lisska, é central para a compreensão da ideia de finalidade obrigatória na teoria do direito natural²⁵³.

Lisska afirma²⁵⁴, contudo, que Finnis rejeita este aspecto antropológico da metafísica ao inserir a noção de *objetividade* no raciocínio ético. O alvo declarado de Finnis com este expediente é afastar a “falácia das teorias éticas pré-iluministas”²⁵⁵, ou seja, a falácia naturalista. Uma concepção ética redutivista, que redirecione as prescrições morais para afirmações factuais a respeito da natureza humana seria uma forma de recair em tal falácia, e é precisamente por isso que Finnis tentar contornar tal redirecionamento. A manobra operada por Finnis, como visto, consiste em retirar a questão das propriedades disposicionais da natureza humana do campo da ontologia, e trasladá-la para o território da epistemologia:

In the “ontological order”, no doubt, “the essence of the soul grounds the potencies, the potencies ground the acts, and the acts ground knowledge of objects”. But if you ask how we come to know human essence or nature, the order will be that stated by Aristotle himself: one must first know the objects, and thus one can fully know the characteristic human acts, and *thus* the human potentialities, and *thus* the human essence or nature.²⁵⁶

²⁵² LISSKA, 1996, 143.

²⁵³ Ibid., p. 177. No mesmo sentido: “Finnis blurs, it appears, the distinction between theoretical and practical reasoning because of his unique method used in determining the appropriate ‘goods’ or ‘ends’. But this method helps the agent to know an essence - i.e. the final cause as the end of the dispositional properties making up the formal cause. This is, however, a form of theoretical reason, not practical reason”. Ibid., p. 187.

²⁵⁴ 1996, p. 144.

²⁵⁵ FINNIS, 1983, p. 10.

²⁵⁶ Ibid., p. 21.

É possível afirmar, então, que “a natureza humana é conhecida por meio da estipulação dos bens a serem perseguidos na ação humana e não o contrário”²⁵⁷. O objeto da conduta humana consiste precisamente no atingimento do bem *inteligível* que está na base da escolha prática da pessoa. Trata-se de um expediente ligado primariamente à inteligência e, ao mesmo tempo, à conversão desta inteligência em um juízo quanto a como agir efetivamente:

Epistemologically, (knowledge of) human nature is not “the basis of ethics”; rather, ethics is an indispensable preliminary to a full and soundly based knowledge of human nature. What one can and should say about human nature, as the result of one’s ethical inquiries, is not mere rhetorical addition; it finds a place in the sober and factual account of what it is to be a human being.²⁵⁸

A perspectiva de Finnis é a de que a ética não é derivada da antropologia – embora uma concepção antropológica deturpada possa dificultar seriamente a compreensão de como é possível participar, por meio de suas escolhas e atos, do bem. Desse modo, para Finnis, quando Aristóteles questiona se o justo é uma questão de convenção ou está relacionado à *physis*²⁵⁹, a verdadeira questão que está sendo colocada é a *objetividade* dos juízos morais (e não sua fundamentação antropológica ou conexão com uma natureza ontológica do homem). Este movimento seria capaz de elidir a inferência ilícita de fatos para normas.

A interpretação finnisiana do tomismo foi objeto de críticas também da parte de Lisska, o qual acusou Finnis de desnaturar a ontologia aristotélico-tomista e ignorar seu principal elemento: a disposicionalidade da essência humana como elemento constitutivo da metaética (e, por consequência, também da teoria do direito natural)²⁶⁰; este expediente teria levado, ainda, Finnis a confundir a operação do raciocínio prático e do raciocínio teórico na leitura de Aristóteles e Tomás²⁶¹. Para sustentar seu argumento, Lisska defende uma interpretação mais conservadora de Aristóteles,

²⁵⁷ LESSA, Bárbara Alencar Ferreira; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A teoria do direito natural de Tomás de Aquino na Filosofia do Direito contemporâneo. In: **Revista Opinião Jurídica**. n. 16. pp. 211-235. jan. 2014. p. 226. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/213>. Acesso em 22 nov. 2024.

²⁵⁸ FINNIS, 1983, pp. 21-22.

²⁵⁹ ARISTÓTELES, 2008, p. 91. O trecho em questão está em 1097b14-17.

²⁶⁰ LISSKA, 1996, p. 140.

²⁶¹ Ibid., p. 151.

calcada na teleologia típica da concepção da essência humana como um conjunto de propriedades disposicionais, valendo-se, para tanto, de outros comentadores como Veatch, Maritain e Yves Simon – mas, sobretudo, na interpretação direta do próprio Aristóteles. Segundo Lisska, uma teoria jusnaturalista fundamentada na ontologia da disposicionalidade não incorreria na falácia naturalista, e seria, portanto, perfeitamente defensável. Para ele, a lei de Hume se constituiu como um baluarte lógico desde sua formulação, e manifesta de fato um pressuposto lógico elementar: não é possível que, em um argumento dedutivo, a conclusão contenha mais do que contêm as premissas. A lei de Hume foi reafirmada sobretudo por uma ontologia que emergiu no século XIX, que serviu de base para o viés cientificista da epistemologia e da filosofia da linguagem subsequentes: alinhando-se com teorias epistemológicas dos empiristas ingleses como Berkeley e o próprio Hume, o período foi profícuo na defesa de teses ontológicas que reafirmavam as essências e objetos cognoscíveis como compostos de propriedades naturais unitárias e completas em si mesmas²⁶².

Assim, em termos metaéticos, as teorias naturalistas de Aristóteles e Tomás de Aquino foram relegadas ao esquecimento na primeira metade do século XX, sobretudo em virtude deste antinaturalismo²⁶³. Para além do puro e simples positivismo lógico, a vertente mais eficiente para a propagação deste argumento no início do século XX foi a consideração de Moore referente à falácia naturalista: proposições lógicas e analiticamente válidas não poderiam derivar considerações morais a partir de considerações factuais. Moore teria utilizado o chamado “argumento da questão aberta” para demonstrar que definições naturalistas (ou seja, que possuem correspondentes na natureza) de “bem” têm de estar sempre erradas, na medida em que é sempre possível questionar o significado conceitual de “bem” porque se trata de um conceito aberto, insusceptível de correlação imediata com elementos factuais analiticamente fechados.

Lisska demonstra, contudo, que a concepção aristotélico-tomista de “bem”, na medida em que ligada a uma finalidade predeterminada pelas características disposicionais presentes nos seres, não incorreria na falácia naturalista e nem recairia

²⁶² LISSKA, 1996, p. 199.

²⁶³ Ibid., p. 80: “With the arena of ethical discourse and argument so defined, Aristotelian and Aquinian eudaimonistic theories based on the natural development of human essence were removed from mainstream meta-ethical discussions. Because Aristotle and Aquinas were assumed to have committed the naturalistic fallacy, neither the *Nicomachean Ethics* nor the natural law passages in the *Summa Theologiae* were read as having anything to say to contemporary studies of moral theory”.

na dicotomia entre fato e valor. Ora, se as características disposicionais condicionam o fim a que o ser se orienta ao longo de sua existência, todos os elementos que se manifestarão após a perfectibilização de sua essência estão, em realidade, contidos no conjunto de propriedades disposicionais que compõem sua essência. Não haveria acréscimo algum; quaisquer predicções, por mais distantes, estão imbricadas no próprio ser desde o início. Lisska destaca que é precisamente por isso que Tomás afirma que o fim é, por definição, um bem²⁶⁴: o “bem” assim concebido não é um valor acrescentado a alguma afirmação factual sobre a natureza de algo; antes, é o ponto terminal, o fim de um processo de desenvolvimento inerente à propriedade disposicional em si mesma²⁶⁵. Não há bifurcação lógica entre fatos e valores, posto que o componente valorativo aí é simplesmente uma maneira indireta de se referir a um componente factual: “the ‘fact’ evolves into the ‘value’, all on the natural level”²⁶⁶. Logo, segue-se que a lei de Hume não constitui objeção para a ontologia aristotélico-tomista, e consequentemente uma teoria do direito natural nela fundamentada não tem por que se preocupar em incorrer na falácia naturalista.

Ora, seja pelo percurso argumentativo de Finnis (a distinção epistêmico-ontológica), seja pelo viés analítico de Lisska (a defesa da disposicionalidade ontológica), parece claro que a vertente neoclássica do jusnaturalismo é perfeitamente capaz de rechaçar as objeções trazidas pela questão da falácia naturalista. A metafísica aristotélico-tomista não traria nenhuma derivação de valores ou deveres a partir de premissas factuais, e, portanto, não carregaria inconsistência lógica alguma.

3.4 A razoabilidade prática

O tomismo, como herdeiro da tradição aristotélica, põe em paralelo duas manifestações da razão humana: a razão teórica e a razão prática²⁶⁷. Mais do que simples especulação epistemológica, a relevância desse tipo de questão para o Direito é evidente: se o Direito é um produto da ação humana e a ela se refere, compreender

²⁶⁴ ST, Iallae, q1, art1, s.

²⁶⁵ LISSKA, 1996, p. 198.

²⁶⁶ Ibid., p. 199.

²⁶⁷ ST, Ia, q79, art11.

o modo pelo qual a ação humana se estrutura e a maneira como a razão opera no agir é fundamental. Enquanto a razão teórica tem por objeto o conhecimento especulativo sobre a realidade e os seres, a razão prática tem por objeto a conduta e a decisão; tanto em um caso como em outro, a boa condução do raciocínio leva a conclusões corretas (ou à ação boa), e um raciocínio equivocado leva ao erro (ou à má conduta). Ora, como a lei é um produto da razão humana, o percurso até sua formação pode perpassar um raciocínio correto ou equivocado – e, conseqüentemente, uma lei pode ser razoável ou não²⁶⁸. O jusnaturalismo é a tese segundo a qual a lei está intimamente conectada com e fundamentada em razões suficientes para a conduta humana (o que, neste plano, equivaleria a dizer que há um *alinhamento* entre a lei objetiva e a razão prática subjetiva). Portanto, considerar a razão prática e suas especificidades é uma questão importante não apenas para a filosofia do Direito em geral, mas também para o jusnaturalismo em particular.

O célebre artigo de Germain Grisez, “O primeiro princípio da razão prática”²⁶⁹, de 1965, inaugura uma nova frente na teoria jusnaturalista contemporânea. Resgatando o pensamento de Tomás de Aquino, Grisez pretende conferir à questão da razão prática (centrado no art. 2 da questão 90 da I-II-IIae da Suma Teológica) uma interpretação mais adequada à metafísica tomista, em especial no que concerne ao que o próprio Tomás apresenta como o princípio fundamental da razão prática – qual seja, *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*²⁷⁰. O argumento principal de Grisez é no sentido de que a interpretação tradicional deixa escapar o significado focal do preceito, seja por meio da restrição do significado de “bem” à sua acepção exclusivamente moral, seja por meio da caracterização do preceito como um *limite* às ações humana (e não uma *fonte*). No artigo analisado, Tomás comenta as duas operações da razão, teórica e prática, e argumenta que, assim como a razão teórica possui um primeiro princípio que fundamenta a possibilidade de conhecimento sobre a realidade (qual seja, o princípio da não-contradição, estatui que uma mesma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo – permitindo, assim, que o intelecto esteja apto a compreender o ser como unidade básica do pensamento especulativo), o primeiro princípio da razão prática também permite orientar todo o funcionamento

²⁶⁸ Do mesmo modo como o raciocínio referente à valoração, à interpretação e à aplicação da lei – ou seja, o raciocínio jurídico como um todo.

²⁶⁹ GRISEZ, 2007.

²⁷⁰ O bem há de ser feito e buscado, e o mal evitado.

da razão orientada para uma conduta tendo o bem como unidade básica de inteligibilidade. Assim como o ser é para a razão especulativa, o bem é para a razão prática; e, para Grisez, a concepção de “bem” não possui natureza moral ou metafísica: trata-se, antes, do objeto finalisticamente concebido pela razão prática para orientar o curso de ação em uma realidade que ainda não se concretizou²⁷¹ (embora concebida pela razão), mas que se pretende concretamente realizar por intermédio de tal operação. O bem, em tal concepção, é aquilo “em direção a que cada coisa tende por seu próprio princípio intrínseco de orientação”²⁷², e se expressa, no plano da lei natural, pelas inclinações próprias do ser humano e pelos preceitos decorrentes das ações “que a razão prática naturalmente apreende ser bens humanos”²⁷³. O primeiro princípio da razão prática é evidente, não-derivado, apriorístico, e sobre ele se fundam os demais preceitos da lei natural (que, a despeito de serem conceitualmente diferentes do primeiro princípio da razão prática, possuem a mesma condição de determinantes da ação racionalmente conduzida): a preservação da vida, a união heterossexual, a educação dos filhos, a concepção do bem e da verdade especulativa e metafísica, a persecução do bem comum e da vida em sociedade, etc.²⁷⁴

Tais preceitos estão intimamente associados à lei natural porque perfazem inclinações naturais do homem – e, precisamente por isso, o primeiro princípio da razão prática não possui natureza mandamental ou prescritiva (como se perseguir o bem e evitar o mal fosse um imperativo moral):

[...] a posição verdadeira de Tomás mostra onde pode começar o raciocínio moral, pois ela procede de princípios transmorais da ação moral. A interpretação errada oferece um princípio: *faz o bem*. Ela subsume as ações a este mandado, que limita o sentido de “bem” à boa ação. Tomás sugere como princípio: *Age em busca de um fim*. Este princípio permite que o bem, que é um fim, não apenas ilumine mas também enriqueça com valor a ação pela qual ele é atingido.²⁷⁵

²⁷¹ GRISEZ, 2007, p. 186.

²⁷² Ibid., p. 189. No mesmo sentido, um pouco adiante na mesma página: “o primeiro princípio da razão prática deve basear-se na inteligibilidade do bem, por analogia com o princípio teórico primário que se baseia na inteligibilidade do ser. A inteligibilidade do bem é: *aquilo para que cada coisa tende*. Esta fórmula é uma expressão clássica do que a palavra ‘bem’ significa”.

²⁷³ ST, I-II, q90, art2, s.

²⁷⁴ ST, loc. cit.

²⁷⁵ GRISEZ, op. cit., p. 197. O autor destaca que a confusão que leva à interpretação prescritiva deste primeiro princípio estaria relacionada a uma questão linguística: a fórmula original em latim utiliza os verbos no modo gerundivo, que indica uma tendência, disposição ou propensão (mais ou menos

E os fins racionalmente perseguidos pela ação a partir de tal princípio são precisamente os padrões de ação possíveis ao homem a partir de suas inclinações naturais, justamente porque “o homem não pode agir por conta daquilo para o que ele não tem nenhuma afinidade fundamentada nas suas inclinações”²⁷⁶. O primeiro princípio da razão prática, ao prescrever o início de uma cadeia ativa em vista de um fim, pretende elidir o comportamento aleatório ou caótico do homem; do mesmo modo como o primeiro princípio da razão teórica pretende elidir as conclusões absurdas. Aqui, a relação entre a razão prática e a ideia de lei se torna indelével: a lei é uma diretriz da razão²⁷⁷, e por ela se orienta²⁷⁸; assim, uma lei (humana, inclusive) que tenha por objeto a prescrição ou permissão de algo contrário às inclinações naturais do homem é tão irracional e absurda quanto pressupor que alguém adotaria um curso coordenado de ações visando flutuar em pleno ar²⁷⁹. Tanto em um caso quanto em outro, a ausência de correlação com a razoabilidade prática tornaria ambas as situações simplesmente teratológicas.

A interpretação que Grisez fornece ao tomismo na dimensão pré-moral da conduta humana, como dito anteriormente, inaugura uma nova frente de questões para a teoria jusnaturalista contemporânea. No campo da filosofia moral, Finnis recoloca a questão da conexão direta que a razoabilidade prática desenvolve com a realização humana, precisamente na medida em que viabiliza a consecução de fins ou bens próprios do florescimento do homem:

como em “mestrando”, “doutorando”, etc.), mas tal estrutura verbal não teria sobrevivido após o latim. Logo, a expressão “*há de ser feito e procurado*” não seria sinônima de “*deve ser feito e procurado*”, mas claramente evidenciaria uma aptidão direcionada, quase como se pudesse ser substituída por “*será feito e procurado*” – Ibid., p. 202.

²⁷⁶ GRISEZ, 2007, p. 192.

²⁷⁷ Por ser criada, concebida, intuída ou apreendida pela razão humana.

²⁷⁸ Interpretando objetivamente a resposta que Tomás dá à questão de se a lei pertence à razão: “O fim é o primeiro princípio quando o assunto é a ação; a razão ordena para o fim; logo, a razão é o princípio da ação. O princípio da ação é a regra da ação; logo, a razão é a regra da ação. A regra da ação obriga; logo, a razão obriga. Ora, obrigar é característico da lei; logo, a lei pertence à razão. Por este argumento vemos que a noção de fim é fundamental para a concepção de lei de Tomás de Aquino, e a prioridade do fim entre os princípios da ação é a razão mais básica pela qual a lei pertence à razão” – GRISEZ, 2007, p. 193.

²⁷⁹ Em outro paralelo semelhante: “As leis são formadas pela razão prática como princípios das ações que esta guia, da mesma maneira que as definições e premissas são formadas pela razão teórica com princípios das conclusões que esta alcança. Uma lei é uma expressão da razão tanto quanto uma afirmação o é, enquanto a lei é uma expressão da razão ao prescrever” – Ibid., p. 202.

Practical reasonableness makes its claims upon us because it is a basic aspect of human flourishing. Its claim is: to direct the way in which we seek to participate in each and all of the basic human goods. It is architectonic: directive, in charge. [...] The point of being practically reasonable is not: being practically reasonable, full stop. Rather, it is: participating in all the human goods *well*. “Well”, here, expresses the implications not of some *further*, external (e.g. “moral”) standard, but simply of all those human goods to be participated in, integrally, in each and all of one’s self-constitutive choices.²⁸⁰

Com base nesta função arquitetural, Finnis qualifica a razoabilidade prática como um elemento dúplice, bifocal: um bem básico em si mesmo e, ao mesmo tempo, o veículo de realização dos demais bens humanos básicos²⁸¹; dois níveis distintos que parecem se entrecruzar. Por um lado, a razoabilidade prática é um dos bens básicos, na medida em que se expressa como uma possibilidade de autodeterminação e de autenticidade com relação à escolha e execução do próprio projeto de vida²⁸². Por outro lado, é também uma precondição para o exercício e manifestação dos outros valores básicos, e a forma estrutural pela qual a busca dos valores básicos se converte em plenitude de vida. Finnis a relaciona, ainda, com os conceitos de *phronesis* e *prudentia*, e as pessoas que vivem de acordo com a razoabilidade prática seriam identificáveis com o *spoudaios* (“homem maduro”) de Aristóteles²⁸³. Finnis destaca que o exercício da razoabilidade prática em tais termos representaria, inclusive, o exercício da *physis*: a plenitude da existência pessoal²⁸⁴; termo que foi traduzido para o latim como *natura* e, portanto, manifesta uma relação bastante interessante com a noção de natureza humana e a existência concreta das pessoas.

²⁸⁰ FINNIS, 1983, p. 72.

²⁸¹ “Being reasonable in one’s choices, commitments, actions and habits is a form of life in which one can participate to a greater or lesser degree. In short, it is a good, indeed a basic good, neither reducible to nor superior or alternative to any of the other basic goods” – FINNIS, 1983, p. 70.

²⁸² FINNIS, 2007, p. 93.

²⁸³ *Ibid.*, p. 107.

²⁸⁴ Finnis aduz que Aristóteles “se apropriou” do termo *physis*, referenciando a Metafísica – mais especificamente em 1070a12 e 1015a14–15. O primeiro destes trechos traduz claramente as ideias de movimento, finalidade existencial intrínseca e disposicionalidade: “Do que se disse fica claro que que a natureza [*physis*], em seu sentido originário e fundamental, é a substância das coisas que possuem o princípio do movimento em si mesmas e por sua essência; com efeito, a matéria só é dita natureza porque é capaz de receber esse princípio [*arché*], e a geração e o crescimento só porque são movimentos que derivam desse mesmo princípio” – ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 201. A utilização de *physis* e *arché* no mesmo excerto parece ser uma referência à filosofia pré-socrática; pelo que se explicaria a utilização, por Finnis, da expressão “apropriar-se”. Este termo está no texto original (FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p. 103), muito embora tenha sido traduzido, na edição brasileira, como “destinar” – FINNIS, 2007, p. 107; uma expressão mais branda, portanto, que acaba perdendo um pouco do sentido original.

Há, então, outra conexão possível: a razão prática como princípio da vida concreta dos indivíduos – uma ponte entre o âmbito pré-moral destacado por Grisez em sua interpretação do tomismo, de um lado, e a ética real, efetiva, de outro. Ora, se a razoabilidade prática viabiliza o pleno florescimento humano, seu exercício direto está claramente relacionado à realização dos bens básicos; e, uma vez que tais bens são variados, reciprocamente incomensuráveis e, a princípio, passíveis de uma infinidade de formas de realização, é preciso que o sujeito escolha e promova o modo de vida que melhor concretizará a plenitude (recordando-se, evidentemente, que a razão prática é o *princípio* da ação, e não seu limitador). Engajar-se em um valor básico significa necessariamente secundarizar os outros, e eleger uma forma de realização deste bem básico implica necessariamente em deixar outros cursos de ação para trás. De que maneira o indivíduo pode realizar o pleno florescimento em tais condições? A questão necessariamente é afeita à ética em seu questionamento mais fundamental: *como agir?*

Neste âmbito, a razoabilidade prática manifesta-se em sua função arquitetural, por meio de uma série de requisitos propostos por Finnis²⁸⁵ para seu exercício consistente. Cada um dos requisitos será abordado a seguir.

A escolha de um plano coerente e racional de vida. O adequado discernimento dos diferentes aspectos do bem estar humano é possível apenas por intermédio da ponderação, direcionamento, enfoque e controle dos ímpetos, inclinações e impulsos²⁸⁶. Para além da simples moderação, exige-se do indivíduo que efetivamente considere suas ações desdobradas no tempo, como um percurso de vida, e não apenas como a persecução imediatista de bens ou prazeres efêmeros ou como a vida despreocupada e irrefletida. Na vida concreta, isso significa escolher e perseguir, intencional e eficientemente, o(s) bem(ns) que perfectibilizará(ão) o florescimento individual. Trata-se, sobretudo, de um compromisso pessoal com o esforço racional honesto que é *conditio sine qua non* da participação plena nos bens humanos.

Ausência de preferências arbitrárias por valores. É irrazoável, diz Finnis, obliterar ou supervalorizar um aspecto do florescimento humano em detrimento de outros. É evidente que a eleição de um determinado plano de vida que persiga determinado valor básico fatalmente significa a secundarização dos demais – mas isso não quer dizer que um determinado bem humano possua um valor intrínseco

²⁸⁵ 2006, pp. 105-136.

²⁸⁶ FINNIS, 2007, p. 108.

maior que os demais. Os bens humanos básicos são reciprocamente incomensuráveis, e qualquer esforço intelectual para escaloná-los acabaria recaindo no “pântano do consequencialismo”²⁸⁷ ou não passaria de pura e simples arbitrariedade.

Ausência de preferências arbitrárias por pessoas. No âmbito da razoabilidade prática, os juízos morais devem ser universalizáveis, e é também irrazoável obliterar ou supervalorizar os indivíduos destinatários de tais juízos ou possíveis partícipes nos bens humanos básicos. Finnis afirma que este requisito se manifesta no pensamento ético de várias formas e em vários níveis, desde o preceito religioso de amar o próximo como a si mesmo, na regra de ouro de não fazer aos outros o que não se desejaria que se fizesse a si, ou até mesmo no imperativo categórico de Kant; e que o dispositivo heurístico do “véu de ignorância” de Rawls é uma forma de sua expressão. Para além da simples imparcialidade, o requisito intenta em última instância a preservação e persecução do bem, e é, de modo geral, uma percepção praticamente autoevidente e elementar da ética em várias dimensões.

Desprendimento ou distanciamento. Os projetos nos quais o indivíduo se engaja para perseguir o florescimento são meros meios, e seria irrazoável encará-los como fins, concentrar neles todo o sentido do florescimento ou tratá-los com um fanatismo exacerbado. Finnis considera insensata a postura de “dar ao projeto particular a importância primordial e incondicional que apenas um valor básico e um comprometimento geral podem reclamar”²⁸⁸.

Compromisso. O quinto requisito estabelece um meio-termo entre o fanatismo e a apatia, e afirma que seria razoável, ao indivíduo, engajar-se efetivamente na persecução de seu plano de vida com um grau de comprometimento que lhe permita persistir em tal plano sem abandoná-lo levemente. Tal requisito parece estar diretamente relacionado com o primeiro – posto que a eleição de um plano de vida envolve a justificação da escolha, o que implica a assunção de um compromisso consigo mesmo e com o projeto de vida escolhido.

Eficácia na persecução dos bens perseguidos, ou relevância limitada das consequências. O sexto requisito envolve a conexão entre os propósitos eleitos pelo indivíduo e a eficácia dos meios utilizados para seu atingimento. O critério a ser utilizado para o sopesamento ou o julgamento do plano de ação das pessoas

²⁸⁷ FINNIS, 2007, p. 126.

²⁸⁸ Ibid., p. 114.

razoáveis é relativo à concatenação entre o que se deseja e a eficiência do que se faz para atingi-lo, e não pelas consequências que tais atos trarão. Segundo Finnis, este requisito possui inúmeras aplicações na discussão moral (e, portanto, jurídica)²⁸⁹.

Respeito por cada valor básico em cada ato. Não seria razoável que o indivíduo deliberadamente optasse por um curso de ação que, em si, nada mais faz do que atentar contra determinado bem humano. Há ações, evidentemente, que atingem os bens humanos de maneira indireta ou reflexa – porém, tal circunstância é radicalmente diferente da situação na qual decida-se propositalmente impedir a realização de um bem básico (sem que de tal impedimento advenha outra consequência positiva que o suplante). Na medida em que todos os bens humanos básicos são reciprocamente incomensuráveis, a razoabilidade prática exige que eles sejam preservados e promovidos o máximo possível em todas as escolhas e decisões.

Atenção ao bem comum. O direcionamento ao bem comum é um requisito da razoabilidade prática que está umbilicalmente ligado à filosofia política jusnaturalista²⁹⁰, fixando como pressuposto a exigência de que qualquer escolha individual ou política não pode ignorar e deve promover, na medida do possível, o bem da comunidade política. As implicações desse requisito são complexas e múltiplas, e aparecem, explícita ou implicitamente, na maior parte da argumentação que orbita ao redor da lei natural.

Autonomia. Outro requisito praticamente intuitivo da razoabilidade prática é a exigência de que as decisões sejam tomadas mediante a escolha autônoma e o julgamento consciente. Finnis não dedica maiores considerações a esse requisito, justamente por sua autoevidência (e a longa discussão que o precede na história do pensamento ético).

Os requisitos da razoabilidade prática compõem o que se chama, amplamente, de “moralidade”²⁹¹ – e é, portanto, possível chegar a outra transposição: da ação moral particular do indivíduo razoável para a moralidade estruturante de uma comunidade política. É bem verdade que os diferentes aspectos da razoabilidade prática podem ser exercidos pelo indivíduo que busca a plenitude de sua existência pessoal, contudo, é possível também observar claramente a possibilidade de uma dimensão pública de

²⁸⁹ Pensa-se, por exemplo, na decisão judicial. Seria irrazoável que o critério decisório envolvesse unicamente a consequência da decisão, ou desconsiderasse os demais elementos que lhe são prévios.

²⁹⁰ MURPHY, 2006, p. 1.

²⁹¹ FINNIS, 2007, p. 135.

tais aspectos, de maneira que suas diferentes expressões sejam elementos constitutivos da coordenação que o Direito pode fornecer à sociedade²⁹².

Perceba-se, por exemplo, que grande parte destes requisitos pode servir de norte à tomada decisão política ou à função jurisdicional. A noção de “isonomia” pode ser depurada e tornada concreta por intermédio dos critérios presentes no segundo e terceiro requisitos – pelos quais é irrazoável adotar qualquer forma de preferência arbitrária por qualquer dos valores básicos do florescimento humano ou por qualquer membro ou grupo da comunidade política. Evidentemente, estes critérios acabam norteando a tomada de decisão, a elaboração de leis, a aplicação de políticas públicas e o exercício da função jurisdicional, sendo, inclusive, delimitadores da legitimidade da ação do Estado. Perceba-se, neste aspecto, a dimensão dos princípios de igualdade perante a lei e da liberdade de pensamento: são, em realidade, axiomas estruturantes das sociedades. Do mesmo modo, a ideia de maximização do respeito aos valores básicos, presente no sétimo requisito, estipula uma limitação importantíssima para a ação estatal em situações nas quais o exercício de qualquer dos valores básicos por parte dos membros da comunidade política acaba sendo colocado em xeque, vulnerabilizado ou relativizado de qualquer forma – pense-se, por exemplo, na hipótese de limitação da liberdade religiosa de um determinado grupo em decorrência da mera divergência com relação aos costumes ou à tradição da sociedade local. Ainda, o direcionamento das ações e decisões ao bem da comunidade é o mais elementar aspecto do exercício da autoridade, precisamente o que legitima a sua existência mesma, de maneira que seria impensável cogitar de qualquer ação ou decisão política ou jurídica que estivesse direcionada para outro desiderato que não o bem comum.

O conjunto dos elementos componentes da razoabilidade prática compõe, então, o arcabouço fundamental de uma comunidade política minimamente razoável. Este pressuposto foi manifestado de diversas formas ao longo da história do pensamento político ocidental, com pouca variação de seu conteúdo. O direcionamento à razoabilidade e à justiça, a pretensão de corretude, parece ser algo intrínseco ao direito (entendido, aqui, como o conjunto das instituições jurídicas, sociais e políticas que fundamentam a vida de uma comunidade) – se não o fosse, qual poderia ser a função do direito? Por oposição, parece também teratológico

²⁹² Os termos “sociedade” e “comunidade”, aqui e doravante, são usados como sinônimos.

imaginar como admissível uma sociedade cujas normas fossem aleatórias, arbitrárias, ausentes, injustas ou ineficazes. O que se apresenta como “razoabilidade prática” representa, portanto, o conjunto do que se poderia chamar a “moralidade pública”, na medida em que parece impossível cogitar da existência de uma sociedade que, pretendendo-se razoável ou justa, não estipulasse uma estrutura normativa e política que não estivesse adstrita a um conjunto de elementos no mínimo semelhante ao que Finnis apresenta.

3.5 Razoabilidade, bem comum e autoridade da lei

No contexto do jusnaturalismo contemporâneo, Lon Fuller também adota a ideia de razoabilidade prática para estipular um critério norteador da composição político-jurídica das sociedades. Faz isso, inclusive, de maneira mais expressa que Finnis, na medida em que elenca oito critérios²⁹³ que, apesar de não determinarem explicitamente o conteúdo da lei (precisamente por conta da contingencialidade da realidade social e política), servem como diretrizes para a sua criação e aplicação adequadas. São estes a generalidade, a promulgação, a irretroatividade, a clareza, a consistência, a possibilidade, a estabilidade e a congruência. Neste sentido, acerca da importância estrutural destes requisitos para a institucionalidade política:

[Tais elementos,] ainda que com adaptações, demandam uma concretização adequada das normas jurídicas e nisso afetam e orientam a função jurisdicional. Mas a observância de todos esses requisitos, bem como outros que poderiam ser identificados, não garantem a justiça da lei. Os oito princípios constituem uma moralidade interna da lei, ou exigências da razão prática que orientam o exercício da função legislativa em seu aspecto formal, necessitando de outros para que possamos estar diante de uma lei justa. [...] O sentido normativo fundamental desses princípios é atribuir certas garantias àqueles sujeitos a determinada autoridade, e por isso essas desideratas são exigências de justiça. Tais princípios podem ser atendidos em maior ou menor grau, mas sem eles é impossível haver legislação. Por serem princípios normativos, expressam o que é devido em termos institucionais.²⁹⁴

²⁹³ FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Yale University: New Haven, 1963. pp. 46-94.

²⁹⁴ WIVIURKA, Eduardo Seino. 2020. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020. p. 70.

Fuller, apesar de filiar-se ao jusnaturalismo, não pretende adentrar em uma teoria substantiva do direito natural, mas se refere a estes elementos como componentes da *moralidade do direito* – expressão que, por si só, expressa de maneira absolutamente plena a relação que o direito possui com uma pretensão de justiça e correteude. Esta relação é indelével em muitos aspectos da composição institucional da filosofia política jusnaturalista, fundamentando um sem-número de institutos jurídicos na contemporaneidade.

Murphy, por exemplo, apresenta um amplo panorama da conexão entre o direito e a razoabilidade prática compreendida em termos de moralidade. Resgatando a ideia de lei como tipo funcional²⁹⁵, no sentido de que o direito se constitui como direito apenas na medida em que logra atingir um determinado estado de coisas desejável (distinguindo-se por seu *conteúdo funcional*, portanto) Murphy deixa evidente que tal situação é atingível apenas por meio da congruência dinâmica entre as várias dimensões da razoabilidade prática²⁹⁶. Ora, a tese de que a função da lei se orienta por razões decisivas para a conformidade da conduta humana não é necessária, mas meramente contingente. Não há nada que defina ou determine *a priori* que este seja o propósito da lei, não nenhuma prescrição ou predeterminação da lei como instituição humana que explicita, de forma clara, que a existência de razões decisivas para a obediência seja parte intrínseca de seu funcionamento. A solução para tal questão é, segundo Murphy, pensar no pano de fundo no qual a lei se manifesta mediante um padrão razoável de normalidade. O “movimento crucial”, segundo Murphy, repousa em entender que a lei é uma instituição humana, e, como qualquer outra instituição humana, é criada segundo um exercício racional: o humano “funcional” age a partir do que determinam as razões suficientemente relevantes para a conduta. Assim, se os homens detêm razoabilidade prática, e agem de acordo com a razão, a lei não teria efeito sobre a conduta humana se suas razões não repousassem sobre a mesma razoabilidade prática – e, assim, a lei que não gozasse de razões decisivas para o consentimento das pessoas seria defeituosa considerando a natureza humana.

²⁹⁵ Cf. tópico 3.1, acima.

²⁹⁶ MURPHY, 2006, pp. 29-36.

In understanding the function of legal systems and of laws within those systems, there is excellent reason to treat the function of the parts as fixed, as the background by which the function of law is understood: for humans are natural objects whose basic proper functioning is prior to the various institutions in which they find or make for themselves. And so the assessment of law in functional terms rightly presupposes as its privileged background properly functioning human beings.²⁹⁷

Como se vê, a defesa da tese jusnaturalista repousa no pressuposto de que os seres humanos são racionalmente funcionais; o adequado funcionamento do sistema legal necessita do adequado funcionamento de suas partes, os homens.

Do mesmo modo, na questão do bem comum, Murphy afirma²⁹⁸ que a lei tem por parâmetro as linhas gerais da razoabilidade prática; mas, nesse caso, é fácil perceber que, no geral, os sistemas jurídicos acabam sendo formados por regras contingentes em vez de critérios de razoabilidade que lhes sejam anteriores (até porque as normas derivadas exclusivamente da razoabilidade prática são abertas e indeterminadas). Ainda que os indivíduos estipulem um bem comum a ser perseguido, acabarão discordando quanto à forma de perseguir ou atingir este bem comum, e a indeterminação da razoabilidade prática fará com que nenhum dos agentes esteja errado na forma de persecução do bem comum. A lei, nesse aspecto, serve como um elemento tendente a fechar a indeterminação da razoabilidade prática, instanciando os parâmetros e objetivos da vida comum. Ora, se é impossível contar com a voluntariedade e confluência de desideratos e ações dos indivíduos na conformidade à lei, ainda que dotada de razões decisivas, o caso característico da lei não-defectiva será aquele em que ela é estabelecida como autoritativa. Este status diz respeito ao posicionamento que a lei desfruta em relação ao bem comum da comunidade política – sendo este bem comum algo a ser perseguido, honrado, desfrutado e protegido por todos os membros da comunidade política.

Determinar a coordenação de persecução do bem comum é um papel que um governo teria ainda que todos os seus cidadãos fossem genuinamente racionais, porque mesmo assim a razoabilidade prática geral não seria suficiente para fazê-los entrar em consenso quanto ao que, efetivamente, levaria ao bem comum (de maneira que o governo civil seria o responsável por coordenar suas ações em benefício geral). Esta perspectiva, inicialmente proposta por Hume, acabou se tornando o padrão do

²⁹⁷ MURPHY, 2006, p. 35.

²⁹⁸ Ibid., p. 61.

argumento jusnaturalista²⁹⁹: a lei é o instrumento para a coordenação da ação em direção ao bem comum, e por isso é necessária ainda que os cidadãos sejam dotados de razoabilidade prática³⁰⁰.

A questão do bem comum, para Finnis, assume um caráter dúplice. Ao mesmo tempo em que rejeita fortemente o consequencialismo³⁰¹, Finnis encampa uma visão instrumentalista e agregativista do bem comum³⁰² – querendo-se significar, com isso, que a perspectiva finnisiana do bem comum está, em primeiro lugar, ligada à viabilização do florescimento individual e à transposição deste florescimento para a comunidade política como um todo. O argumento da concepção agregativa do bem comum é simples e direto³⁰³. Considere-se um estado de coisas em que um determinado indivíduo A, pertencente à comunidade política, *floresce* – ou seja, desfruta de uma situação que, considerando os bens envolvidos, torna a vida humana genuinamente boa. Ora, uma tal situação deveria ser considerada relevante para a ação da comunidade política no estabelecimento de leis: o fato de que uma lei promoveria o florescimento de A, permitindo-lhe uma vida boa, deveria servir como razão suficiente para que a lei a promovesse. Se B, membro da mesma comunidade política, desfruta de um estado de coisas semelhantes, e floresce, a comunidade política possui ainda maior razão para atribuir importância suficiente a tal arranjo a ponto de convertê-lo em lei – e assim por diante, até que todos os indivíduos da sociedade estejam incluídos no raciocínio e, conseqüentemente, florescendo.

O bem comum consistiria, então, na realização de um conjunto de bens individuais, válidos para todas as pessoas que compõem aquela determinada comunidade política. Apesar de Murphy entender que Finnis não encampa

²⁹⁹ MURPHY, 2006, p. 104.

³⁰⁰ Tomás investiga explicitamente essa mesma questão em ST, I-II, q96, art3: a autoridade política seria necessária se o homem tivesse mantido seu estado de pureza? Tomás conclui que sim, porque a autoridade política poderia não ser necessária para punir os malfeitores, mas o seria para direcionar os indivíduos ao bem comum.

³⁰¹ A contraposição que Finnis faz às teorias consequencialistas (notadamente, ao utilitarismo) é bastante incisiva, enérgica até. Dentre as muitas objeções presentes em *Lei natural e direitos naturais*, a que pode ilustrar tal rejeição no contexto desse parágrafo é a demonstração de que a concepção utilitarista de “bem comum” é vazia e indeterminada, na medida em que não é possível determinar aprioristicamente se o bem a ser perseguido pela comunidade é o *máximo bem líquido* ou o *mínimo mal líquido*; bem como se *quantidades máximas de bem*, *máximas quantidades médias de bem*, *quantidades máximas de bem para aqueles em pior situação* ou *quantidades iguais de bem para todos*. Qualquer escolha entre um desses critérios é, segundo Finnis, arbitrária – FINNIS, 2007, pp. 115-121; também, no mesmo sentido: MURPHY, 2006, pp. 81-64; bem como RAWLS, 1997, pp.24-29.

³⁰² Cf. MURPHY. 2006, p. 66.

³⁰³ Ibid., p. 63

explicitamente uma perspectiva agregativista³⁰⁴, parece claro que Finnis realiza esta transposição por meio de uma consideração multifacetada das dimensões do bem comum:

Pois que existe um "bem comum" para os seres humanos na medida em que a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade, a religião e a liberdade na razoabilidade prática são bons para quaisquer e todas as pessoas. E cada um desses valores humanos é em si um "bem comum", na medida em que um número inexaurível de pessoas pode participar deles de uma variedade inexaurível de modos ou de uma variedade inexaurível de ocasiões. Esses dois sentidos de "bem comum" devem ser distinguidos de um terceiro, do qual, no entanto, não estão radicalmente separados. Esse terceiro sentido de "bem comum" é o sentido pretendido, em geral, por todo este livro: um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realizem, de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade.³⁰⁵

O “conjunto de condições” mencionado no excerto parece ser uma clara menção ao sistema jurídico – lembrando-se, nesse aspecto, que a frase de abertura de *Lei natural e direitos naturais* é “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”³⁰⁶. Justamente por isso, na questão da autoritatividade da lei e das instituições jurídicas, a proposta que Murphy afirma ser a mais bem elaborada no pensamento jusnaturalista³⁰⁷ é justamente a de Finnis: haveria uma pluralidade de alternativas e perspectivas individuais para a persecução do bem comum, e a escolha discricionária dos indivíduos pode gerar situações de incompatibilidade, de maneira que a autoridade política é a *solução proeminente* para a coordenação da persecução do bem comum³⁰⁸:

³⁰⁴ MURPHY, 2006, pp. 64-65.

³⁰⁵ FINNIS, 2007, p. 155.

³⁰⁶ Ibid., p. 17.

³⁰⁷ MURPHY, op. cit., p. 105.

³⁰⁸ Murphy aprofunda consideravelmente a relação entre a razoabilidade e o princípio do bem comum. Menciona um exemplo (de Hume, originalmente): dois remadores que só conseguiriam atingir um determinado ponto se remassem em sincronia – para tanto, deveriam entrar em acordo quanto ao ritmo das remadas ou seguir um metrônomo no barco. A transposição do exemplo para a questão da autoridade política exigiria que se fizesse um aparte: a concepção da lei como uma coordenação proeminente de esforços para o bem comum é aplicável exclusivamente para os indivíduos dotados de razoabilidade prática e efetivamente interessados no bem comum (não sendo aplicável, portanto, aos indivíduos irrazoáveis). Considerando que os cidadãos razoáveis perseguem, como fim, o bem

As fraquezas humanas nela mencionadas de fato são boas razões para se ter autoridade. Mas – o que é mais interessante – é também verdade que quanto maiores a inteligência e a competência dos membros de um grupo, quanto maiores o comprometimento e a dedicação deles a propósitos em comum e ao bem comum mais a autoridade e a regulamentação podem ser necessárias para permitir que o grupo alcance seus propósitos em comum, o bem comum. [...] Mas tal consideração de pessoas e grupos particulares pelos bens individuais, por bens comuns particulares e por aspectos particulares do bem comum geral irá acentuar o bem comum geral apenas se as opções particulares resultantes estiverem sujeitas a algum grau de coordenação.³⁰⁹

Ora, as teorias do direito natural em geral, e a de Finnis em particular, estabelecem uma relação direta entre a concepção do bem comum e a autoridade política – no sentido de que a promoção do bem comum é uma exigência da razão para a adesão à lei das comunidades políticas. Por conseguinte, é pela articulação do apelo normativo das concepções específicas do bem comum que se confere plausibilidade ao princípio de que cada membro da comunidade política é levado racionalmente, através da lei, para a promoção do bem comum. No entanto, é possível que a promoção do bem comum da comunidade política, por parte do indivíduo, seja conflitante com seus fins particulares, ou com o bem comum de outras comunidades não-políticas – e, considerando que a promoção do bem comum é o que determina a adesão à lei, não é razoável idealizar um princípio de promoção do bem comum genérico, que venha a desvincular o indivíduo daquela comunidade política (como, por exemplo, *deve-se agir para o bem comum de todas as comunidades políticas*). Cada membro da comunidade política deve, racionalmente, cumprir a sua parcela na promoção do bem comum da comunidade como um todo.

Haveria uma questão, no entanto, relacionada à prioridade da determinação da lei na persecução do bem comum em detrimento de outras perspectivas individuais igualmente válidas para a mesma finalidade. A pluralidade de alternativas para o atingimento do bem comum leva inevitavelmente à incompatibilidade entre a decisão individual do cidadão dotado de razoabilidade prática e a perspectiva da lei – em casos nos quais ambas promovem o bem comum. Um cidadão que discorda, por exemplo,

comum; e que a lei oferece a coordenação para o bem comum, seria decorrência lógica afirmar que tais cidadãos se veem em posição de adesão à autoridade da lei.

³⁰⁹ FINNIS, 2007, pp. 227-229.

da distribuição das receitas tributárias estaria autorizado a sonegar os tributos e aplicá-los, por conta própria, em finalidades sociais promotoras do bem comum (por considerar a sua concepção individual de bem comum mais razoável que a prescrita pela lei)? Nesse caso, o argumento da lei como coordenação proeminente não possui uma defesa da autoridade da lei como prioritária na determinação do bem comum, considerando a presença de alternativas rivais que possibilitam dissidências individuais razoáveis. A resposta de Finnis para esta questão seria no sentido de que a lei é como uma rede que conecta todos os indivíduos, suas finalidades e perspectivas do bem comum, sendo, portanto, dotada de uma capacidade superior de encampar as determinações necessárias à persecução do bem comum.

Considerando, porém, que a escolha entre diversos esquemas de cooperação necessita de critérios justos de distribuição de ônus e vantagens e da respectiva determinação, a lei adquire proeminência nesta determinação na medida em que é aplicável a todas as esferas da vida em comunidade (e, assim, conjuga e organiza todos os esquemas possíveis de cooperação em prol do bem comum, nas diferentes áreas da vida social). A vantagem da lei em detrimento de quaisquer outras concepções de organização e coordenação de esforços pelo bem comum reside, portanto, em sua completude ou, no mínimo, amplitude em comparação a outros esquemas. Uma tal concepção da autoritatividade da lei, nos moldes do argumento de Finnis, é, segundo Murphy³¹⁰, a concepção mais plausível da autoridade da lei no sentido da coordenação proeminente de esforços. Nessa visão, a autoridade da lei é necessária porque, sem ela, diferentes agentes razoáveis agiriam desajustados entre si, perseguindo visões individuais e potencialmente incompatíveis do bem comum. A lei é particularmente adequada para servir como autoridade prática para o bem comum por sua capacidade de renderizar ou depurar determinações nos diferentes âmbitos da vida humana em prol do bem comum e do cumprimento da parcela de responsabilidade individual para a consecução do bem comum.

³¹⁰ MURPHY, 2006, p. 82.

3.6 O significado focal do Direito

Chega-se, então, ao significado focal do direito. Finnis é expresso e direto:

O caso central de lei e sistema jurídico é a lei 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. [...] A autoridade da lei depende, como veremos detalhadamente, de sua justiça ou pelo menos de sua habilidade de garantir a justiça.³¹¹

Como se vê, a definição é ampla: toma a lei como orientação abrangente e suprema para o comportamento humano, bem como a convalidação dos demais arranjos normativos que ordenam os demais aspectos da conduta na comunidade. Acima de tudo, trata-se de uma definição não apenas formal, mas que faz expressa referência à noção de justiça como seu componente intrínseco e conteúdo material (e, conseqüentemente, à razoabilidade em suas mais variadas dimensões):

Meu propósito não tem sido explicar um "conceito comum" desfocado, mas desenvolver um conceito [de lei] para ser usado em uma explicação teórica de um conjunto de ações, disposições, inter-relações e concepções humanas que (i) constituem uma totalidade juntas como um conjunto em virtude de sua adaptação a um conjunto especificável de necessidades humanas consideradas à luz de características empíricas da condição humana, e (ii) são conseqüentemente encontradas em formas muito variadas e com graus muitos variados de adequação a estas necessidades, e divergência deliberada ou inconsciente delas, como a pessoa totalmente razoável as avaliaria.³¹²

O que se entende por “lei natural”, nesse caso, atuaria como “o conjunto de princípios da razoabilidade prática no ordenamento da vida humana e da comunidade humana”³¹³, os quais são minudenciados por Finnis na fundamentação de sua teoria. Como consequência, a lei civil seria derivada a partir da lei natural em um sentido

³¹¹ FINNIS, 2007, p. 255.

³¹² Ibid., pp. 271-272.

³¹³ Ibid., p. 273.

bastante específico. Os bens humanos básicos constituem princípios elementares. Orientam a formulação de leis em seu sentido focal, mas não a esgotam – posto que é necessário ao legislador (ou ao juiz, ou ao advogado) *determinar* tais princípios em normas concretas e pontuais, e tal processo contempla uma margem considerável de arbitrariedade, discricionariedade ou contingencialidade. Um sistema jurídico bem estruturado, porém, se orienta também por um plexo de *princípios de segunda ordem*, referentes à interconexão entre os princípios e normas e à estrutura mesma do sistema jurídico: vedação de enriquecimento ilícito, *pacta sunt servanda*, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, livre contratação, etc. E, tal como no pensamento tomista, as normas específicas pertencentes à contingencialidade dos assuntos humanos estariam no âmbito da *determinação* (atualização, renderização) da autoridade, em uma relação dinâmica de derivação para com os princípios materiais de primeira ordem e estruturais de segunda ordem.³¹⁴

Para ser plenamente dotada de autoridade, “aos olhos de um homem razoável, uma *determinatio* deve ser consistente com os requisitos básicos da razoabilidade prática”³¹⁵ – o que deixa absolutamente clara a existência de um requisito de conteúdo na norma jurídica; a sua completude material tendo-se em conta a razoabilidade prática que atua nos princípios pré-morais da ação humana, na delimitação dos bens básicos, na estruturação do sistema jurídico como um todo e na determinação das contingencialidades às quais um ordenamento jurídico se aplicaria. Explicitamente, Finnis se coloca na linha histórica da tradição jusnaturalista, aprimorando os limites aos quais a teoria da lei natural esteve historicamente adstrita e situando-a em um âmbito teórico próximo (embora distinto) da filosofia moral:

Pelo contrário, o interesse da tradição, como o deste capítulo, tem sido mostrar que o ato de “fazer” uma lei (seja judicialmente, legislativamente ou de qualquer outra maneira) é um ato que pode e deve ser guiado por princípios e regras “morais”; que essas normas morais são uma questão de razoabilidade objetiva, não de capricho, convenções ou mera “decisão”; e que essas mesmas normas morais justificam (a) a própria instituição da lei positiva, (b) as principais instituições, técnicas e modalidades dentro dessa

³¹⁴ “Este segundo modo, a mera *determinatio* por escolha mais ou menos livre que tenha autoridade, é em si não apenas ligado aos princípios básicos por relação inteligível com objetivos (tais como segurança de tráfego...), que está diretamente relacionados com bens humanos básicos, mas também é controlado por princípios formais abrangentes e outros princípios estruturantes (sob forma de primeira ordem e também de segunda ordem) que são, por sua vez, derivados dos princípios básicos por meio do primeiro modo de derivação” – FINNIS, 2007, p. 181.

³¹⁵ FINNIS, loc. cit.

instituição (e.g., separação dos poderes), e (c) as principais instituições reguladas e sancionadas pela lei (e.g., o governo, contratos, propriedade, casamento, e responsabilidade criminal). O que verdadeiramente caracteriza essa tradição é que ela não se contenta apenas em observar o fato histórico ou sociológico de que "moralidade" afeta a "lei", mas, pelo contrário, busca determinar quais são realmente os requisitos da razoabilidade prática, tal que uma base racional para as atividades dos legisladores, juízes e cidadãos seja permitida.³¹⁶

A definição abrangente de Finnis condiz com o elemento a que Murphy atribuiu a definição do jusnaturalismo: a associação da lei com o conjunto de razões suficientes para a conduta humana – mas em uma dimensão que, a despeito de estar ligada à filosofia moral, situa-se em um campo propriamente jurídico. O exercício da autoridade e a natureza e o conteúdo das leis, nessa hipótese, deságuam em um conceito bastante específico de obrigação. Se utilizássemos a terminologia lógica tradicional, teríamos a seguinte representação obrigacional: $p, q, r \rightarrow XO@$; sendo p, q e r as condições impostas pela lei; a implicação como operador lógico, X a pessoa envolvida, $@$ a conduta esperada, e O , o operador deôntico que indicaria a ideia de “obrigação” – “deve”, “precisa”, “tem de”, e todos os demais sentidos correlatos. Contudo, um tal operador deôntico no contexto da teoria finnisiana denotaria que obrigações jurídicas são, em essência, distintas de obrigações morais³¹⁷, de maneira que o cumprimento das obrigações estipuladas pela lei e pelo direito seria um tipo bastante específico de dever, “como algo ‘moralmente’ devido à comunidade”.³¹⁸ A especificidade de tal *dever* cumpriria duplamente a função de definir o direito: ao mesmo tempo em que se alinha à ideia de lei como um tipo funcional, tendente a realizar um estado de coisas desejável pela razoabilidade prática, desloca a questão da obediência e da autoridade para um plano específico, objetivamente aplicável ao raciocínio jurídico como um todo.

Tais considerações levam Finnis a entender que o conteúdo de uma lei e a adequação que esta possua com relação à noção de justiça ou correteza coloca uma questão que, apesar de fundamental para a teoria do direito, acaba não sendo determinante para a validade jurídica das normas:

³¹⁶ FINNIS, 2007, p. 282.

³¹⁷ Ibid., p. 308.

³¹⁸ FINNIS, loc. cit.

O grande esforço feito em todos os capítulos anteriores talvez tenha convencido o leitor de que uma teoria da lei natural não precisa ter como sua principal preocupação, quer teórica quer pedagógica, a afirmação de que "leis injustas não são lei". De fato, não sei de qualquer teoria da lei natural na qual essa afirmação, ou algo parecido, seja mais do que um teorema subordinado. A principal preocupação de uma teoria da lei natural é explorar os requisitos da razoabilidade prática em relação ao bem dos seres humanos que, por viverem em comunidade uns com os outros, são confrontados com problemas de justiça e de direitos, de autoridade, lei e obrigação. E a principal preocupação jurisprudencial de uma teoria de lei natural é, portanto, identificar os princípios e os limites do Estado de Direito – e descobrir como leis boas, em toda a sua positividade e mutabilidade, devem ser derivadas [...] de princípios imutáveis.³¹⁹

Estes “princípios imutáveis” não retiram sua autoridade ou validade de qualquer outra circunstância para além da pura e simples razoabilidade. Não veiculam componentes estruturalmente vinculativos à validade das normas, ou condições *sine qua non* para sua cogência – contudo, considerando que tais normas são produto da razão humana em seu exercício político e jurídico, é de se esperar que estipulem a pretensão de correteza tendo por critério a mesma razoabilidade presente em sua elaboração. Uma lei injusta continua sendo lei, evidentemente; porém, pode e deve se adequar, tanto quanto possível, aos princípios básicos da razoabilidade.

3.7 O Direito e os direitos

Conclui-se, portanto que o sentido do direito, segundo Finnis, orbita em torno de direitos individuais – compreendidos, para tal finalidade, a partir de três elementos. Em primeiro lugar, deve-se entender o termo “direitos” como um plexo multidimensional de categorias de direitos subjetivos, referente simultaneamente a direitos humanos, morais, pessoais, legais, etc.³²⁰, mas que, em última instância, expressam requisitos de razoabilidade prática relativos ao indivíduo e à sua subjetividade mesma. O vocabulário jurídico cuidou de diferenciar tais instanciações conforme aplicáveis a um ou outro âmbito de juridicidade; é certo, porém, que o conjunto de tais direitos é o foco de um sistema jurídico e é precisamente o que

³¹⁹ FINNIS, 2007, p. 337.

³²⁰ Ibid., p. 195.

legitima suas instituições e define o que é o Direito em oposição a todas as outras formas de organização social e manifestações normativas. Em segundo lugar, este orbitar se manifesta de inúmeras maneiras: endossar, promover, inibir a violação, recomendar, estimular, proteger, expressar, determinar, detalhar, e todas as mais variadas formas pelas quais um sistema jurídico convalida a plêiade de direitos dos membros da comunidade. Por fim, conjugando os dois pressupostos anteriores, tem-se que a estreiteza e a eficácia com as quais um sistema jurídico reconhece e promove tais direitos se constitui em um critério por meio do qual é possível avaliá-lo e aprimorá-lo (no sentido de fazer tais direitos *florescerem*).

A expressão “florescimento dos direitos” é intencionalmente um paralelo ao *florescimento humano*, o qual Finnis incisivamente enfatiza como sendo o resultado do exercício dos bens humanos básicos. Ora, se os valores básicos levam à plenitude da existência humana, e se a existência humana em suas infinitas atualizações é, por definição o objeto central do direito, seria perfeitamente possível concluir que a maximização do exercício dos direitos humanos (*lato sensu*) representa o objetivo maior do exercício do Direito no âmbito das sociedades, sua essência mesma. No próximo capítulo, pretendemos abordar como o jusnaturalismo se constitui como o alicerce máximo para o florescimento dos direitos humanos em suas mais variadas dimensões políticas e jurídicas.

4 JUSNATURALISMO E DIREITOS HUMANOS

De uma determinada condição ontológica não se segue, necessariamente, que haja um *direito subjetivo* correspondente a tal condição. Dito de outra maneira, não é possível afirmar que uma afirmação factual quanto à natureza humana como, por exemplo, a liberdade, implique direta e imediatamente no fato de que exista um direito jurídico individualmente oponível a outrem, inclusive ao Estado, e cuja violação por parte de outrem legitime a interferência estatal (inclusive, tendo-se em conta a possibilidade de que, caso tal violação parta do próprio Estado, outros Estados estariam legitimados e até mesmo moralmente obrigados a intervir). Há vários passos argumentativos que interconectam as duas proposições, e inúmeras questões que podem ser levantadas com relação a cada um deles: a origem e o sentido do conceito de direito subjetivo, o percurso de convolução da ordem da *physis* para a noção de direito como atributo individual, a própria noção de subjetividade jurídica, a ampliação do âmbito do direito para uma esfera transnacional, a incorporação dos preceitos da razoabilidade prática nos ordenamentos jurídicos e quadros normativos dos Estados, as nuances do ideário jurídico que permeia o discurso sobre direitos de cada período histórico, a questão da necessidade ou desnecessidade da objetividade moral, a possibilidade lógica da inferência de proposições factuais para proposições deontológicas ou normativas. Algumas dessas questões foram tratadas nos tópicos precedentes, outras serão tratadas neste último capítulo – sempre tendo como ponto de partida o quadro conceitual trazido pelo jusnaturalismo neoclássico, de matriz aristotélico-tomista e as modulações que esta corrente de pensamento sofreu ao longo do tempo.

O objetivo é apresentar como um tal quadro conceitual é capaz de constituir o território próprio dos direitos humanos – querendo tal expressão significar o plexo de direitos básicos atribuídos aos indivíduos em decorrência de sua condição humana, nas variadas formas e categorias por meio das quais se lhes são atribuídos (positivamente ou não, constitucionalmente ou não, reconhecidamente ou não), e em uma condição tal que desenvolvam, inclusive, uma relação de supremacia para com o ordenamento jurídico estatal e as demais formas de normatividade. Do mesmo modo, é necessário identificar a fundamentação jusfilosófica que seja capaz de fornecer tais características aos preceitos da razoabilidade prática, a qual é a origem

e a finalidade do direito enquanto produto da razão humana – para, então, territorializá-los no âmbito que lhes é próprio: uma concepção do direito que esteja indissociavelmente relacionado com a razão. A seguir, perpassaremos estas questões com o intuito de demonstrar que o direito natural vem a ser precisamente este território propício à manifestação e ao exercício dos direitos humanos básicos.

4.1 Uma história da subjetividade jurídica

Quer nas formulações mais primevas de Aristóteles a Cícero, quer na robusta estrutura teórica desenvolvida pelos jusfilósofos da contemporaneidade, o direito natural se apresenta, em essência, como uma corrente jurídico-filosófica direcionada *ao homem*. Uma das consequências mais latentes da teoria do direito natural é a atribuição de direitos ao sujeito. Parece ser acertado afirmar que, no contexto jusnaturalista, este plexo de direitos apresenta um caractere principal: são decorrentes da (e associados à) própria condição ontológica humana, e, portanto, independentes de convalidação estatal. Em realidade, este caractere é uma conjunção proposicional que, ao mesmo tempo em que reafirma o estatuto do indivíduo na ordem do direito, desafia uma série de questões que se complexificam progressivamente, das quais uma das mais intrincadas é a questão da subjetividade jurídica.

Ora, a noção de sujeito de direitos se apresenta nos ordenamentos jurídicos como um dado conceitual inteligível *de per se*, um elemento perfeitamente compreensível no conjunto teórico dos direitos positivados – os quais, no geral, elencam fórmulas cujo escopo precípua é precisamente a proteção da pessoa humana. Ocorre, porém, que a subjetividade jurídica não esteve presente desde sempre no conjunto teórico do jusnaturalismo. Tampouco equivale, com o risco da trivialidade, do conceito biológico de homem, ou mesmo do conceito epistemológico, filosófico, metafísico, político, social ou moral. Há uma especificidade na subjetividade jurídica, uma conjugação de todos os outros panoramas e prismas da subjetividade que a orienta para o território do direito e a situa como fonte e foco do pensamento jurídico. Tal fato faz com que o direito, para além de uma mera forma de organização social, adquira a condição de um elemento participante da construção do homem.

A subjetividade jurídica, como qualquer conceito, é um construto, forjado e conformado ao longo de séculos; e, se a culminação do jusnaturalismo é o conjunto dos movimentos políticos que se ocuparam majoritariamente de declarar os direitos inalienáveis e imutáveis atribuídos ao *sujeito*, é crucial compreender como um tal conceito foi constituído no decorrer da história do pensamento ocidental. Evidentemente, há esboços de uma possível teoria da subjetividade com base em elementos esparsos do pensamento jurídico: Fábio Konder Comparato, por exemplo, argumenta que a noção de dignidade da pessoa humana (que referencia, em última instância, o estatuto ontológico do homem) tem origem em uma consideração político-antropológica presente já no direito romano:

Dignus, na língua latina, é adjetivo ligado ao verbo defectivo *decet* (é conveniente, é apropriado) e ao substantivo *decor* (decência, decoro). No sentido qualificativo do que é conveniente ou apropriado, foi usado tanto para louvar quanto para depreciar: *dignus laude*, *dignus supplicio*. O substantivo *dignitas*, ao contrário, tinha sempre conotação positiva: significava *mérito* e indicava também cargo honorífico no Estado.³²¹

Do mesmo modo, a noção de dignidade está presente no pensamento tomista e também na patrística, diretamente associada à ideia de *pessoa* (o qual, como visto, carrega uma perspectiva bastante diferente de uma simples definição fisiológica do homem como, meramente, um ser racional):

La noción de dignidad ha ido históricamente unida a la de persona. La noción de persona como substancia individual de naturaleza racional fue una creación de los teólogos de los primeros siglos – conocidos como “Padres de la Iglesia” – cuando hubieron de explicar el dogma de la Trinidad. [...] También se le añadió la nota de dignidad porque, como explicó Tomás de Aquino, el término ‘persona’ designó anteriormente un cargo eclesiástico; pero notemos que Tomás, al margen de este dato simplemente histórico, indica que el nombre de persona comporta dignidad, y los restantes escolásticos mantuvieron que la persona, al mismo tiempo que inaccesible y solitaria, era merecedora por sí misma de dignidad.³²²

³²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998. p. 8.

³²² CARPINTEIRO, Francisco. La dignidad humana en Tomás de Aquino. In: **Persona y Derecho**. n. 74 pp. 97-116. 2007. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/7919>. Acesso em: 3 fev. 2025. p. 102.

Para além da Baixa Idade Média, contudo, a questão da subjetividade se torna paulatinamente mais identificável – e, conseqüentemente, percorre a filosofia de maneira cada vez mais visível. Um dos autores que minudencia esse percurso é Yves-Charles Zarka, cujos ensaios demonstram que a ideia de sujeito como ente propriamente jurídico só foi apropriadamente delineada no fim da modernidade, às portas do período revolucionário que inaugurou a contemporaneidade.

Segundo Zarka³²³, a questão do homem como sujeito de direito não é um dado imutável: trata-se de um conceito que possui um percurso histórico perfeitamente mapeável. A concepção de que o homem possui direitos inalienáveis pela sua simples condição de ser humano, em realidade, não é anterior ao século XVII, majoritariamente porque depende de uma série de pressupostos filosóficos de natureza epistemológica e metafísica. Em virtude disso, Zarka afirma que frequentemente a questão da subjetividade jurídica é mal colocada (e, portanto, não pode ser abordada adequadamente a não ser que seu real alcance seja desvelado)³²⁴. Para Zarka, há várias questões que precedem a questão do homem como sujeito de direitos, e se constituem, deste modo, como pressupostos teóricos à sua plena manifestação. Em primeiro lugar, a pressuposição gnoseológica do indivíduo – a qual não se liga unicamente à ideia de ego cartesiano; ao contrário, está territorializada no campo do jusnaturalismo moderno (de Grócio a Leibnitz), sobretudo como a concepção de direito natural que pode ser associada à ideia de *direito subjetivo*³²⁵. Em segundo lugar, Zarka aponta a necessidade de distinção entre indivíduo, pessoa e sujeito – uma questão que passa por três momentos teóricos: a definição propriamente moderna de direito como qualidade moral, a reflexão do status do ser

³²³ ZARKA, Yves-Charles. **L'autre voie de la subjectivité**: six études sur le sujet et le droit naturel au XVIIème siècle. Paris: Beauchesne, 2000.

³²⁴ Nesse sentido, fazendo eco à afirmação de Zarka, a ubíqua crítica de Lenio Streck ao senso comum teórico que superficializa o discurso jurídico e obsta o aprofundamento semântico-filosófico dos conceitos com os quais se trabalha: “A significação dada ou construída via senso comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores sem, porém, explicá-los. Conseqüentemente essa reprodução (inautêntica dos pré-juízos, no sentido de Gadamer) conduz a uma espécie de conformismo dos operadores jurídicos. senso comum teórico sufoca as possibilidades interpretativas. Quando submetido a pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (apenas) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassem o teto hermenêutico prefixado (horizonte de sentido)” – SENSO comum teórico dos juristas. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 409.

³²⁵ ZARKA, op. cit., p. 8.

(pessoa) ao qual convém uma tal definição do direito natural, e a conexão entre os campos da gnoseologia e do direito no problema da subjetividade.

Há, então, um deslocamento da concepção do direito: não é possível limitá-lo a uma mera estrutura hierarquizante da realidade e da comunidade política (local ou universal); foi preciso, ao contrário, pô-lo em relação para com o ser humano. Trata-se de uma clivagem que, segundo Zarka, se origina no pensamento de Grócio. A maneira como o pensamento de Grócio se encaixa na tradição jusnaturalista está intimamente relacionada precisamente com o papel desempenhado pelo homem na grande quadratura do Direito:

As regras de direito serão deduzidas da natureza do homem: essa referência à da natureza do homem: essa referência à natureza serve de transição e permitirá que a escola oriunda de Grócio conserve a etiqueta de direito natural, entendendo-se contudo que aqui a natureza evocada deixa de ser a natureza externa. Não há mais direito fora do pensamento subjetivo de Deus ou do homem. [...] Segundo ele, o justo só pode estar no homem e sua fonte também está no homem, na sua razão, já que a razão é a essência da natureza humana. O direito procede ex principiis homini internis. O direito natural é o dictatum rectae rationis. Estamos aí na medula da doutrina. Mais uma vez, nada de novo em todos esses princípios; as ideias novas são raríssimas; mas Grócio terá a força de ser consequente consigo mesmo.³²⁶

Para Grócio, o direito é “uma qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer de modo justo alguma coisa”³²⁷ – concebida, portanto, enquanto significado puro do termo *jus*, como uma *facultas*; uma prerrogativa inerente; consequentemente, a *persona* é concebida como o ser ao qual se relaciona o direito como qualidade moral. Grócio retoma o conceito de qualidade moral conforme havia sido formulado por Suárez, o qual, por sua vez, remete a Tomás de Aquino³²⁸; desenvolve-o, porém, para encampar uma tripartição do direito em relação ao indivíduo: a *potestas*, o *dominium* e a faculdade de exigir o que é a si devido. A ideia de qualidade moral transita, assim, para o território da origem da ideia de direito subjetivo, e inaugura uma reorganização

³²⁶ VILLEY, 2009, p. 650.

³²⁷ GRÓCIO, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 74. Diz o trecho completo: “Há um significado de direito diferente do anterior, mas que dele decorre e que se refere à pessoa. Tomado neste sentido o direito é uma qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer de modo justo alguma coisa. Este direito está ligado à pessoa, mesmo que às vezes siga a coisa, como ocorre com a posse de imóveis que são chamados direitos reais, comparados com outros direitos puramente pessoais; não que os primeiros não sejam igualmente ligados à pessoa, mas porque não pertencem a ninguém mais que àquele que possui determinada coisa”.

³²⁸ ST, Ilallae, q57, art1.

do pensamento jusnaturalista; é em Grócio que a noção de subjetividade jurídica apresentará seus primeiros traços:

Quanto à teoria dos direitos subjetivos, já tive a oportunidade de dizer que Grócio foi o autor de uma definição formalizada, particularmente precisa e muito disseminada na ciência jurídica alemã: *Jus est [...] qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*: o direito seria, pois, uma qualidade da pessoa, que a torna apta a possuir ou a realizar uma certa ação, sem que moral seja ofendida. [...] Grócio sabe que essa definição não é a dos juristas romanos, que não dispunham desse termo abstrato para designar o direito do sujeito sobre a coisa que é sua (*Facultatem jurisconsulti nomine sui appellant, nos posthac jus proprie aut stricte dictum appellabimus*). A antiga acepção de justo (*"id quod justum est"*), repudiada como destituída de sentido e desprovida de utilidade, é substituída pela outra, moderna, de direito subjetivo.³²⁹

É em Hobbes, porém, que a noção de sujeito de direito começa a aparecer de maneira mais concreta. A centralidade da liberdade no pensamento hobbesiano como condição existencial do homem e tendência para a preservação de si mesmo é imediatamente associada, por ele, à concepção do direito da natureza atribuído a cada indivíduo. O direito natural é imediatamente associado à liberdade que cada indivíduo possui de preservar a sua própria existência, e a ideia de um pacto social é o corolário e a manifestação desta liberdade no seio de uma pluralidade de indivíduos que a exercem mutuamente³³⁰. Nesse sentido:

Em definitivo, é o direito natural do indivíduo que está no princípio do sistema, como se evidencia claramente na ordem dos dois primeiros tratados [de Hobbes]. É sobre esse direito do indivíduo que está constituído todo o edifício: e, em primeiro lugar, o contrato e o pacto, pois, segundo Hobbes, o contrato é cessão recíproca de direitos, o pacto, renúncia ao direito próprio, portanto uso, exercício de direito. O pacto deriva do direito subjetivo. Ora, o pacto será fonte de toda a ordem jurídica positiva, mesmo do direito sucessório ou familiar; fonte até mesmo de toda justiça: só haverá injustiça para Hobbes na violação dos pactos: *Injustitia est pactorum non praestatio*. A injúria (*injuria; injury*), ato contrário ao direito, será a transgressão dos pactos. [...] Todo o direito é reconstruído por Hobbes, em etapas sucessivas, tendo como

³²⁹ VILLEY, 2009, p. 666.

³³⁰ Textualmente: "O direito de natureza, que os escritores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder como quiser, para a preservação de sua própria natureza, isto é, da própria vida; e, conseqüentemente, de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como os meios mais adequados para esse fim" – HOBBS, Thomas. *Leviatã*, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 109.

primeiro degrau o direito subjetivo, e é nisso que ele derruba a ciência jurídica anterior.³³¹

Apesar da concepção de uma estrutura jurídica fundada no direito individual, a ideia de “indivíduo” no pensamento hobbesiano não pode ser claramente associada ao ser humano ou ao indivíduo moral capaz de atos jurídicos, mas sim ao indivíduo físico, como *corpus* dotado da liberdade para a preservação do próprio *corpus*. Em Hobbes, a lei natural é redutiva: referente ao indivíduo, é verdade, mas *autorreferente* acima de tudo³³². Em virtude dessa indefinição, e apesar de inaugurar na discussão jurídica a questão da individualidade, a concepção hobbesiana de sujeito não chega a elaborar uma teoria da ipseidade capaz de possibilitar a gênese do sujeito de direito propriamente dito:

Autrement dit, il manque à Hobbes une doctrine de l'identité du soi seule susceptible de définir un être moral. Or c'est d'une certaine manière la conséquence que tirait déjà Cudworth: en supprimant le libre arbitre, le système de Hobbes supprime également l'idée d'un sujet de la liberté. L'identité du soi ne peut se trouver sur le plan du simple désir, elle suppose en outre, pour Cudworth, la définition d'un principe hégémonique dans l'âme que est le principe qui gouverne et commande en nous.³³³

Assim, a ideia de sujeito jurídico depende necessariamente do isolamento do indivíduo moral, associando a liberdade, a ação e a possibilidade de responsabilização jurídica. Será Pufendorf que atribuirá ao direito natural a ideia de *obrigação* – entendendo o direito não mais como uma simples qualidade fisiológica do indivíduo concreto, mas como a qualidade moral da obrigação de obediência à lei natural (promulgada por Deus, segundo Pufendorf). O ser ao qual se atribui um tal dever de observação da lei natural não pode ser reduzido meramente à sua materialidade física³³⁴. De acordo com Zarka³³⁵, Pufendorf critica, por este motivo, Hobbes e

³³¹ VILLEY, 2009, pp. 704-705.

³³² ZARKA, 2000, p. 42.

³³³ Ibid., p. 47.

³³⁴ “O direito natural não é senão a lei moral, que prescreve a cada um aquilo que deve fazer ou evitar, conforme sua natureza racional e social. Essa lei impõe obrigações, pois decorre da vontade divina, e sua observância não se funda na mera força física, mas na razão e na moralidade” – PUFENDORF, Samuel. **Do dever do homem e do cidadão segundo a lei natural**. Rio de Janeiro: TopBooks, 2007. p. 75.

³³⁵ 2000, p. 16.

Espinosa; o último, porém, de maneira menos branda, uma vez que a concepção espinosana de lei natural estaria irrecuperavelmente associada ao movimento e a uma faculdade natural determinante da ação que anularia o papel da razão como elemento cardeal da conduta. Se, em Hobbes, o âmbito do direito natural é o campo da utilização racional do poder e da liberdade para a preservação de si mesmo (e, portanto, afasta os seres irracionais ou inanimados), em Espinosa toda a realidade encampa a nervura da lei por intermédio da qual a natureza determina, fixamente, as operações de todos os seres. Ora, para Pufendorf, a concepção espinosana destrói o direito na medida em que o limita às qualidades meramente físicas de seres físicos. Assim, a partir de Pufendorf, a lei natural não pode se realizar fora do ser humano – muito embora, segundo Zarka, ainda não haja em Pufendorf uma definição do homem como ser moral que seja capaz de sustentar uma relação consistente com o direito natural.

Será apenas com Locke e na questão epistemológico-metafísica da consciência que a subjetividade moral adquirirá contornos mais delineados e próximos da subjetividade jurídica. O problema da identidade e do *self* é abordado por Locke em interlocução a Descartes; e em franca contraposição a este no que concerne à relação entre pensamento e substância, entre a existência do *ego* e a natureza espiritual da *res cogitans*. A emergência da ipseidade em Locke se dá, ao contrário, por meio da distinção entre a identidade do homem, a identidade da substância e a identidade pessoal – mais precisamente por meio da transmigração da consciência que acompanha o pensamento e a memória do homem que se concebe como *self* em uma relação para consigo mesmo ao longo do tempo³³⁶. Etienne Balibar, comentador de Locke, enfatiza o senso moral e jurídico que a concepção lockeana de personalidade trará, precisamente em virtude de sua reflexividade plúrima:

And it is undoubtedly through the unity of reflection, memory, responsibility and appropriation, united in a single phenomenology of 'internal perception', that Lockean consciousness remains, at least in its formal structure, a *moral* consciousness. Consequently, the fact that it constitutes the criterion of personal identity, itself required by legal responsibility, can only ever be the reverse side of its own constitution. This unity that we have called (since Kant)

³³⁶ “A identidade pessoal, em meu entendimento, não se funda na identidade da substância, mas no poder da consciência de continuar a mesma, com uma percepção contínua de si mesma, o que implica a memória do que passou e daquilo que foi feito, independentemente de ser a mesma substância” - LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1995. p. 263.

the subject, and that Locke – the first to do so – calls self-consciousness, is indissolubly logical (self-identical), moral and legal (responsibility, appropriation) and psychological (interiority and temporality).³³⁷

Zarka destaca, ainda, que o problema da ipseidade localiza-se no cerne da subjetividade moral e possui um escopo intrinsecamente jurídico:

On comprend donc en quel sens le problème de l'identité personnelle est au cœur de la question du statut de l'être moral. Du reste, Locke lui-même [...] associe deux sens de la personne: a) la personne como soi, b) la personne au sens juridique, en tant qu'elle s'approprie des actions, ainsi que le mérite et le démérite de ces actions. Ces deux notions sont même liées entre elles pour former le concept de personnalité.³³⁸

O resultado concreto é a integralização política do indivíduo por meio de suas inter-relações, como ressalta Gerson Neves Pinto:

Poderíamos resumir o que o filósofo inglês diz da seguinte maneira: nós não podemos conhecer o que é o homem ou, dito de outro modo, a essência, a substância do homem nós não sabemos o que é. Dentro desta perspectiva, como fazer então para organizar o mundo humano? Não podemos organizá-lo sobre a substância, e não podemos organizá-lo sobre um saber sobre o que é o homem, pois não poderíamos saber o que são as finalidades do homem. [...] E é neste ponto que intervém os direitos do homem, pois Locke nos explica que a substância não é conhecível, a única coisa que é conhecível entre os homens são as relações. O segredo da construção de um mundo humano, no momento mesmo onde não sabemos o que é o homem, é de apoiar esta construção sob o conhecimento das relações humanas, e finalmente a única relação que é perfeitamente clara é a do consentimento.³³⁹

Para que a noção de sujeito de direito seja finalmente constituída, porém, ainda será necessário cumprir mais uma etapa, de acordo com Zarka: a relação entre o campo gnoseológico e o campo jurídico, precisamente porque é a partir dessa relação

³³⁷ BALIBAR, Etienne. **Identity and difference**. John Locke and the invention of consciousness. Londres: Verso, 2013. p. 322.

³³⁸ ZARKA, 2000, p. 23.

³³⁹ PINTO, Gerson Neves. A (R)evolução da Política Moderna e a Construção dos Direitos do Homem nas Constituições Modernas. In: **Anuario del Área Socio-Jurídica**. v. 11. n. 1. pp. 97–107. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/AnuariodelAreaSocioJuridica/article/view/5716>. Acesso em: 9 jan. 2025.

que ocorrerá a passagem da questão do sujeito da relação cognitiva para o sujeito da relação jurídica intersubjetiva – o que se concretizará com Leibniz.

Leibniz segue Grócio na definição do direito como uma qualidade moral atribuída ao sujeito, contudo, introduz um acréscimo considerável. A persona à qual a qualidade moral será atribuída é referida por ele como *sujeito*: *Subjectum qualitatis moralis est persona, seu substantia rationalis*³⁴⁰. Em um tal contexto, a expressão “direito subjetivo” é mais justificada e aparente, e, segundo Zarka, Leibniz pode mesmo ter sido o primeiro a ter utilizado a fórmula³⁴¹ – e não apenas a fórmula terminológica, mas sobretudo a problematização que deslocou a questão do sujeito do plano gnoseológico para o plano jurídico, o que a torna, apropriadamente, mais do que uma simples expressão: em realidade, um *conceito*.

O percurso formativo do conceito leibniziano de subjetividade é complexo. Inicia, segundo Zarka, pela análise da continuidade da identidade ao longo do tempo, mesmo após períodos de suspensão da consciência. A recomposição da ipseidade pessoal e moral não se limita ao próprio sujeito, mas pode ser efetivada também pela via da alteridade; de tal maneira que a relação com o outro é uma forma de constituir a identidade pessoal. Embora haja certa relutância em impingir a amplitude conceitual do termo *constituir* (Zarka é enfático ao afirmar que não se trata de conceber o outro como participante direto da constituição do si-mesmo), a alteridade é elemento intrínseco à concepção que Leibniz faz do amor: fazer da felicidade do outro a nossa própria felicidade. Como já visto, esta questão é crucial para a teoria do direito: Finnis desenvolve o conceito de amizade como um pilar elementar da composição da comunidade e da persecução do bem comum, em termos muito semelhantes aos que Zarka utiliza para se referir a Leibniz:

[...] podemos dizer que a amizade é o pensamento mais comunal, embora não a forma mais estendida ou elaborada de comunidade humana. Há comunidade em um sentido pleno quando (i) A faz do bem-estar de B e de sua participação autoconstituidora nos bens humanos um de seus (de A) compromissos autoconstituidores, e (ii) B faz do bem-estar de A igualmente um de seus (de B) compromissos básicos, e (iii) A e B colaboram de acordo com esses compromissos.³⁴²

³⁴⁰ ZARKA, 2000, p. 26.

³⁴¹ ZARKA, loc. cit.

³⁴² FINNIS, 2007, p. 145.

Mesmo para Leibniz, tal noção de amizade ou amor (que, agora, pode ser adequadamente qualificada como uma relação *propriamente intersubjetiva*) encampa a definição progressiva dos diferentes níveis do direito natural:

Following a current in the natural law tradition, Leibniz supplements his account of justice as the charity of the wise with three principles handed down from Roman law via Justinian's *Institutes* (533 AD). [...] Leibniz suggests that these principles underwrite three distinct degrees of justice. The lowest degree is "strict right" (*ius strictum*), which has as its precept that "no one is to be injured, so that he will not be given a motive for a legal action within the state, nor outside the state a right of war". Strict right primarily includes a bare minimum set of negative duties, such as the duties not to harm, not to murder, and not to commit theft. The function of this degree of justice is the "conservation of peace." The second degree Leibniz calls "equity" or "charity" in the narrow sense of the term, which has its basis in the principle "to give each his due." [...] Whereas strict right functions merely to avoid misery by fostering peace, the duties of equity actively promote the happiness of others as far as possible within this life.³⁴³

O resultado, segundo Zarka, é a inauguração conceptual do sujeito de direito como elemento fundamental da teoria jurídica: "en transposant la question du sujet du plan gnoséologique au plan juridique, il définit aussi les premiers linéaments d'un fondement intersubjectif de la theorie du droit"³⁴⁴. O sujeito de direito emerge como um produto da perspectiva moderna do pensamento jusnaturalista, e seu advento conceitual traz consigo o elemento de irreducibilidade a qualquer perspectiva fisicalista ou naturalista. A universalidade do sujeito de direito repousa precisamente sobre esta irreducibilidade³⁴⁵. Trata-se, em realidade, de uma abertura à intersubjetividade, à objetividade e à universalidade – uma leitura que aproxima o direito natural da consideração do sujeito como fonte e fim.

³⁴³ YOUNG, Andrew. Leibniz's Ethics. In: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/leibniz-ethics/>. Acesso em: 2 fev. 2025.

³⁴⁴ ZARKA, 2000, p. 29.

³⁴⁵ Ibid., p. 30.

4.2 O trajeto dos direitos humanos: do *ius gentium* à constitucionalização

Até que a subjetividade jurídica adquirisse a suficiente pujança conceitual no pensamento jusfilosófico ocidental, falava-se em *princípios* do direito natural. A partir de então, e somente a partir de então, os princípios foram concretizados em *direitos* naturais.

É possível considerar o *ius gentium* como um embrião dos direitos humanos universais. Por volta dos séculos II e III a.C., com a expansão do Império, o chamado “direito das gentes” constituía uma parcela do direito romano destinada aos povos não-romanos, uma vez que o *ius civile* não lhes era aplicável³⁴⁶. Administrado pelo chamado “pretor peregrino” em virtude do afluxo das relações jurídicas envolvendo romanos e não-romanos, o direito das gentes passou a representar uma espécie de direito escrito comum dos povos sujeitos ao Império – e, neste contexto, obtém fundamentação jurídica na universalidade da razão comum a todos os homens³⁴⁷, em uma relação bastante próxima com o direito natural³⁴⁸.

³⁴⁶ A esse respeito: “O *ius civile* é o direito próprio de determinada civitas; é o direito do civis (cidadão); é o direito que não é comum às outras civitates. Já o *ius gentium* é o direito que é observado em Roma e nos outros povos conhecidos dos romanos. O direito romano, portanto, contém normas do *ius civile* (que lhe são próprias) e normas do *ius gentium* (que são comuns a Roma e aos demais povos de seu conhecimento). Por outro lado, há estreita vinculação entre o *ius gentium* e o *ius naturale*” – ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 113.

³⁴⁷ O jurisconsulto Gaio principia as suas *Institutas* situando o papel do *ius gentium* no contexto do direito romano, explicitando a relação para com a razão natural e nela fundamentando a universalidade do *ius gentium*: “Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi *ius* constituit, id ipsius proprium est vocaturque *ius civile*, quasi *ius proprium civitatis*; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque *ius gentium*, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus” – GAIO. **Instituciones**. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/gaius-institutes-of-roman-law>. Acesso em 14 dez. 2024.

³⁴⁸ A despeito disso, a efetiva posição do direito das gentes no arcabouço jurídico é, sob certos aspectos, um tanto difusa. A propósito: “O direito das gentes situar-se-ia, então, entre o direito natural e o direito civil, o que lhe confere à partida uma posição de certo modo ambígua. [...] O direito civil é como que o direito próprio da cidade onde um povo se organiza. Inversamente, o direito dos povos é aquele que a razão natural estabelece entre toda a comunidade humana, aquele que se conserva de modo equivalente entre todas as gentes, a modo de um direito de que todos os povos fazem uso” – SILVA, Paula de Oliveira. **O *ius gentium* a Segunda Escolástica**. [Entrevista cedida a] Marcia Junges e Alfredo Culleton. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 6 set. 2010. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3491-paula-oliveira-e-silva>. Acesso em: 14 dez. 2024. Esta alocação intermediária, porém, explicita em parte a natureza do *ius gentium*: “Mas algumas normas particulares deste direito natural eram catalogadas ora como de direito natural, ora como de direito dos povos. O direito dos povos seria, neste caso, um direito

O *ius gentium* perpassou o Medievo como a lei das nações, mas foi aos poucos sendo dissociado do direito natural. Tomás de Aquino reproduz a repartição entre ambos que já vinha sedimentada no direito romano, justificando-a na consideração que a razão humana é capaz de destinar à lei natural das coisas mesmas:

Como se disse, o direito ou o justo natural é o que, por natureza, é ajustado ou proporcional a outrem. Ora, isso se pode dar de duas maneiras: primeiro, segundo a consideração absoluta da coisa em si mesma. Assim, o macho, por natureza, está adaptado à fêmea para dela gerar filhos; e o pai, ao filho, para que o nutra. Segundo, algo é naturalmente adaptado a outrem, não segundo a razão absoluta da coisa em si, mas tendo em conta as suas consequências: por exemplo, a propriedade privada. [...] Ora, considerar alguma coisa, confrontando-a com suas consequências, é próprio da razão. Portanto, isso é natural ao homem, segundo a razão natural, que dita esse proceder.³⁴⁹

Logo, não haveria a princípio identificação direta entre o *ius gentium* e o direito natural. Tampouco o haveria com o direito positivo puro e simples – posto que o *ius gentium* não teria sido estabelecido por uma autoridade política global; do mesmo modo não é possível equipará-lo literalmente ao direito internacional (categoria concebida apenas na modernidade tardia, mas que traz consigo a noção de um conjunto de princípios e normas aplicáveis à comunidade humana global³⁵⁰). O *ius gentium* representa uma categoria *sui generis* no campo jurídico-normativo, que se situa no intermédio entre o direito natural, enquanto fundamento material e expressão da razão humana, e o direito positivo, enquanto concretização normativa típica do âmbito político.

A segunda Escolástica, especialmente por meio de Francisco Suárez, será responsável pela sistematização do pensamento tomista e pelo desenvolvimento da

positivo, pois dependeria da instituição humana. Por seu turno, há normas de direito positivo que são apenas válidas para alguns povos e cidades. Daí a tripartição que os juristas romanos fazem do direito propriamente humano em natural, dos povos e civil. O direito dos povos seria, então, algo como um direito decorrente da natureza humana, não porque uma tal natureza o exija de modo absoluto, mas pelas circunstâncias e pela condição concreta do gênero humano, situada no espaço e no tempo” – SILVA, loc. cit.

³⁴⁹ ST, Ilallae, q57, art3.

³⁵⁰ ONOFRI, Renato Sedano. História do direito internacional público. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/505/edicao-1/historia-do-direito-internacional-publico>. Acesso em: 14 dez. 2024.

noção de *ius gentium*. Para além da primeira teorização dos direitos subjetivos enquanto faculdades morais atribuídas aos indivíduos como meio de realização do preceito aristotélico de justiça distributiva, Suárez refina o conceito de *ius gentium*: compreendendo-o, ainda, como “uma combinação entre a racionalidade da lei natural e a vontade expressa na lei civil”³⁵¹, lhe atribui um *status* jurídico e uma dinamicidade aptos a torná-lo um “direito transnacional que independe de estar escrito ou não, que é formulado pelas culturas, numa consensualidade progressiva e que deve ser respeitado universalmente”³⁵². Suárez discordará do direito tradicional quanto à tripartição do direito³⁵³ em positivo, natural e das gentes, e do tomismo que atribui aos animais e à natureza a submissão à lei natural, enquanto o direito das gentes pertenceria exclusivamente ao ser humano³⁵⁴:

Ergo sunt iuris humani et non naturalis: “Therefore, they are human rights and not natural rights,” Suárez stresses, and natural law should not be confused with the law of nations because of the degree of complexity required for its demonstration. Drawing necessary conclusions from natural principles and considering them as natural law without taking into account the existence of social institutions or of the human community, as if those conclusions did not depend on human will, is an error. Those rights and precepts that derive from natural principles - not in an absolute manner, but presupposing the existence of human society and certain essential circumstances for its preservation—constitute what Suárez understands as the *ius gentium* and seems to derive from references made by Thomas Aquinas.³⁵⁵

Ainda segundo Culleton, Suárez atribui ao *ius gentium* uma série de características que o situam entre o direito natural e o direito civil³⁵⁶, das quais a mais relevante para o escopo do presente trabalho é a vinculação com princípios de justiça

³⁵¹ CULLETON, Alfredo. **O pensamento de Suarez como base dos direitos humanos**. [Entrevista cedida a] Marcia Junges. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 6 set. 2010. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3483-alfredo-culleton-5>. Acesso em: 14 dez. 2024.

³⁵² Ibid.

³⁵³ Aqui, toma-se o cuidado de utilizar o termo “direito” em vez de “lei” para a adequada distinção entre *jus* e *lex*, os quais representam conceitos diferentes – especialmente no contexto abordado neste tópico.

³⁵⁴ CULLETON, Alfredo Santiago. Mutability and immutability of the *ius gentium* according to Suárez. In: CULLETON, Alfredo Santiago; PICH, Roberto Hofmeister (ed.). **Right and Nature in the first and second scholasticism**. Acts of the XVIIth Annual Colloquium of the Société Internationale pour l'Étude de la Philosophie Médiévale. Turnhout: Brepols, 2014. pp. 301-318.

³⁵⁵ Ibid., p. 308.

³⁵⁶ “(a) a strong link with the consent and will of human beings; (b) the support of a human authority; (c) its basis in custom; (d) its contingency and mutability; (e) an extensive claim to universality, although it is not absolutely universal; (f) its subjection to the principles of justice that can be easily perceived by human reason” – CULLETON, 2014, p. 316.

que seriam facilmente perceptíveis pela razão humana. A obra de Suárez é de uma vastidão comparável à de Tomás, e abordá-la em maiores detalhes fugiria do escopo do presente trabalho – é pertinente, porém, mencionar que a análise suareziana do *ius gentium* e suas relações com o direito natural e a lei civil é minudenciada nos capítulos XVII a XX do Livro II de *De Legibus*³⁵⁷. Sobre o tema, destaca-se o seguinte trecho:

Ratio autem huius partis et iuris est, quia genus humanum, quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem, non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale praeceptum mutui amoris et misericordiae, quod ad omnes extenditur, et extraneos, et cuiuscumque rationis. Quapropter, licet unaquaeque civitas perfecta, respublica aut regnum fit in se communitas perfecta et suis membris constans, nihilominus quaelibet illarum est et membrum aliquo modo huius universi, prout ad genus humanum spectat. Nunquam enim illae communitates sunt sibi sufficientes singillatim, quin indigent aliquo mutuo auxilio et societate communicatione, interdum ad melius esse, maiorem utilitatem, interdum vero etiam ob moralem necessitatem et indigentiam, ut ex ipso usu constat. Ergo ratione indigent aliquo iure, quo dirigantur et recte ordinentur in hoc genere communicationis societatis. Et quamvis magna ex parte hoc fiat per rationem naturalem, non tamen sufficienter et immediate, quoad omnia; ideo aliqua specialia iura potuerunt usum earumdem gentium introduci. Nam sicut in una civitate vel provincia consuetudo introducit ius, ita in universum genus humanum potuerunt iura gentium moribus introduci. Loquor maxime, quod ea, quae ad hoc ius pertinent, sunt pauca et iuri naturali valde propinqua, et quae facillimam habent ab illo deductionem, adeo utilitatem et consentaneam naturae, ut licet non sit evidens deductio, tamen valde conveniens naturae et acceptabilis ab omnibus.³⁵⁸

³⁵⁷ O acesso a traduções contemporâneas das obras de Suárez acaba se mostrando relativamente restrito, embora seja possível localizar edições primevas: SUÁREZ, Francisco. **Tractatus de legibus**, ac Deo legislatore. Mainz: Baltashar Lippius, 1619. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=RqD1YzXkHeQC&pg=GBS.PA16&hl=pt>. Acesso em: 23 dez. 2024.

³⁵⁸ SUÁREZ, 1619, p. 109. Em tradução livre: “A razão para esta parte e do direito é que a raça humana, embora dividida em vários povos e reinos, sempre tem alguma unidade, não apenas específica, mas também política e moral, que é indicada pelo preceito natural de amor mútuo e compaixão, que se estende a todos, tanto estrangeiros quanto aqueles de todos os tipos. Portanto, é permitido que qualquer cidade, república ou reino perfeito se torne uma comunidade perfeita em si mesma, e para seus membros, no entanto, cada um deles é um membro de uma certa maneira desta raça humana universal. Pois essas comunidades nunca são suficientemente autossuficientes por si mesmas, a ponto de não precisarem de algum auxílio mútuo e sociedade, comunicação às vezes para um melhor ser, maior utilidade, e outras vezes até por necessidade moral e indigência, como se mostra pelo próprio uso. Portanto, por razão, necessitam de algum direito pelo qual sejam dirigidas, corretamente ordenadas neste tipo de comunicação e sociedade. E embora, em grande parte, isso seja feito pela razão natural, ainda não é suficiente e imediato quanto a todas as coisas; por isso, alguns direitos especiais puderam ser introduzidos pelo uso das mesmas nações. Pois assim como em uma cidade ou província o costume introduz o direito, assim no gênero humano em todo ele, os direitos das nações puderam ser introduzidos pelos costumes, ou ainda mais, porque aqueles que pertencem a este direito são poucos, muito próximos do direito natural e que têm a mais fácil dedução, tão útil e conforme à própria natureza, que, embora não seja uma dedução evidente como sendo de si completamente necessária para os costumes, é ainda assim muito conveniente para a natureza e aceitável por todos”.

Por fim, a respeito da caracterização jurídica do *ius gentium* entre o direito natural e o civil, bem como de sua relação com preceitos naturais da razão humana:

Sed in hoc non est facienda vis, tum quia potuerunt uti voce illa in diverso sensu, tum etiam quia ius gentium est veluti medium inter ius naturale et civile. Nam cum primo convenit aliquo modo in communitate et in universalitate et facili illatione ex principiis naturalibus, licet non per absolutam necessitatem vel evidentiam, in quo conveniri cum humano iure; et ideo interdum aliqua praecepta naturalia, quae per solum discursum habentur, et illo indicio iuris gentium appellata sunt et similiter interponuntur exempla iuris gentium permixta cum naturalibus. Tamen in rigore loquendo et proprie distinguendo, rationes iurium, exempla etiam praecepta distinguenda sunt.³⁵⁹

Com base nessa derivação, e na atribuição de um caráter precipuamente jurídico à razão universal humana, Villey³⁶⁰ acusa Suárez de falsear o tomismo – por conferir à lei natural o estatuto de um conjunto de princípios latentes na realidade dos quais a razão individual extrairia normas jurídicas concretas, dotadas de conteúdo e significado³⁶¹. Se considerarmos os preceitos da razão prática (e também o jusnaturalismo) como uma inflexão entre o direito e a moral, Suárez teria sido responsável por dar ênfase às consequências *jurídicas* de tal inflexão – enquanto o tomismo tradicional faria pender a balança para o lado da moralidade. A distinção é mais profunda do que se pode imaginar: a amálgama entre *ius* e *lex*³⁶² que a

³⁵⁹ SUÁREZ, 1619, p. 111. Em tradução livre: “Mas, sobre isso, não se deve forçar a interpretação, tanto porque se poderia usar essa expressão em um sentido diverso, quanto porque o *direito das gentes* é, como que, um meio entre o direito natural e o direito civil. Pois com o primeiro ele concorda, de certa forma, na comunhão e na universalidade, e na fácil dedução a partir dos princípios naturais, embora não com necessidade absoluta ou evidência, no que se refere ao direito humano; e, portanto, algumas vezes, certos preceitos naturais, que são apenas tratados por meio de um raciocínio, são chamados de direito das gentes e, da mesma forma, exemplos de direito das gentes são misturados com preceitos naturais. No entanto, no rigor de um discurso correto e propriamente distintivo, as distinções entre os direitos, os exemplos e os preceitos também devem ser feitas”. O trecho em destaque é especialmente esclarecedor.

³⁶⁰ VILLEY, 2009, p. 412.

³⁶¹ “Mas estamos muito longe de são Tomás quando ele trata do direito natural: são Tomás quer extrair o direito da natureza exterior da observação das pólis e dos grupos humanos. É algo bem diferente extraí-lo da razão individual. E por que essa transformação? Reencontramos aqui a intenção de Suárez de dar ao direito natural a forma de regras: na natureza não se encontram regras prontas, mas uma certa teologia, ou uma certa filosofia, pode pretender que nossa razão conteria regras substanciais” – VILLEY, 2009, p. 413.

³⁶² Villey, acidamente: “Esse processo de confusão culmina com a obra de Suárez. Suárez avisa já no início do livro (1.2) que usará a palavra *jus* como sinônimo de *lex*. O truque deu certo. Bastou trair a terminologia. Os tomistas forjarão uma forma inédita de direito natural, afirmando vinculá-lo ao Tratado das leis da Suma.” – VILLEY, 2014, p. 171.

concepção escolástica do direito das gentes possibilitou inaugurar uma nova maneira de interpretar o jusnaturalismo:

Na Suma, a lei natural é moral e não tem incidência, pelo menos direta, sobre o direito. Mas do ponto de vista dos espanhóis ela tem insígnias vantagens: estar -segundo Paulo – “inscrita no coração de todo homem”; *vis innata*, disse Cícero, em que a palavra *natureza* muda de sentido. Em vez de designar o crescimento natural de uma ordem social, significa a imediatez de certas máximas gerais, extraídas da “natureza do homem”, estas funcionarão como axiomas. Por outro lado, como a lei natural está repetida no Decálogo, os teólogos se declaram seus intérpretes autorizados – acreditam possuir sua fórmula. Ela se torna quase positiva subentendendo-se com isso: ditada por Deus e alimento predileto dos clérigos. Sobre ela, estes forjarão um “direito natural” auto. denominado “cristão”, uma “doutrina social cristã” - o que já tem bem pouca conformidade com o espírito do autor da Suma dotado de autoridade quase religiosa. No século XVII, será secularizado apenas na aparência, quando a deusa “Razão”, legisladora, substituir o Deus dos cristãos³⁶³

Sabe-se que a posição de Villey é bastante crítica quanto à ideia de direitos humanos tal como concebida na contemporaneidade – sobretudo em decorrência de um alegado descompasso para com o pensamento filosófico-jurídico que embasou o discurso do Direito até a segunda Escolástica³⁶⁴. Villey destaca o vazio linguístico e conceitual da expressão “direitos do homem”, precisamente porque não é possível vislumbrar um conceito que lhe seja correspondente no direito romano³⁶⁵, e nem relacioná-lo com o plexo conceitual que a ideia de justiça atinge a partir do pensamento de Aristóteles³⁶⁶; como conclusão, “falar de um direito humano seria contraditório, incompatível com a ideia de direito”³⁶⁷. Para Villey, o percurso que os direitos humanos trilharam até as Declarações resultou em uma avalanche de direitos difusos e indistintos, exercíveis indeterminadamente e alheios à estrutura jurídica que encerra o homem no plano jurídico e interliga as partes bem definidas de uma relação

³⁶³ VILLEY, 2014, p. 172.

³⁶⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

³⁶⁵ “Tendo o direito se fragmentado em pedaços diversos, o uso atual é distinguir do ‘direito objetivo’, ou conjunto das leis positivas, o ‘direito subjetivo’: termos bárbaros. O ‘direito subjetivo’ (esta linguagem cheira à filosofia alemã) é um produto dos pandectistas” – Ibid., p. 67.

³⁶⁶ “Acabo de percorrer a Introdução geral ao direito do *Digesto*, que, para nossos ancestrais, era o ABC da educação jurídica. Nela nada encontrei que se parecesse com nossos ‘direitos humanos’, com a ideia moderna subjetivista do direito de liberdade de um sujeito, ou mandamento de um poder. Mas quão mais rica, e tirada da observação realista das atividades judiciárias, a noção grega do direito no que tange a reconhecer e ‘determinar’ na partilha das coisas entre cidadãos!” – VILLEY, 2019, p. 66.

³⁶⁷ Ibid., p. 96.

jurídica – segundo ele, um retrocesso no plano conceitual: “desconhecimento das finalidades do direito, não inocente, nem involuntário [...]”; uma linguagem cujo resultado mais claro é um mergulho na névoa”³⁶⁸. Não obstante, mesmo a explícita ressalva de Villey deixa evidente a especificidade e o feixe das nuances do jusnaturalismo que a escolástica carregará ao longo da Baixa Idade Média, a qual, imbuída da construção progressiva da ideia de subjetividade jurídica (conforme exposto no tópico precedente), culminará naquilo que se consagrou no ideário jurídico como “direitos humanos”. Tal fato permite concluir que o *ius gentium*, conforme a roupagem dada pela Escolástica a partir do jusnaturalismo tomista e do contexto jurídico medieval, é, de fato, o embrião dos direitos humanos:

[o conceito de *ius gentium*] Passa a ser entendido como um direito que considera as culturas dos povos como autoridade legítima que deve ser respeitada, uma consideração ao que foi construído ao longo do tempo pelos povos e que não temos direito de atropelar sob nenhuma alegação. [...] O conceito de Direito de Gentes, relativo ao que hoje conhecemos como Direitos Humanos, é importante porque, mesmo sendo um direito que se expressa numa positividade, numa norma escrita, tem na sua base uma racionalidade que considera as culturas, a diversidade de modos de manifestação cultural. E isso ao mesmo tempo em que busca a sua universalidade³⁶⁹.

É significativo o fato de que o ocaso da modernidade tenha coincidido com a consolidação da ideia de sujeito de direito, e, por consequência, a contemporaneidade tenha início justamente com a concretização dessa noção no ideário jurídico – por meio dos movimentos políticos que resultaram nas Declarações de direitos humanos. Há autores que defendem, inclusive, que o jusnaturalismo, enquanto teoria jurídica, acabou sendo simplesmente transmutado na teoria dos direitos humanos; e, portanto, as características principais das exigências da racionalidade em face do indivíduo e da estrutura estatal que aos poucos se consolida. Neste sentido:

³⁶⁸ VILLEY, 2019, p. 163.

³⁶⁹ CULLETON, Alfredo. **A origem dos Direitos Humanos está na releitura do Direito das Gentes.** [Entrevista cedida a] Patrícia Fachin. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 2 set. 2017. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/7035-a-origem-dos-direitos-humanos-estao-releitura-do-direito-das-gentes>. Acesso em: 14 dez. 2024.

Os direitos humanos, com efeito, nada mais são que o modo no qual se apresentam em nosso tempo – e de uma forma particularmente aguda – as instâncias mais profundas do jusnaturalismo. Os direitos humanos não são benévolas concessões que os Estados ou suas constituições fazem aos cidadãos [...]; constituem na verdade a maturação definitiva no nosso tempo da ideia – tipicamente jurídica – do primado da justiça no mundo humano.³⁷⁰

É inegável que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789 como o ponto culminante da Revolução Francesa (e, nesse sentido, o prelúdio da contemporaneidade), tem origem no pensamento jusnaturalista que a precedeu. Veicula os direitos universalmente atribuíveis aos homens por sua pura e simples condição humana; precisamente por isso, estabelece uma clivagem com relação ao jusnaturalismo clássico – na medida em que as teorias do direito natural da Antiguidade e do Medievo atribuíam ao ser humano a dignidade que lhe era cabível no grande esquadro da realidade ordenada (em Tomás de Aquino, precisamente por ser capaz de *participar* da lei eterna por intermédio da lei natural). Uma vez aprimorada e internalizada a noção de subjetividade jurídica, a Declaração parte do pressuposto de que o homem, abstrata e universalmente considerado, é portador de direitos inalienáveis e completamente independentes da convalidação estatal (o que possui uma estrutura argumentativa bastante semelhante às relações entre os preceitos da lei natural e a lei civil no jusnaturalismo de matriz aristotélico-tomista). “[...] a locução ‘direitos do homem’ é intercambiável com a expressão ‘direitos naturais’, ambas utilizadas no texto para designar a mesma realidade. Os direitos ali declarados são considerados naturais porque procedem da natureza do homem, da sua própria essência de pessoa, de ser racional”³⁷¹. Trata-se de uma reformulação da matriz jusnaturalista: declarar os direitos que o homem possui enquanto indivíduo, por força de sua própria natureza humana, significa o mesmo que afirmar que a lei civil deve buscar seus fundamentos nestes mesmos direitos caso possua a pretensão de justiça.

O próprio texto da Declaração é praticamente uma ode ao pensamento jusnaturalista, valendo-se, inclusive de um léxico amplamente utilizado pelos teóricos do direito natural – o que, evidentemente, resulta em um texto conceitualmente pleno, constituído pelo feixe semântico da tradição jusnaturalista sobre a qual se estrutura:

³⁷⁰ D’AGOSTINO, Francesco. **Diritto e giustizia**. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004. pp. 24-25. apud LACERDA, Bruno Amaro. Jusnaturalismo e direitos humanos. In: **Revista Interdisciplinar Do Direito**. Faculdade De Direito De Valença, v. 8. n. 1. pp. 105–112. 2001. Disponível em <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/321>. Acesso em: 3 out. 2024.

³⁷¹ LACERDA, 2011, p. 107.

Isto pode comprovar a filiação jusnaturalista dos direitos humanos, na medida em que os seus defensores, quando redigiram a Declaração de 1789, expuseram claramente que não estavam meramente *criando, por sua vontade, normas positivas*, mas que sua vontade *reconhecia direitos* cuja existência (como valor, como algo estimável) não dependia de qualquer positividade. Alguns direitos declarados, inclusive, já eram de certo modo *universalizados*, concebidos como atribuíveis a *qualquer homem*, e não somente aos cidadãos franceses, como no caso do art. 9º.³⁷²

É praticamente despidendo discorrer aqui sobre a relevância do discurso sobre os direitos humanos, uma vez que é notório que este discurso está profundamente arraigado no próprio conceito de Estado – ao menos na forma como se o conhece atualmente, vinculativamente ao Estado Democrático de Direito, que está inteiramente centrado na assecuração dos direitos individuais. Vale dizer, a expressão “direitos humanos”, aqui, não se limita a uma categoria supra-positiva de direitos condizente com os direitos e liberdades básicos que foram especificamente assim denominados (e formalizados por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948) – os direitos humanos *stricto sensu*.

A expressão “direitos humanos”, no escopo do presente trabalho, se refere à plêiade de direitos decorrentes da natureza humana e de sua racionalidade (as quais se desvelam em uma série de dimensões possíveis relacionadas às potencialidades e bens intrínsecos à natureza do homem); assim, abrange todas as categorias jurídicas sob as quais se possa relacionar, especificar ou hierarquizar tais direitos. Uma das maneiras pelas quais os direitos humanos *lato sensu* (originários, como se viu, do pensamento jusnaturalista) foram positivados no Estado contemporâneo é a sua cristalização sob a designação “direitos fundamentais”; um conceito jurídico indissociável do fenômeno do constitucionalismo. Vale dizer, esta amálgama entre todas as categorias jurídicas utilizadas para se referir aos direitos humanos básicos é utilizada também por Finnis, inclusive com referência ao *ius gentium* – o qual, após longas construções teóricas, amadureceu como o plexo de direitos humanos positivados:

³⁷² LACERDA, 2011, p. 109.

That portion of our positive law which consists of legal principles or rules giving effect to purposes such as those just listed was often named, by natural law theories, *ius* [or *jus*] *gentium*. Minted by jurists of classical Roman law such as Gaius (c. 165 AD), this name – literally “the law of peoples” – alludes to the set of rules and principles found in similar if not identical forms in virtually all legal systems. The reason for their ubiquity is, generally speaking, that any reasonable consideration of what it takes for individuals, families and other associations to live together in political society, tolerably well, will identify these principles and rules as necessary. In modern law they are picked out, in principle, by names such as “the general principles of law recognized by civilized nations” (Statute of the International Court of Justice, art. 38), *ius cogens erga omnes* (literally “law that is compelling [obligatory without agreement or enactment or other forms of adoption] in relation to [for/on, ‘against’] everyone”), “higher law”, or “fundamental human rights.” In Aquinas’s theory of law, they are referred to as *conclusions* (entailments) of the very highest-level, most general moral principles. In the common law tradition, the legal wrongs picked out by such principles have been called *mala in se*, as distinct from *mala prohibita* – things wrong in themselves as distinct from things wrong only because prohibited by (positive) law – and this distinction remains, for good reason, in use in judicial reasoning.³⁷³

O surgimento do Estado constitucional no Ocidente é um trajeto paralelo à consolidação dos direitos humanos nas ordens jurídicas estatais. A partir de sua positivação nas cartas constitucionais, os direitos fundamentais passaram a receber a designação de “direitos e garantias individuais”, convertendo o processo de *reconhecimento e declaração* que estava na gênese do discurso sobre direitos humanos em uma efetiva procedimentalização e assecuração pelas ordens jurídicas – de tal forma que o Estado se legitima precisamente na medida em que é capaz de *garantir, individualmente*, todo o plexo de direitos atribuíveis aos cidadãos:

[...] os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas. Por outras palavras ainda que são as de um influente filósofo da actualidade: se se deseja falar de direitos no sentido de direito positivo é preciso distinguir entre *droits de l'homme* na qualidade de normas de acção moralmente justificadas e *droits* de l'homme enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo.³⁷⁴

³⁷³ FINNIS, John. Natural Law Theories. In: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2024/entries/natural-law-theories/>. Acesso em: 12 jan. 2025

³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018. p. 377.

Se os direitos humanos *stricto sensu* são a vertente propriamente jurídica dos direitos naturais, os direitos fundamentais são a vertente positivada dos direitos humanos *stricto sensu*. É possível prosseguir na seriação: falar dos direitos da personalidade como a vertente privatista dos direitos fundamentais, das garantias penais, dos princípios processuais e das inúmeras e variadas formas pelas quais uma ordem jurídica é capaz de absorver e instanciar a gama de direitos humanos. Sabe-se que as categorias sucessivas “direitos naturais”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, embora derivem matricialmente da mesma raiz, representam categorias diversas, representativas de âmbitos distintos do Direito e da teoria jurídica; manifestam-se em respectivos territórios específicos e são, ao fim e ao cabo, fenômenos e conceitos jurídicos fundamentalmente diversos entre si. Apesar disso, em virtude de sua origem matricial comum e, sobretudo, da coerência argumentativa do presente trabalho (que pretende estabelecer a relação entre o jusnaturalismo neoclássico e a *ideia de* direitos atribuíveis ao ser humano), para efeitos de leitura deste texto, todas estas categorias estão englobadas sob a designação “direitos humanos” – devendo-se lê-la aqui, portanto, como *direitos humanos lato sensu*. Finnis adota o mesmo expediente.³⁷⁵

Destaca-se, porém, a maneira por meio da qual Canotilho refere, subrepticamente, a ambivalência basilar dos direitos fundamentais: são *droits de l’homme*, no sentido de que foram incorporados à ordem jurídica e apresentariam, portanto, uma faceta positivista; mas são também *droits de l’homme*, no sentido de que se remetem, *imediata e fundamentalmente*, à natureza ontológica de seu titular, o ser humano. Em sua gênese, o fenômeno dos direitos fundamentais igualmente aponta para uma origem diretamente atribuível ao jusnaturalismo. Em primeiro lugar, há autores que estabelecem uma relação indissociável entre o pensamento jusnaturalista e o próprio constitucionalismo, fundada sobretudo na perpetuação de estruturas e linhas mestras dos arranjos jurídicos e políticos ao longo da História e na culminação destes em um arcabouço protetivo dos direitos individuais fundamentais.

³⁷⁵ “Quase tudo neste livro diz respeito a direitos humanos (‘direitos humanos’ sendo uma expressão contemporânea que se refere aos ‘direitos naturais’: uso esses termos como sinônimos). Pois que, como veremos, a moderna gramática dos direitos proporciona um modo de expressar virtualmente todos os requisitos da razoabilidade prática. De fato, essa gramática de direitos é tão ampla e flexível em seu alcance que sua estrutura é geralmente pouco entendida; mal-entendidos nas discussões a respeito de direitos, e a respeito de direitos (supostamente) particulares e do âmbito deles, são conseqüentemente muito freqüentes” – FINNIS, 2007, p. 195.

A esse respeito, o eminente constitucionalista Manuel Gonçalves Ferreira Filho³⁷⁶ aborda a linha histórica que esta estrutura percorreu, desde o que Charles Howard McIlwain chama de “constitucionalismo antigo” – pautado por sistemas de limitação de poder (como a divisão de poderes na República Romana e a *graphe paranomon*, um procedimento judicial em Atenas cujo objeto era a anulação de leis que contrariassem o Direito – um embrião, portanto, da ideia de controle abstrato de constitucionalidade)³⁷⁷. Segundo o autor, o direito medieval era essencialmente jusnaturalista, e alguns institutos e dispositivos jurídicos reproduziram o manifestaram esta inspiração, como a Bula de Ouro outorgada na Hungria em 1222, limitando o poder real, e a Magna Carta de 1215, que promulga os direitos dos ingleses em face do rei. Após as declarações de direitos, abordadas acima, o fenômeno do constitucionalismo teria emergido com toda a sua força nas sociedades ocidentais, tendo o jusnaturalismo latente na raiz da doutrina do Poder Constituinte. O autor menciona o livreto *Qu'est-ce que le Tiers État?*, de Sièyes, que idealiza o poder constituinte a partir do processo de estruturação das sociedades políticas tendo o governo como obra de um poder próprio e exclusivo da nação, mas que igualmente se subordina ao direito natural:

A nação possui permanentemente esse Poder Constituinte que não se esgota em qualquer de suas manifestações e pode exprimi-lo do modo que queira. Com efeito, seria ridículo – o adjetivo é por ele empregado, “supor a nação presa por formalidades ou subordinada à Constituição sujeita apenas os seus mandatários”. A vontade da nação é a “lei suprema”. O Poder Constituinte, pelo qual se exprime a nação, pode tudo. Entretanto, expressamente ressalva Sièyes, acima dele e da nação está o direito natural. Este, portanto, impera sobre a nação e o Poder Constituinte, tese que não rejeita o direito pós-moderno.³⁷⁸

Ao seu passo, o constitucionalismo característico da pós-modernidade teria trazido consigo elementos deste radical jusnaturalista, mesmo que sob a roupagem de ruptura com a modernidade. Uma destas ideias, segundo o autor, é a existência de um direito supra-positivo, que se manifesta exemplarmente no art. 20, alínea 3, da Lei

³⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural: uma relação inelidível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 6. pp. 642-653. jul-dez.2005. Disponível em: <https://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/309>. Acesso em: 5 ago. 2024.

³⁷⁷ Ibid., p. 644.

³⁷⁸ Ibid., p. 650.

Fundamental Alemã de 1949³⁷⁹, bem como a supremacia dos direitos fundamentais, os quais são vistos no direito hiper-moderno (expressão equivalente à contemporaneidade) como “inerentes à própria ideia de Constituição”³⁸⁰. Para o autor, é incontestável que o pensamento jusnaturalista acompanha o constitucionalismo ao longo de toda a história jurídica do Ocidente:

No Constitucionalismo “antigo” – sempre adotando a fase como mensurada por McIlwain - nasce a ideia de Direito Natural que particularmente se desenvolve no período medieval. No Constitucionalismo “moderno”, refulge nas declarações, leva à própria ideia de Constituição e fundamenta as principais doutrinas que formam a ossatura do direito constitucional. No Constitucionalismo “hiper-moderno” são os direitos fundamentais, progênie do Direito Natural, o seu grande objetivo, a mola mestra de seu desenvolvimento.³⁸¹

O direito natural, conseqüentemente, culminará no arcabouço de direitos fundamentais incrustados nos documentos constitucionais³⁸² – fato que os diferencia, conceitualmente, dos direitos humanos *stricto sensu*. Trata-se, portanto, de uma nova convolação do pensamento jusnaturalista, o qual assume uma dimensão concretizável

³⁷⁹ Diz o mencionado dispositivo: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden” – ALEMANHA. [Lei Fundamental (1949)]. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Bonn: Verlag des Grundgesetzes, 1949. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg>. Acesso em: 7 mar. 2025. Em tradução livre, “O poder legislativo está subordinado à ordem constitucional, e o poder executivo e o judiciário estão subordinados à lei e ao direito”.

³⁸⁰ FERREIRA FILHO, 2005, p. 651.

³⁸¹ Ibid., p. 652.

³⁸² Não se ignora a existência de posições contrárias a este vínculo entre o jusnaturalismo e os direitos fundamentais. A respeito da suposta impossibilidade de alicerçar os direitos fundamentais no jusnaturalismo, mencionamos as seguintes considerações de Gregorio Peces-Barba: “Historical achievements or class interests are hidden under the mask of respectability in the shape of an impossible objectivity, and this doesn't make fundamental rights stronger, it makes them weaker. When the intellectual foundations of fundamental rights are demolished, the whole building collapses. Power, that power that has been shaped in the modern world in the guise of the State, is not sensitive to external ideas of reason. If no morality is assumed by the State, fundamental rights will themselves be a forceless morality and politics will be a conscienceless force” – PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Fundamental Rights: between morals and politics. In: **Ratio Juris**. v. 14. n. 1. pp. 64-74. 2001. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/MARFRB>. Acesso em: 17 jan. 2025. O argumento de Peces-Barba, no entanto, é bastante simples e falha já em sua premissa: reduz o jusnaturalismo ao arcabouço teológico do direito natural pré-moderno, ignorando todo o processo de laicização e fundamentação filosófica que a teoria jusnaturalista experimentou após a modernidade. De mais a mais, a própria linha central do artigo mencionado é o lugar intermediário em que os direitos fundamentais se situam: *entre a moral e a política* – que é precisamente o *locus* do direito natural.

que se reveste de função normativa³⁸³. Esta paralelização funcional entre ambos, entretanto, não é imediata: Anderson Vichinkeski Teixeira³⁸⁴ revisita a normogênese dos direitos fundamentais para situar uma categoria intermediária: os *direitos públicos subjetivos*, oriundos do pensamento de Georg Jellinek. O surgimento e consolidação do Estado moderno notoriamente preservou alguns elementos do jusnaturalismo de matriz judaico-cristã, sobretudo a ideia de pessoa humana (em uma percepção que, ao direcionar-se à individualidade e à subjetividade, reformulou o paradigma valorativo da relação que se estabelece entre o Estado e o sujeito) e o princípio da dignidade humana (o qual torna o ser humano como ponto de origem e corolário de todos os direitos e das estruturas normativas mais fundamentais). É notável, ainda segundo Teixeira, que as declarações de direitos do século XVIII tiveram o condão de romper “com os limites que o direito natural impunha, sobretudo devido ao seu elevado grau de abstração e desvinculação com as ordens jurídicas positivas”³⁸⁵, muito embora também se lhes atribua a característica de objetivarem que as leis posteriores reconhecessem tais direitos e os tutelassem. Para suprir a indeterminação semântica dos direitos humanos no contexto do constitucionalismo, Jellinek introduziu a categoria dos direitos públicos subjetivos, os quais

surgem como uma categoria que assegurava tanto direitos garantidos formal e expressamente pelo Estado – que chegaram a ser chamados de direitos reflexos, já que seriam mero “reflexo” do direito positivo – quanto direitos subjetivos materiais que consistiriam apenas na constatação de um interesse individual reconhecido expressamente ou implicitamente pelo ordenamento jurídico”. Mas como o fato de ambos poderem estar expressamente previstos pelo direito positivo causaria uma confusão conceitual, a medida exata do direito público subjetivo material seria dada pelo interesse subjetivo material ou pela pretensão jurídica material subjacentes, operando, assim, um alargamento das hipóteses normativas originariamente previstas para dada norma jurídica que tutela certo direito.³⁸⁶

³⁸³ Para um panorama histórico (ainda que sintético) da construção dos direitos fundamentais no ideário jurídico e constitucional ocidental, ver também LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 98. 2003. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67595>. Acesso em: 18 jan. 2025.

³⁸⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. *In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (coord.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. v. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 9-24.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 12.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 13.

Surge aí, então, a possibilidade de determinação dos critérios (formais ou materiais; diretos ou indiretos) para a contraposição dos direitos subjetivos em face do Estado. Jellinek é bastante claro ao condicionar a existência dos direitos públicos subjetivos à preexistência de uma ordem jurídica estrutural que proteja e reconheça o bem ou o interesse do indivíduo³⁸⁷ – e, portanto, atribua ao indivíduo a condição de pessoa jurídica. Não obstante (e aí se manifesta o caráter mais evidente do substrato jusnaturalista dos direitos fundamentais), a qualificação dos *status* aponta precipuamente para uma *condição ontológica*, e não um inventário jurídico de direitos positivados dos quais o indivíduo seria possuidor apenas na medida em que o Estado os tivesse convalidado:

Jellinek descreve de formas diversas o que é um status. Importância central tem sua caracterização como "uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo". Nesse sentido, um status é alguma forma de relação entre cidadão e Estado. Como uma relação *que qualifica o indivíduo*, o status deve ser uma *situação*, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o "ser" e não o "ter" jurídico da pessoa.³⁸⁸

Há, assim, quatro *status* possíveis da relação que se estabelece entre o indivíduo e o Estado:

a. *Status subiectionis*. Nesta dimensão, o indivíduo encontra-se na condição de assujeitado ao Estado, na posição de destinatário passivo do exercício do poder estatal e, por conseguinte, não se caracteriza como sujeito de direitos (apenas sujeito a deveres)³⁸⁹. Trata-se de uma concepção incompatível com a natureza do Estado, pertinente “somente à mística personalidade pré-estatal, da especulação do direito natural”³⁹⁰.

b. *Status libertatis*. Aqui, o poder absoluto do Estado está em questão. A soberania é, evidentemente, um poder que deve ser limitado na medida do interesse

³⁸⁷ TEIXEIRA, 2014, p. 14.

³⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 255.

³⁸⁹ Vale destacar aqui, novamente, a etimologia da palavra “sujeito” em seu limiar semântico. O sujeito é alguém que se submete, ou que é submetido – o *sujet* é, ao mesmo tempo, sujeito e súdito (ou, ainda, sujeito *enquanto é súdito*). A própria ideia de subjetividade possui uma dimensão política intrínseca.

³⁹⁰ TEIXEIRA, op. cit., p. 15

geral da sociedade que o compõe. O sujeito adquire, aqui, a prerrogativa de defesa em face do poder estatal, o que se constitui em um reconhecimento da sua esfera de liberdade e caracteriza o cerne dos direitos fundamentais de primeira geração.

c. *Status civitatis*. Em tal condição, o Estado se posiciona como responsável pela satisfação do interesse público por meio do atendimento aos interesses privados devidamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Fala-se aqui de uma situação de natureza *prestacional*, sempre intermediada pela ideia de interesse público, e que possuem relação com os direitos fundamentais de segunda geração (ou direitos sociais).

d. *Status activae civitatis*. Na quarta e última dimensão relacional, o indivíduo é visto como partícipe da atividade mesma do Estado, em uma condição que lhe atribui, subjetivamente, o direito de atuação política na esfera de competência que o ordenamento lhe assegura. É o gérmen dos direitos políticos, de cidadania ou de participação, em uma perspectiva preponderantemente ativa.

Em um panorama jurídico-constitucional, o exercício de um direito fundamental usualmente agrupa mais de um *status*. A relação entre indivíduo e Estado assume uma perspectiva plurifacetada na medida em que os direitos fundamentais se concretizam, manifestando-se de maneiras diferentes de acordo com o nível, o grau, o detalhamento conferido pela lei e a situação específica. Vichinkeski³⁹¹ menciona, como exemplo, o direito à educação, que é tradicionalmente associado à categoria de direito prestacional (manifestando, precipuamente, o *status civitatis*), mas que pode, em determinadas circunstâncias, ser concretizado por meio de simples imposições estatais ligadas aos limites da obrigatoriedade municipal de fornecimento de vagas em creches, por exemplo (o que posicionaria tal manifestação do direito fundamental no *status subiectionis*). Acrescentam-se aqui, ainda, as hipóteses de liberdade de cátedra no exercício da educação (art. 206, II, da Constituição de 1988³⁹² – *status libertatis*) e da gestão democrática dos espaços educacionais (art. 206, IV, da Constituição³⁹³ – *status activae civitatis*).

³⁹¹ TEIXEIRA, 2014, p. 19.

³⁹² “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” – BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2025.

³⁹³ “VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei” – BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República,

A análise da teoria dos quatro *status* sob a perspectiva constitucional dos direitos exercidos na relação entre indivíduo e Estado permite compreender o trajeto histórico dos direitos humanos. Apesar de Vichinkeski defender³⁹⁴ que esta releitura teria por escopo a depuração das influências ideológicas judaico-cristãs do direito natural, há duas conclusões diretamente relacionadas ao âmbito do presente trabalho.

A primeira delas é a conclusão a que chega o próprio autor – bastante pertinente à estrutura ontológica dos direitos fundamentais no contexto da consideração axiológica do sujeito de direitos: a possibilidade de

repensar a condição teórico-normativa dos direitos sociais a partir da natureza específica do direito em questão, de modo a encontrar soluções normativas capazes de otimizar a relação entre a dimensão ontológica e a dimensão normativa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais³⁹⁵.

A segunda, e mais relevante, é a “relação de continuidade entre a teoria dos direitos públicos subjetivos e a doutrina dos direitos humanos”³⁹⁶. Ora, esta relação se encontra no intermédio dos direitos fundamentais enquanto estruturas constitucionais diretas, positivadas e concretas, de um lado; e dos princípios do direito natural em relação à condição ontológica do homem, de outro. É bem verdade que este trajeto histórico foi marcado por uma série de eventos políticos no campo da práxis, e consequentemente por diversas derivações filosóficas e teóricas; a consequência da complexidade deste processo é a necessidade de levar em conta as relevantes clivagens de perspectiva conceitual. Não é possível, em virtude disso, estabelecer uma relação direta e imediata entre o pensamento jusnaturalista clássico e a efetivação dos direitos humanos *lato sensu* (designação na qual se incluem os direitos fundamentais em sua acepção contemporânea). É possível, porém, perceber que há um percurso orientado, um liame histórico-filosófico entre os dois extremos – de tal maneira que, ao fim e ao cabo, os direitos subjetivos dos ordenamentos jurídicos na contemporaneidade se referem ao escopo do direito natural. É precisamente em virtude disso que sua interpretação e aplicação *pertence* precipuamente ao território

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2025.

³⁹⁴ TEIXEIRA, 2014, p. 20.

³⁹⁵ Ibid., p. 21.

³⁹⁶ Ibid., p. 20.

do jusnaturalismo. É neste âmbito que tais direitos assumem sua máxima manifestação.

4.3 Direitos humanos na perspectiva finnisiana

A questão dos direitos subjetivos assume um papel fulcral no desenvolvimento do jusnaturalismo contemporâneo, especificamente o de matriz neotomista.

Para Finnis, os direitos humanos ou naturais (para ele, sinônimos) são direitos fundamentais e gerais. Considerando o papel que o Direito historicamente constituiu para si mesmo no sentido de regulamentar a vida humana e “dar orientação abrangente e suprema para o comportamento humano na comunidade”³⁹⁷, a compreensão dos direitos subjetivos passa a ser imediatamente associada ao ordenamento normativo de uma sociedade – sociedade esta que, juridicamente, *se refere* aos direitos subjetivos (quer tal referência equivalha ao reconhecimento, à convalidação ou à origem mesma de tal direito; a opção por uma dessas três perspectivas marca, em última instância, limites teóricos basilares quanto ao Direito natural ou positivo). Para Finnis, a concretização dos direitos subjetivos por meio da organização sistêmica de um ordenamento jurídico acaba buscando seus alicerces, ainda que remotamente, na categoria de direitos morais fundamentais³⁹⁸. Finnis afirma, ainda, que a lógica do discurso contemporâneo sobre direitos é aplicável tanto aos direitos “legais” quanto aos direitos “naturais”, e a aplicação desta lógica igualmente possibilita a compreensão de outros elementos do argumento do pensamento jusnaturalista, como a autoridade e a obrigação³⁹⁹.

Para clarificar essa relação, Finnis explica a estrutura fundamental da compreensão jurídica da ideia de “direito” na contemporaneidade. O jurista estadunidense Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918) promoveu uma análise dos direitos que engloba os diferentes usos da expressão “direito”; segundo esta análise, todo direito pode ser suficientemente reduzido a uma combinação de quatro relações intersubjetivas possíveis: (a) reivindicação, (b) liberdade, (c) poder e (d) imunidade.

³⁹⁷ FINNIS, 2007, p. 255.

³⁹⁸ Ibid., p. 196.

³⁹⁹ FINNIS, loc. cit.

Afirmar um direito, em tal composição, é estabelecer uma relação entre três termos: o titular do direito, a descrição do ato e uma outra pessoa. A estrutura estabelecida por Hohfeld é aplicável de maneira muito evidente a relações jurídicas particulares (como no caso em que A possui o direito de exigir uma certa quantia de B por força de um contrato), mas também a direitos abstratos – posto que, em alguns casos, os direitos são invocados perante uma multiplicidade indefinida de indivíduos e não apenas a um indivíduo específico (como no caso de A invocar seu direito de não ter sua propriedade turbada por parte de B, C, D, etc.; em uma relação *multital*). Finnis afirma que esta estrutura é, em tese, capaz de explicar os direitos humanos. Correntemente, porém, observa-se que o discurso sobre direitos assume outra forma: uma relação dual entre *um indivíduo e uma coisa* (diz-se, exemplificativamente, que A tem direito ao uso, gozo e fruição da propriedade, ou que A possui um crédito) – em uma estrutura lógica que pode se mostrar útil quando se considera direitos como o direito à vida, por exemplo. Do ponto de vista jurídico, expor a lógica do direito subjetivo desta maneira desperta uma questão fundamental: “qual [...] o princípio subjacente que unifica os vários tipos de relações que se pode afirmar [...] dizer respeito aos ‘direitos’? [...] Existe alguma explicação geral do que consiste ter um direito?”⁴⁰⁰ Para Finnis, é insuficiente tratar os direitos como se fossem meros reflexos de deveres correlatos atribuíveis a outrem, dado que um tal princípio subjacente não seria referente à escolha individual, à determinação das liberdades de uma pessoa por outra ou às concessões que o ordenamento faz – mas, sobretudo, aos aspectos do florescimento humano (traduzidos, no discurso jurídico corrente, por benefícios essenciais para a manutenção da vida do desenvolvimento e da dignidade individual, ou como necessidades básicas ou fundamentais). Trata-se, sobretudo, de um *discurso sobre direitos* – portanto, uma maneira de compreendê-los. Para Finnis, então, um direito se manifesta

sempre que um princípio ou requisito básico de razoabilidade prática, ou uma regra derivada dele, dê a A, e a cada um e a todos os outros membros de uma classe a que A pertença, o benefício de (i) um requisito positivo ou negativo (obrigação) imposto a B (inclusive, *inter alia*, qualquer requisito de não interferir na atividade de A ou na fruição de A de alguma outra forma de bem), ou da (ii) capacidade de fazer com que B esteja sujeito a tal requisito,

⁴⁰⁰ FINNIS, 2007, p. 200.

ou da (iii) imunidade de ser ele mesmo submetido por B a qualquer requisito desses.⁴⁰¹

Parece suficientemente claro que a percepção dos direitos está diretamente ligada à fruição dos bens humanos básicos. Apesar disso, a necessidade de associá-los a um detentor não escapa a Finnis: ele capta adequadamente e menciona o percurso que a concepção da subjetividade jurídica obteve ao longo da modernidade, com base na compreensão do termo “*jus*”. Houve, segundo ele, um divisor de águas logo após Tomás de Aquino, para quem o termo *jus* seria referente, primariamente, à manifestação da justiça⁴⁰²; a partir de Francisco Suárez, contudo, passou-se a utilizar o termo em imediata associação a alguém, com relação a quem o *jus* seria um tipo de prerrogativa individual que manifestaria a justiça equitativa ou comutativa: o “verdadeiro, estrito e próprio significado de ‘*jus*’ é uma espécie de poder moral [*facultas*] que todo homem tem, quer sobre sua própria propriedade, quer em relação àquilo que lhe é devido”⁴⁰³. Como se viu acima (e Finnis não omite tal percurso histórico) a *facultas* é convertida em qualidade moral por Grócio, e a partir daí passa a ser indissolúvel e inequivocamente ligada ao sujeito que a detém. A conclusão a que Finnis chega é de que, em sua origem, a ideia de direito não está ligada à noção precedente de *dever*, como na lógica jurídica tradicional de Hohfeld (para quem o direito de A, em qualquer de suas modalidades, implica necessariamente no dever correlato de B, em relações jurídicas particulares, e da coletividade, para relações multitaís). Ao contrário, o direito está ligado precipuamente à realização da razoabilidade prática nas relações interpessoais – ainda que neste raciocínio o conceito de dever revesta-se de uma relativa importância para se estabelecer um vínculo com o bem comum:

[...] quando a questão é explicar os requisitos da justiça, o que fazemos nos referindo às necessidades do bem comum em seus vários níveis, então descobrimos que há razão para se tratar o conceito de dever, obrigação ou

⁴⁰¹ FINNIS, 2007, pp. 201-202.

⁴⁰² ST, *Ilallae*, q57, art1, c. Lê-se: “Eis por quê, de modo especial e acima das outras virtudes, o objeto da justiça é determinado em si mesmo e é chamado justo. Tal é precisamente o direito. Toma-se, assim, manifesto que o direito é o objeto da justiça”; no original, com expressa menção ao termo *jus*: “Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quod ius est obiectum iustitiae.”

⁴⁰³ SUÁREZ *apud* FINNIS, 2007, p. 203. O trecho em questão está em *De Legibus*, I, ii, 5.

requisito como tendo um papel explanatório mais estratégico do que o conceito de direitos. O conceito de direitos não é por isso de menor importância ou dignidade, pois o bem comum é precisamente o bem dos indivíduos cujo *benefício*, do cumprimento do dever por parte de outrem, é *direito* deles porque *exigido* daqueles outros com justiça.⁴⁰⁴

Trata-se, assim, de compreender os direitos como manifestações da razoabilidade prática nas relações intersubjetivas ou nas relações entre os indivíduos e o Estado.

Uma vez que os direitos humanos *stricto sensu* são tidos como o corolário do pensamento jusnaturalista, Finnis não se exime de abordar a sua estrutura – mas o faz a partir da perspectiva do bem comum e da razoabilidade prática, precisamente para clarificar a dinâmica funcional do discurso corrente que afirma os direitos subjetivos em relações de dois termos (da forma *X tem direito a Y*). A análise de Finnis é bastante acurada: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 serviu de modelo praticamente unânime às democracias ocidentais no desiderato de afirmar os direitos fundamentais e inalienáveis dos indivíduos, mas a forma como foi redigida ressalta dois caracteres. O primeiro deles é a utilização de duas fórmulas lógicas, uma afirmativa (na forma “Toda pessoa tem direito a...” e outra negativa (na forma “Ninguém será...”); e ambas as formas, com a devida utilização de conectores lógicos, são perfeitamente intercambiáveis. O segundo, a seu passo, é a percepção de que tais direitos estão sujeitos a limitações, expressamente veiculadas pelo art. 29, item 2, da Declaração, segundo o qual

No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ FINNIS, 2007, p. 206.

⁴⁰⁵ NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Brasília, DF: UNICEF, [2023?]. Adotada e proclamada em 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 jan. 2025.

A acuidade analítica e a perspicácia de Finnis consistem em dessumir a estrutura dinâmica da especificação, do fundamento e do exercício dos direitos humanos. Finnis destaca que a expressão “exercício de seus direitos e liberdades” corresponde apenas aos direitos postulados por meio da primeira formulação, qual seja, na forma afirmativa. Considerando a plena intercambiabilidade entre ambas as formulações, a utilização de uma forma ou de outra foi intencional por parte da Declaração, o que leva à conclusão de que direitos humanos apresentados na forma “Ninguém será...” (submetido a tortura, arbitrariamente preso ou privado de sua nacionalidade ou propriedade, etc.) possuem um conteúdo já dotado de força conclusiva⁴⁰⁶. A seu passo, os direitos prescritos por meio da primeira formulação, na forma “Todo ser humano tem direito a...” admitiriam, por força da própria Declaração, a possibilidade de limitação com base em quatro fundamentos específicos: (i) os direitos e liberdades de outrem; (ii) a moralidade pública; (iii) a ordem pública; e (iv) o bem-estar geral.

O exercício dos direitos por outrem representa uma limitação lógica evidente por si mesma; e as expressões “moralidade pública” e “ordem pública” possuem sentidos bastante específicos que, na leitura de Finnis, são muito próximas de uma perspectiva jusnaturalista⁴⁰⁷. Ainda que a análise dos elementos precedentes seja bastante rica (Finnis se refere a ambos como “o sistema necessário para que eles [os direitos humanos] possam ser exercidos”⁴⁰⁸) o núcleo do argumento de Finnis se encontra na expressão “bem-estar geral” e na necessidade de alcançar seu verdadeiro alcance semântico. Ora, ao longo de sua obra, Finnis é bastante enfático ao destacar a inaceitável vagueza e inépcia da expressão “bem-estar geral” em um contexto de determinação política. Nesta questão específica, Finnis destaca que todos os direitos previstos pela Declaração (propriedade, liberdade, personalidade jurídica, o casamento, instrução, pensamento, crença, etc.) são, em geral, instancias de diversos aspectos do bem-estar humano, “contornos do bem comum” – de forma que a expressão “bem-estar geral” é, em realidade, *a resultante* do exercício desses mesmos direitos:

⁴⁰⁶ FINNIS, 2007, p. 208.

⁴⁰⁷ A despeito da vagueza das locuções, Finnis propõe uma determinação que não esgote seu conteúdo semântico e, ao mesmo tempo, seja capaz de relacioná-las com o conteúdo de questões trazidas pelo jusnaturalismo clássico: a moralidade “em seu sentido estranhamente restrito, o sexual” (Ibid., p. 212), e a ordem pública no sentido de estabilidade das instituições políticas (tal como o plano no qual Tomás colocou a questão da força cogente das leis).

⁴⁰⁸ Ibid., p. 215.

Por um lado, não devemos dizer que os direitos humanos, ou o exercício deles, dependem do bem comum, pois a manutenção dos direitos humanos é um componente fundamental do bem comum. Por outro lado, podemos adequadamente dizer que a maioria dos direitos humanos está sujeita ou é limitada por cada um e por todos os outros aspectos do bem comum, aspectos que poderiam provavelmente ser subsumidos em uma concepção muito ampla de direitos humanos, mas que são adequadamente indicados (difícilmente se poderia dizer que são descritos) por expressões como “moralidade pública”, “saúde pública” e “ordem pública”.⁴⁰⁹

Nesta perspectiva, os direitos humanos são compreendidos como manifestações diretas do bem humano, formas de determinação do florescimento que constituem linhas mestras para a organização comunal. Finnis é muito claro em afirmar, porém, que sua aplicabilidade não é imediata nas comunidades politicamente organizadas se insistirmos no discurso corrente que apresenta os direitos humanos básicos na forma dual (“X tem direito a Y”). Para que os direitos possam adquirir força concludente em relações intersubjetivas concretas, é preciso traduzi-los em relações de três termos, nas quais o terceiro termo tem a função de especificar condições, limites, identificação dos atos e responsáveis relativos ao dever de fazer valer o direito em questão, as liberdades envolvidas e demais aspectos concretos do seu exercício:

Though statements of them standardly take the two-term form “[Each person] has the [right to life]” or “[A, like everyone else] has the [right not to be tortured]”, a specification of them that is sufficient to guide choice needs to be in three-term form. Such a specification will – to take the central case – identify not only the (classes of) persons who have the right, and the interest of theirs that they have the right to (respect for or promotion of), but also the persons who have that duty of respect or promotion of interest and the kind of choice (to act or forbear) that is required of them to fulfil that duty. (“Interest” is shorthand for an element in a person’s well-being, in such persons’ flourishing.)⁴¹⁰

Tal tradução é organizada por meio dos arranjos específicos promovidos pelas comunidades, posto que, embora haja uma certa uniformidade substancial quanto ao conceito ou ao conteúdo de um direito tido como humano ou fundamental, é

⁴⁰⁹ FINNIS, 2007, p. 213.

⁴¹⁰ FINNIS, John. **Human rights and common good**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 2.

perfeitamente possível que as concepções efetivas desse mesmo direito em termos de limites e condições de exercício divirjam consideravelmente ao longo do tempo ou entre as sociedades⁴¹¹. Sociedades estruturam seus sistemas jurídicos com base em concepções de padrões de conduta e florescimento, e, na sequência, elegem especificações de direitos que, segundo seu critério, melhor propiciem o atingimento de tais padrões. Estes arranjos, segundo Finnis, serão mais ou menos razoáveis precisamente na medida em que observarem os parâmetros exigidos para a adequação dos sistemas jurídicos enquanto expressão da razoabilidade prática – o que equipara a estrutura sistêmica dos direitos humanos ao pensamento jusnaturalista em duas frentes: em primeiro lugar, por meio da aproximação à tese fundamental do jusnaturalismo (qual seja, a de que há uma conexão indissociável entre o direito e um conjunto de razões suficientes para a conformidade da conduta humana, e de que a lei manifesta esta razoabilidade por meio do direcionamento ao bem comum da comunidade política); em segundo, por meio da atualização do pensamento jusnaturalista no contexto da contemporaneidade política:

Se sua lógica [dos direitos humanos] e seu lugar na razoabilidade prática a respeito do florescimento humano são mantidos em mente, o uso moderno de reivindicações de direito como principal ficha no discurso político deve ser reconhecido (a despeito de suas origens dúbias no século XVII e de seu uso abusivo por parte de fanáticos, aventureiros e egoístas do século XVIII até hoje) como acréscimo valioso ao vocabulário ortodoxo da razoabilidade prática (isto é, à tradição da "doutrina da lei natural").⁴¹²

O papel que a noção de florescimento humano desempenha é fundamental para compreender a dinâmica jurídica que fundamenta o discurso sobre os direitos humanos básicos. A primeira questão que subjaz ao próprio conceito de “direitos humanos” é o fundamento unificador que estende a todos os seres humanos um mesmo núcleo de direitos, elevado acima da própria jurisdição estatal e tido como critério ao qual os ordenamentos jurídicos e governos civis devem se adequar. A questão é mais complexa do que a percepção dos bens humanos básicos como componentes da natureza humana, porquanto tais direitos se pretendem oponíveis a

⁴¹¹ FINNIS, 2007, p. 214.

⁴¹² Ibid., p. 216.

outrem e até mesmo ao Estado, vinculando a atuação estatal e direcionando a organização mesma da comunidade política:

In all these ways, at least, what can be true of certain elemental human rights accurately defined is more or less clearly not true of many rights constitutionally, legislatively, or judicially declared to be human: that they are properly enforceable against anyone and everyone's conceptions of common good or public interest. Unjustly established legal human rights are "human rights", not human rights (except for purposes of intra-systemic discourse within that legal system). And the same can be said for rights which are legally declared, in a given jurisdiction, to be human rights but which there and in other places could just as well be different in their content, force, and effect.⁴¹³

O que está em jogo é precisamente a relação que este arcabouço de direitos subjetivos básicos, compreendidos no âmbito de um argumento jusnaturalista, desempenha com ordenamentos jurídicos reais, politicamente estabelecidos e legalmente operantes; bem como a compreensão de que o bem comum a ser atingido se reflete no "real bem-estar de indivíduos de carne e osso"⁴¹⁴. Em outras palavras, é possível posicionar esta questão no território da relação entre o direito natural e o direito positivado, trazendo à tona novamente um dos problemas basilares do jusnaturalismo – e, conseqüentemente, põe em evidência a atitude de interpretar e aplicar os direitos humanos no âmbito de tal relação. No limite, a afirmação de que existem direitos juridicamente eficazes decorrentes da pura condição humana não constitui uma inferência lógica; na melhor das hipóteses, o raciocínio que qualifica tal inferência está implícito. A fundamentação dos direitos humanos é uma questão diferente da afirmação de bens humanos básicos, na medida em que acrescenta à discussão problemáticas concretas referentes à juridicidade de tais bens e, fundamentalmente, da relação que tais valores básicos possuem com o discurso essencialmente jurídico referente a direitos subjetivos (bem como com todas as categorias jurídicas que este discurso engloba, como as noções de dever correlato, condições limitativas e procedimentos de exigibilidade). De mais a mais, a fundamentação que Finnis confere aos bens humanos básicos possui notavelmente a característica de recorrer à autoevidência e indemonstrabilidade, de uma maneira tal que, para alguns, poderia até mesmo parecer omissa ou *ad hoc*. Para além do

⁴¹³ FINNIS, 2011, p. 4.

⁴¹⁴ FINNIS, 2007, p. 219.

contexto jusfilosófico, em um âmbito propriamente jurídico a questão exige uma consideração mais acurada, posto se tratar de uma amplificação significativa do problema dos bens humanos básicos⁴¹⁵; e o próprio Finnis, mencionando Raz, está bastante ciente da dimensão política da questão dos direitos humanos: “any state government not only has a duty to respect and/or promote those individual interests as rights but also [...] is legitimately subject to rectificatory interference by other states or entities in the international community”⁴¹⁶.

A resposta de Finnis, novamente, é construída em um percurso eminentemente ontológico. Para além de meros tabus convencionais, especismos, heranças culturais ou religiosas, é preciso compreender por que razão se supõe que todos os membros da raça humana possuem, efetiva e igualmente, direitos humanos fundamentais. Segundo Finnis, os seres humanos compartilham uma natureza comum, cognoscível por meio dos inúmeros objetos que dão sentido a sua conduta. Como visto, a persecução eficiente de tais objetos revela as potencialidades humanas, e a cognição destas potencialidades é o que revela a natureza humana. Trata-se de um processo orientado pela compreensão multilinear de atos ou objetos complexos, que se revelam compreensíveis à razão humana por uma reflexividade cognitiva⁴¹⁷. Por meio da compreensão das capacidades orientativas da natureza humana e do bem que é efetivamente perseguível pela conduta, amplia-se igualmente a compreensão dos elementos básicos do florescimento humano – e esta compreensão se dá de forma biunívoca, dado que ocorre por meio da percepção simultânea da identidade e da alteridade. “In every case one understands these goods as *good for me and anyone like me*. The at first indefinite extensional and intensional reference of ‘anyone like me’ is clarified, in reflection, as: ‘any human person’”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Há leituras que enfatizam esta relação com os bens humanos básicos enquanto um *fundamento ético* dos direitos humanos: “o fundamento ético dos direitos humanos são os bens básicos que permitem o florescimento humano. Desse modo, pode-se investigar em que medida a dignidade da pessoa humana é protegida ou aviltada, e que direitos lhe cabem por natureza”. – PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 4. n. 7. 2016. p. 82.

⁴¹⁶ FINNIS, 2011, p. 3.

⁴¹⁷ “The reflectively astounding multi-vocality and many-levelled complexity of the objects referred to in such an object—such objects as fidelity to marital commitment, faith in things not seen but reasonably believed and hoped in, political opposition, preservation of secrecy, secret sharing of secrets, and many more – gives us a way of grasping the *kind* of radically trans-material, spiritual objects of human action (the lovers’, the poet’s, the witnesses’ and audiences’, and one’s own). And thus of grasping human capacities. And nature.” – Ibid., p. 5.

⁴¹⁸ FINNIS, loc. cit.

A ipseidade desempenha um papel fundamental neste processo. O ato de compreender-se como indivíduo ao longo do tempo, unificar-se sob a própria identidade a despeito dos devires, é precisamente o ato que possibilita a extensão qualitativa dos bens humanos para uma dimensão *radical*, fundada não apenas na relação individualidade-alteridade, mas nas potencialidades de todos os seres que possuem o mesmo conjunto de capacidades (ou *a mesma natureza*):

Reflection on the continuity of one's identity and life – through sleep, through traumatic unconsciousness, through the unrememberable eventfulness of one's infant life, through one's life in the womb, and, as it may be, one's future life in senility and dementia [...] – makes evident that what is valuable for oneself is valuable and significant in a qualitatively similar way for any being with the same capacities as oneself. For all of us, those dynamic capacities were once only radical, and then, by maturation and good health, became active capacities, ready for actualization in actions made intelligible by their objects [...]. So it is the sharing in radical dynamic capacities that is the basic unity of the human race or species and, by virtue of the true goodness and directiveness of the basic human goods, is the ground and foundation of the human rights which are specific objects of that directiveness in its interpersonal implications.⁴¹⁹

O percurso argumentativo de Finnis através da ontologia e da ipseidade projeta duas consequências. Em primeiro lugar, resgata de maneira muito evidente a problemática da subjetividade na fundamentação dos direitos humanos – e, assim, faz eco aos pressupostos filosóficos do ocaso da modernidade, precisamente no momento histórico em que as declarações de direitos humanos se corporificavam no mundo jurídico e político. Em segundo lugar, por meio da compreensão das potencialidades *radicais* da natureza humana, a perspectiva de Finnis sobre a fundamentação dos direitos humanos traz consigo a possibilidade teórica de estender a percepção e valorização suprema dos bens humanos para situações limítrofes da existência do homem – o “retroceder ao útero” participa da identidade e da subjetividade tanto quanto a vida adulta ou os períodos, contínuos ou intermitentes, de inconsciência. O fundamento ontológico dos direitos humanos é igualmente extensível aos momentos em que a natureza humana se manifesta de maneira *potencial* ou *radical*, e nesta perspectiva, a participação nos bens humanos não depende diretamente da possibilidade de exercício da consciência de si, mas se

⁴¹⁹ FINNIS, 2011, pp. 5-6.

relaciona precipuamente com a possibilidade de participação nas capacidades radicalmente ínsitas em uma natureza cujo desenvolvimento, por si só, acabará inevitavelmente atualizando e concretizando tais capacidades. Uma fundamentação por esta via argumentativa lança consequências relevantíssimas para a questão, filosófica e juridicamente complexa, do aborto. Em uma perspectiva um pouco deslocada da ontologia (e argumentativamente peculiar), mas heurísticamente semelhante, destaca-se um excerto da doutrina constitucional de Ives Gandra:

Sobre ter, o zigoto, ainda como uma célula única, não duplicada, quadruplicada etc., todas as características que definirão o futuro ser, não há qualquer dúvida na medicina. Os pesquisadores de biomedicina têm demonstrado que toda a carga genética e a confirmação dos 46 cromossomos que determinam a existência de um ser humano encontram-se no zigoto. Trata-se, pois, desde a primeira célula, de um ser humano, e não de um ser animal. Se admitíssemos que ainda não fosse um ser humano, apesar de toda a carga genética e seu mapa definitivo de ser humano já estar plasmado no zigoto, teríamos que admitir que todos nós teríamos sido animais nos primeiros anos de vida e só depois nos transformado em seres humanos.⁴²⁰

Finnis se vale de um argumento muito semelhante:

Two sex cells, each with only twenty-three chromosomes, unite and more or less immediately fuse to become a new cell with forty-six chromosomes providing a unique genetic constitution (not the father's, not the mother's, and not a mere juxtaposition of the parents') which thenceforth throughout its life, however long, will substantially determine the new individual's make-up. This new cell is the first stage in a dynamic integrated system that has nothing much in common with the individual male and female sex cells, save that it sprang from a pair of them and will in time produce new sex cells. To say that *this* is when a person's life began is not to work backwards from maturity, sophistically asking at each point 'How can one draw the line *here*?' Rather it is to point to a perfectly clear-cut beginning to which each one of us can look back and in looking back see how, in a vividly intelligible sense, 'in my beginning is my end'. Judith Thomson thinks she began to 'acquire human characteristics' 'by the tenth week' (when fingers, toes, etc. became visible). I cannot think why she overlooks the most radically and distinctively human characteristic of all – the fact that she was conceived of human parents.⁴²¹

⁴²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 144.

⁴²¹ FINNIS, 2011, p. 305.

A posição de Finnis é manifestamente contrária à possibilidade do aborto na maior parte dos casos – mesmo porque um dos requisitos da razoabilidade prática dos sistemas jurídicos, como visto acima, é a vedação de atos cujo único escopo é atender diretamente contra um ou mais bens humanos básicos (neste caso, a vida do nascituro). Finnis recusa expressamente qualquer argumento consequencialista que, à semelhança do utilitarismo, pretenda mitigar a situação recorrendo à afirmação a um benefício futuro alheio (à mãe ou à sociedade); segundo ele uma tal acepção é arbitrária e toma por fundamento a (eventual) ocorrência de eventos futuros e incertos, cuja efetiva ocorrência ou dimensão, por não estarem concretizadas, simplesmente não podem ser mensuradas por ocasião da tomada de decisão⁴²².

Evidentemente, o posicionamento de Finnis nessa questão específica é um reflexo direto da concepção ontológica dos fundamentos dos direitos humanos básicos⁴²³:

For they [os outros seres humanos] too have such identities (all the way back, and all the way forward to the end of their lifetimes), such radical capacities, and intelligible forms of flourishing (and harm) of just the same kind as one's own. Just as immaturity and impairment do not, in one's own existence, extinguish the radical capacities dynamically oriented towards self-development and healing, so they do not in the lives of other human persons. *There is the ontological unity of the human race, and radical equality of human persons which, taken with the truths about basic human goods, grounds the duties whose correlatives are human rights – duties to, responsibilities for, persons.*⁴²⁴

⁴²² FINNIS, 2007, p. 123. Lê-se: “Escolher um ato que em si simplesmente (ou primariamente) danifica um bem básico é o mesmo que se engajar, por bem ou por mal (mas diretamente), em um ato de oposição a um valor incomensurável (um aspecto da personalidade humana) que a pessoa trata como se fosse um objeto de valor mensurável que poderia ser suplantado por objetos comensuráveis de maior valor (ou de valor cumulativamente maior). Fazer isso frequentemente estará em harmonia com nossos sentimentos, nossa generosidade, nossa simpatia e com nossos compromissos e projetos nas formas em que os adotamos. Mas nunca pode ser justificado de modo razoável”. No mesmo sentido, FINNIS, 2011, p. 310.

⁴²³ Os limites do direito humano à vida na questão específica do aborto têm sido um tema latente na jurisprudência constitucional brasileira. A discussão é avançada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas lamentavelmente não tem considerado a contribuição que o pensamento de Finnis poderia trazer à questão. Argumentos semelhantes têm sido postos no debate, contudo, bem como posicionamentos jusfilosóficos sólidos – e, evidentemente, todas as nuances argumentativas que uma discussão de natureza precipuamente *jurídico-constitucional* exige. Apontamentos bastante relevantes (e competentemente sistematizados) sobre o estado da arte da discussão no Supremo Tribunal Federal podem ser encontrados em PINTO, Gerson Neves. Fundamentos epistêmicos da ADPF 54. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (coord.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. v. 14. São Leopoldo: Kariwa, 2018. pp. 80-99.

⁴²⁴ FINNIS, 2011, p. 7.

Direitos humanos, então, não são atribuídos aos indivíduos por estes serem membros de uma raça ou espécie, tampouco em virtude de mera simpatia arbitrária, mas pelo fato de todos e cada um destes indivíduos estarem imbuídos da dignidade de possuírem ao menos a capacidade de participar (atual ou radicalmente) dos bens humanos com os quais a razão prática, em seu princípio de ação, opera, e que conferem sentido aos intentos humanos⁴²⁵:

dignity of human beings should defended as part of a rationally sound understanding (concept) of law. This defense requires an account of the difference between capacities which are activated here and now, or are more or less ready to be so actuated, and *radical* capacities such as exist in the epigenetic primordia of even very young human beings, and in the genetic and somatic constitution of even the severely disabled. Though such an account makes possible a defense of the fundamental equality of human beings, and thus a humanist legal theory, the point of the account is not to privilege a biological species as such, but to affirm the juridical significance of the status of persons – substances of a rational nature – as inherently the bearers (*subjects*) of rights of a kind different and more respect-worthy and *end*-like than the rights which are often, as a matter of technical *means*, attributed by law to animals, idols, ships or other *objects* of legal proceedings.⁴²⁶

É nesse sentido que um rol de direitos assim compreendidos se constitui como critério para a adequação e consonância dos ordenamentos normativos estatais – não em caráter de contraposição, mas de parametrização, nos mesmos moldes das considerações expostas quanto à questão filosófica da *lex iniusta*. É este o *território* dos direitos humanos: o estatuto de dignidade advindo da pura e simples condição de partícipe dos bens básicos próprios da natureza humana⁴²⁷. Qualquer processo de compreensão, interpretação e aplicação de tais direitos estaria comprometido se fosse

⁴²⁵ FINNIS, 2011, p. 8.

⁴²⁶ FINNIS, 2024.

⁴²⁷ Sobre a concepção do jusnaturalismo como o âmbito moral do plexo de direitos humanos: “So understood, natural law is a philosophy of rights. It affirms the reality of individual responsibility within – despite – the determinate natural order. Human beings, constituted as they are by circumstances not within their control, nevertheless are self-determining. Projecting the puzzle of human freedom onto the external world, the older versions of natural law contained an assurance that – somehow, in the fullness of time – persons are actually constituted according to their due. As a philosophy of rights, natural law locates the puzzle of freedom within ourselves and resolves it normatively” – WEINREB, Lloyd. Natural Law and rights. In: GEORGE, Robert (ed.). **Natural Law Theory: contemporary essays**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 289.

deslocado para outro âmbito, posto que tanto a origem quanto a justificação filosófica do arcabouço de direitos humanos básicos está ligada ao jusnaturalismo – compreendido, aqui, como a inflexão entre o direito e a moral (dado que o respeito pelos diversos elementos do florescimento humano são razões mais do que suficientes para a conformidade da conduta humana em seus mais variados níveis).

4.4 Os direitos humanos e seu substrato hermenêutico

Direitos não simplesmente *existem*. Direitos são exercidos, invocados por pessoas, fundamentados em raciocínios de natureza jurídica ou moral – e, por isso, sua manifestação concreta está necessariamente ligada a um plano hermenêutico.

A hermenêutica filosófico-jurídica é o método de atribuição de sentido à norma. Para os efeitos do presente trabalho, trata-se de mais do que uma disciplina ou arte; trata-se sobretudo de um *movimento*⁴²⁸ pelo qual se acessa o que está contido na linguagem, na representação ou na coisa. Seria injusto e despropositado, no escopo do presente trabalho, buscar minudenciar os desenvolvimentos da hermenêutica na filosofia ocidental, posto que este horizonte teórico é riquíssimo, detalhado, complexo e multifocal – e construído sobre bases filosóficas próprias e vastas, das quais uma pequena parte é dada pelo pensamento de Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger (filósofos cujo porte, por si só, já indica a impossibilidade de abarcar a profundidade merecida). Por ora, é conveniente, contudo, referir alguns elementos do movimento hermenêutico, conforme sintetizados por Streck⁴²⁹.

Todo processo interpretativo ou compreensivo pressupõe uma tensão entre o texto e o sentido a lhe ser atribuído, ao mesmo tempo em que pressupõe uma determinada relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível ao qual se pretende interpretar ou compreender. Uma tal relação não é simples nem unicamente epistêmica; não se trata de uma mera via interpretativa pela qual o sujeito simplesmente *acessa* o objeto e dele extrai o seu sentido verdadeiro – há uma série de elementos que precedem este processo e dele participam, de uma maneira tal que sujeito e objeto são ativos em um processo submetido à temporalidade (que tem,

⁴²⁸ Um movimento *do* sujeito.

⁴²⁹ 2020, pp. 127-136.

portanto, um passado de onde veio e um futuro para o qual se dirige) e mediado pela linguagem e pelo processo hermenêutico. Acima de tudo, porém, o movimento hermenêutico no direito não se resume ao mero desvelamento de um sentido que está oculto por detrás do texto da lei, como se a norma escondesse propositalmente seu verdadeiro conteúdo e a tarefa suprema do seu operador fosse descobri-lo⁴³⁰. No plano jurídico, a hermenêutica é um movimento que estatui, de plano, uma clivagem de natureza ontológica (ou ontoteleológica) entre *a norma tal como ela se apresenta*, de um lado, e *a norma tal como será manifestada na concretude da realidade jurídica*, de outro:

Compreender é existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A facticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da facticidade e historicidade do intérprete. [...] Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque [...] o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes.⁴³¹

Vale dizer, este processo não opera no vácuo, mas em um determinado horizonte de sentido por meio do qual o intérprete se situa diante de seus pré-juízos, experiências, valores e perspectivas. “O Direito não é apenas um conjunto de textos. Os textos existem a partir das interrogações postas pelos intérpretes e pela situação hermenêutica em que estes se encontram”⁴³². A interpretação não se dá no âmbito do abstrato, mas exige uma concreção, uma atualização que se repete a todo momento em que o movimento hermenêutico se manifesta, e para cada intérprete que o

⁴³⁰ “Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetificante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante. Assim, por exemplo, não há um dispositivo constitucional que seja, em si e por si mesmo, de eficácia contida, de eficácia limitada ou de eficácia plena. A eficácia do texto do dispositivo advirá de um trabalho de adjudicação de sentido, que será feito pelo hermeneuta/intérprete” – STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 200.

⁴³¹ STRECK, 2020, p. 131.

⁴³² Ibid., p. 135.

manifesta. É, assim, uma “verdadeira ontologia jurídica”⁴³³, por meio da qual o conteúdo do direito adquire sentido e existência real.

Ora, no que concerne ao presente trabalho, a afirmação que o resume é a seguinte: o horizonte hermenêutico próprio dos direitos humanos (ou) fundamentais é o arcabouço ontológico do jusnaturalismo.

Uma possibilidade de inserção do direito natural no domínio da hermenêutica é fornecida por Wilson Engelmann⁴³⁴, especialmente através da razoabilidade prática nos moldes concebidos pelo jusnaturalismo neoclássico (por Finnis em particular) e do papel que esta mesma razoabilidade pode desempenhar no círculo hermenêutico. Vale dizer, na medida em que a razoabilidade prática é o fundamento epistêmico e constitutivo dos bens humanos básicos (e, por conseguinte, dos direitos humanos básicos), e que esta mesma razão é o veículo pelo qual o movimento hermenêutico opera, seu papel dúplice é fundamental para que os direitos subjetivos fundamentais adquiram concretude no âmbito teórico e prático do Direito.

Engelmann sublinha, nesse aspecto, que a hermenêutica em Heidegger é “um meio para revelar e acessar o viver fático do ente homem”⁴³⁵ – posto que a facticidade é um elemento essencial de *situação* do homem em perspectiva à realidade que o circunda. Este viver fático poderia ser imediatamente associado à visão jusnaturalista finnisiana de florescimento por meio do exercer dos bens humanos básicos, hermeneuticamente mediada pelos requisitos da razoabilidade prática. Os bens humanos básicos seriam, assim, a concretização da vida fática do ente humano, e os requisitos para o seu pleno exercício no campo da razão prática “servem para nortear e viabilizar a atribuição de sentido” à vida humana posto que “legados pela sua própria tradição”⁴³⁶. Os princípios da lei natural são, em realidade, um conjunto pré-estrutural que fornece ao intérprete a configuração de sua pré-compreensão⁴³⁷; ora, a interpretação se fundamenta na manifestação da realidade que vem ao nosso encontro (um círculo fenomenológico, portanto), e o sujeito que se depara com tal realidade está inexoravelmente imbuído⁴³⁸ de uma *posição prévia* (Vorhabe), uma *visão prévia* (Vorsicht) e uma *concepção prévia* (Vorgriff), que determinam a

⁴³³ STRECK, 2020, p. 135.

⁴³⁴ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

⁴³⁵ Ibid., p. 252.

⁴³⁶ Ibid., p. 254.

⁴³⁷ Ibid., p. 259.

⁴³⁸ Novamente, a ambiguidade radical do *sujet* enquanto *sujeito a algo*.

conjuntura através da qual o sujeito atribuirá sentido à coisa que interpreta. O ser humano que compreende ou interpreta os direitos básicos é, ele mesmo e fundamentalmente, humano; traz consigo, portanto, um quadro existencial que antecede todo procedimento hermenêutico – este *trazer consigo* é o sentido ontológico da *tradição*. Enquanto *tradição ontológica*, o direito natural é o *locus* próprio de qualquer compreensão e interpretação possível dos direitos humanos⁴³⁹; é o arcabouço formador do intérprete. A propósito:

Esse contexto gerado pela tradição, onde o ser humano busca as bases para a sustentação dos seus pré-juízos encontra-se alicerçado na sua história como *Dasein*, que vem justificada e constituída pelos princípios da lei natural, nos moldes estudados a partir de John Finnis. Esses sustentam o seu modo de ser, ou seja, são os responsáveis pela sustentação material da facticidade e da historicidade onde o ser-aí está inserido (ou jogado).⁴⁴⁰

A tensão entre o intérprete, o texto (a coisa a ser compreendida, manifesta por meio da linguagem) e a situação é resolvida por meio de um “acordo mútuo” (Karl-Otto Apel): um processo recíproco de atribuição de sentido, que é ativo para todos os elementos envolvidos. A justificativa, mediação e concretização deste acordo mútuo, no caso dos direitos humanos básicos, é precisamente o conjunto de princípios e requisitos da razoabilidade prática da proposta jusnaturalista – uma vez que o intérprete, em si mesmo, está ontologicamente submetido a tais princípios, o contexto no qual está situado traz consigo os elementos da razoabilidade prática, e a própria coisa (os direitos humanos) são constituídos em si mesmos por feixes semânticos intrinsecamente ligados à razoabilidade prática (e são, em última instância, um conceito formado após milênios de desenrolar ontoteleológico do direito natural):

A lei natural, da forma como foi apresentada, corresponde ao modo de ser do ente homem. Assim, o tempo, no conjunto formado com a tradição, é considerado a luz que provoca o seu desvelamento na construção do seu significado. A lei natural acaba justificando a materialidade da relação que se estabelece entre o ser, o ente e o tempo, formando a verdadeira essência do primeiro. Quando Heidegger fala da questão do pensamento, refere a

⁴³⁹ “Pelos aspectos já vistos, especialmente os argumentos trazidos a partir de John Finnis, verifica-se que os princípios e exigências da lei natural se perpetuam e se transmitem como uma genuína tradição a qual também viabiliza a sua compreensão” – ENGELMANN, 2023, p. 274.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 279.

preocupação para aquilo que ainda interessa pensar. Com isso, abre espaço para a lei natural e os seus princípios e exigências de razoabilidade prática, como a expressão do modo de ser do ente homem. Dentro da linha do que já foi apresentado, ficou sublinhado que a lei natural está vinculada à tradição onde cada ente homem está inserido. Assim, ela é o seu referencial e a sua sustentação, tanto do conteúdo, quanto de sua autoridade. Com isso, destaca-se que a pré-compreensão, que se baseia na tradição, tem nos princípios da lei natural e nas exigências da razoabilidade prática a contextualização do seu conteúdo.⁴⁴¹

Trata-se, assim, de resgatar o saber fronético – próprio da *phronésis*, virtude – na constituição do horizonte hermenêutico do Direito⁴⁴², em geral, e dos direitos subjetivos fundamentais, em particular. Um método subsuntivo (característico do juspositivismo e de todas as outras correntes jusfilosóficas que ignoram o papel ontoteológico do Direito) é simplesmente incapaz de abranger tal horizonte, e leva a compreensão e a interpretação dos direitos humanos para *loci* nos quais os direitos humanos são tolhidos de sua plena manifestação. A compreensão da origem, justificativa e fundamentação racional dos direitos humanos naturais prescinde, como já dito acima, de qualquer ofensiva crítica ao positivismo jurídico, porquanto a fundamentação do direito natural por si só já é suficiente para sustentá-lo como panorama jusfilosófico. Espera-se que o presente trabalho o tenha demonstrado a contento. Para além da fundamentação do direito natural, contudo, pretende-se também posicionar os direitos humanos no território da hermenêutica – e, assim, demonstrar que o âmbito do jusnaturalismo é seu substrato típico:

Os princípios da lei natural (bens humanos básicos) e as exigências metodológicas da razoabilidade prática servem para contextualizar a pré-compreensão, auxiliando na especificação do seu conteúdo e alcance, além de servirem de suporte ético para justificar o resultado da hermenêutica jurídica de cunho filosófico.⁴⁴³

Na interpretação ou aplicação em relações intersubjetivas reais, a expressão “direitos humanos básicos” somente é dotada de sentido quando compreendida dentro da estrutura teórica do jusnaturalismo. O fundamento, a origem e o ponto focal dos

⁴⁴¹ ENGELMANN, 2023, p. 292.

⁴⁴² Ibid., p. 304.

⁴⁴³ Ibid., p. 321.

direitos humanos (ou) fundamentais são o bem humano e a plenitude da vida humana – e por isso demandam um fundamento precipuamente *ontológico*, e não apenas político ou jurídico. É no âmbito do jusnaturalismo que tais direitos vieram à existência, e é no âmbito do jusnaturalismo que os movimentos hermenêuticos a que tais direitos são submetidos podem maximizar seu sentido. O jusnaturalismo é o seu território; qualquer tentativa de compreendê-los, interpretá-los ou aplicá-los em outros âmbitos hermenêuticos resultará em um deslocamento indevido, uma mutilação de seu sentido, uma redução fatal de seu conteúdo – que acabará por lhes esvaziar completamente. Se os direitos humanos básicos são oriundos do e referentes ao bem humano e à realização da plenitude da vida humana na comunidade política, é impossível situá-los em outra matriz teórica. O jusnaturalismo de matriz aristotélico-tomista, contemporaneamente encampado pelos teóricos e pensadores jusnaturalistas neoclássicos, é seu legítimo *substrato*: o solo no qual tais direitos poderão, assim, *florescer* (do mesmo modo como os indivíduos florescem por meio dos bens humanos básicos que esses mesmos direitos visam garantir). Se há, como afirma Finnis, “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”⁴⁴⁴, é precisamente porque há uma ligação indissolúvel entre o direito e o bem do ser humano: não se pode falar de um sem referir o outro, ambos são uma só e mesma coisa e constituem critérios recíprocos de legitimidade e adequação. O jusnaturalismo, enquanto estrutura teórico-jurídica do bem humano, é o território, o âmbito, o substrato último da compreensão, aplicação e florescimento dos direitos humanos fundamentais, em suas diversas categorias jurídicas.

⁴⁴⁴ FINNIS, 2007, p. 17.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito é apenas uma das inúmeras criações do homem. Seu escopo vai muito além da pura e simples organização social, da mediação dos conflitos intersubjetivos ou da mera distribuição de interesses ou bens. O direito fornece uma estrutura conceitual e normativa orientada *pelo* e *para* o ser humano, e está a ele indissolivelmente vinculado.

A perspectiva fornecida pelo jusnaturalismo neoclássico permite reafirmar a posição do ser humano no contexto da criação e operação do direito, de uma maneira tal que, acima de qualquer outro desiderato, o direito se presta sobretudo a dar sentido a um determinado conjunto de aspectos da experiência humana, bem como à concretude de sua existência. É precisamente a partir desta leitura que a relação entre o ser humano e o direito, produto direto de sua razão, se estabelece: sendo oriundo da razão humana, o direito reflete em seus caracteres operativos os elementos da razoabilidade prática que orientou sua criação. Nesse sentido, a conformação do conteúdo material do direito para com a razão prática do homem é sua *condição de possibilidade*: seria inimaginável pensar o direito como um produto aleatório, caótico, fruto exclusivo de relações fáticas de poder. O direito se orienta pela razão humana (porque dela se origina), e todas as suas manifestações, ainda que amalgamadas a processos políticos ou sociais, possuem a razão como parâmetro de adequação. Ora, se o direito não possui o seu conteúdo determinado pela justiça, o que mais orientaria a sua materialidade, então? Se seu objeto não é o bem do homem e a plenitude da experiência humana, qual mais poderia ser?

É precisamente este o objeto central do argumento jusnaturalista: o liame entre a obra e seu autor, entre o direito e o homem. Como vimos, o plexo de direitos atribuídos aos indivíduos é o que, jurídica e politicamente, exterioriza a forma do sujeito da contemporaneidade – em realidade, uma multiplicidade capilarizada de direitos em vários níveis e graus: direitos humanos em sentido estrito, mas também direitos fundamentais no âmbito da constitucionalização, direitos de personalidade e garantias legais em geral em um nível infraconstitucional, e mesmo os direitos cuja aplicabilidade seja mais restrita e variável, mas cuja interpretação judicial vise maximizar o escopo da subjetividade jurídica por meio da alocação de tais direitos na complexa estrutura dos direitos humanos fundamentais. Em última instância, toda

essa composição multifacetada refere-se a uma plêiade de direitos atribuídos ao indivíduo em decorrência de sua condição ontológica, como derivação – e, em muitos aspectos, invioláveis e oponíveis inclusive ao Estado, porquanto fundamentados na pura e simples condição humana mesma (porquanto antecedem o Estado e prescindem de positivação para que adquiram fundamento de validade). Conceber os direitos subjetivos fundamentais em um tal nível significa, em última instância, situá-los como o alicerce de fundamentação das ordens jurídicas positivadas e, ao mesmo tempo, elegê-los como o parâmetro segundo o qual tais ordenamentos serão jurídica e moralmente legitimados.

Não há como operar ou endossar o discurso dos direitos humanos, porém, sem antes compreender seus pressupostos e fundamentos. Direitos humanos não são meras concessões graciosas dos Estados, tampouco dispositivos meramente úteis aos indivíduos que os compõem; são, antes, expressões diretas da natureza humana, são a transposição jurídica de uma concepção ontoteleológica do ser humano – concepção esta que se orienta, sobretudo, pelo bem humano e pela possibilidade de participação que todos os seres humanos possuem com relação a este bem. É precisamente por isso que a interpretação dos direitos humanos fundamentais se realiza em sua plenitude no território hermenêutico do jusnaturalismo: a adequada convolação de aspectos da natureza humana em bens concretos que se revestem da configuração de direitos jurídicos (e que, precisamente por isso, são o parâmetro operativo e o fundamento do direito).

Os direitos humanos na contemporaneidade são, portanto, a consagração do pensamento jusnaturalista – ou seja, o pensamento jurídico que remete à natureza humana como fonte e destino do direito. Este pressuposto é explícito no discurso sobre direitos humanos, desde o seu surgimento na teoria jurídica e na prática jurídico-política; contudo, o que o presente trabalho pretendeu destacar é que tal fundamento não é metafísico, religioso, arbitrário ou mesmo subjetivo. O pensamento jusnaturalista foi construído ao longo de milênios tendo como elemento central uma aproximação teórica entre a moral e o direito: a premissa de que, se é possível *pensar* a moral filosoficamente, também é possível fazê-lo *no âmbito do direito* (e tal fato não desnatura o direito em nenhuma medida). As declarações de direitos humanos no início da contemporaneidade, bem como sua reafirmação ao longo do século XX (mesmo por meio da Declaração de 1948 e incorporação nas ordens constitucionais ocidentais) representam a culminação do ideário jurídico que conflagrou a

subjetividade jurídica após o fim da Idade Média – um percurso que, como visto, atravessou o pensamento da modernidade tendo por referência não um arcabouço *político*, mas fundamentalmente *ontológico e epistemológico*. O fundamento basilar deste discurso é, portanto, um direito que é *natural* precisamente por ser o direito da *natura*, da *physis*, das condições existenciais do homem (enquanto sujeito) na concretude de sua realidade cognoscível.

E, neste aspecto, o jusnaturalismo tomista se revela como pensamento norteador. Compreender a natureza do homem e sua inclinação existencial para o bem como realização desta mesma natureza, alocando-as no cerne da discussão jurídica, corresponde a perpetrar justamente a correlação entre o homem e o direito *através* da razão prática. Ao estabelecer as bases da adequada compreensão da lei natural enquanto um conjunto de preceitos diretamente derivados da natureza humana, Tomás delimita o âmbito no qual o conteúdo material do direito passará a ser o elemento definidor de sua adequação e justificação. Para além disso, a leitura que Tomás faz da natureza humana qualifica um tal conteúdo do direito precisamente por sua orientação essencialmente *disposicional* – a qual corresponde, como visto, à contingência das potencialidades humanas imbricadas em seu próprio ser. Realizar tais potencialidades é perfazer-se como ser humano; e não é razoável supor que o direito pode simplesmente ignorar tal panorama. Se o direito existe *pelo e para* o ser humano, a realização das propriedades disposicionais intrínsecas ao homem é o seu desiderato último, e supor a existência ou operabilidade de um sistema jurídico que obste, limite ou mesmo não fomenta tal realização não está à altura da identidade funcional do direito. É precisamente nesta relação ontoteleológica que os preceitos da lei natural representam o parâmetro de adequação da lei civil; e na qual, posteriormente, se possibilitou a convolação de tais preceitos gerais abstratos em direitos subjetivos concretos. No núcleo de tal relação está, evidentemente, a natureza humana.

O jusnaturalismo neoclássico, através do pensamento de John Finnis, ressignifica esta relação já no âmbito da contemporaneidade e no horizonte jurídico-político dos direitos humanos – valendo-se, portanto, de uma fundamentação teórica mais afeita à teoria jurídica por meio da qual o direito opera nos Estados modernos. A despeito desta ressignificação, o cerne do pensamento tomista (e jusnaturalista como um todo) permanece intocado: a concepção de florescimento humano, cognoscível por intermédio dos bens que orientam a conduta humana e que, consequentemente,

representam o arcabouço sobre o qual as estruturas do direito serão erigidas. É justamente essa relação estreita entre o direito e o florescimento humano que justifica a afirmação de Finnis: há bens humanos e requisitos da razoabilidade prática que só são assegurados e satisfeitos por intermédio das instituições do direito (pelo que também se justifica a afirmação feita logo acima, quanto a ser o direito uma maneira de dar sentido a determinados aspectos da experiência humana). Acima de tudo, o jusnaturalismo de matriz neotomista é uma tese *existencial*; e tal fato se revela não apenas em seus pressupostos ontoteleológicos, mas também em suas derivações propriamente jurídicas.

Com isso, responde-se ao problema central da temática abordada na presente dissertação: a estrutura teórico-jurídica mais adequada à interpretação e aplicação dos direitos subjetivos fundamentais é o direito natural.

As contribuições de Finnis e Tomás são suficientes para afirmar que o jusnaturalismo neoclássico é o território próprio dos direitos humanos. Não somente quanto à sua criação, origem ou positivação, mas também em termos da aplicação, realização e operação de tais direitos. Interpretar os direitos humanos fundamentais em outros âmbitos teóricos é desterritorializá-los, é retirá-los do ambiente no qual seus fundamentos operam da maneira mais fluida. No contexto das relações intersubjetivas reais, a expressão “direitos humanos” (bem como todas as expressões que denotam a mesma significação) somente possui sentido completo quando compreendida dentro da estrutura teórica do jusnaturalismo. Em outras teorias jurídicas, o procedimento de pensar os direitos humanos acaba inevitavelmente por limitar sua extensão conceitual, retirando parte de seu conteúdo intrínseco e mantendo-os aquém de sua plenitude real. Falar de direitos humanos de maneira dissociada do direito natural é um deslocamento indevido, uma mutilação de seu sentido. Foi pelo jusnaturalismo que tais direitos vieram à existência – não apenas em uma continuidade histórica ou política, mas sobretudo em termos de *estruturação conceitual*; é, portanto, no âmbito do jusnaturalismo que os movimentos hermenêuticos a que tais direitos são submetidos podem maximizar seu sentido. O jusnaturalismo de matriz aristotélico-tomista, encampado na contemporaneidade por Finnis e pelos demais teóricos jusnaturalistas neoclássicos, é seu legítimo *substrato*: o solo hermenêutico no qual tais direitos poderão, assim, *florescer* (do mesmo modo como os indivíduos florescem por meio dos bens humanos básicos que esses mesmos direitos visam garantir e fomentar). Há uma ligação indissolúvel entre o direito e o bem do ser humano: não se

pode falar de um sem referir o outro, ambos são uma só e mesma coisa e constituem critérios recíprocos de legitimidade e adequação – portanto, a atividade precípua do direito, em qualquer esfera de operação, direciona-se *naturalmente* ao bem humano. Nesse sentido, em qualquer atividade propriamente jurídica, seja teórica, legislativa, advocatícia, jurisdicional ou operacional, a interpretação e aplicação de direitos inevitavelmente estará orientada à perfectibilização dos direitos humanos fundamentais (e, em última instância, à condição ontoteleológica do homem). O jusnaturalismo, enquanto estrutura teórico-jurídica do bem humano, é o território, o âmbito, o substrato último da compreensão, aplicação e florescimento dos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALBERTUNI, Carlos Alberto. *Sindérese, o intellectus principiorum* da razão prática segundo Tomás de Aquino. In: **Veritas**. v. 56. n. 2. pp. 141-164. ago. 2011. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/veritas/article/view/8090#:~:text=Tal%20termo%20designa%20um%20conceito,primeiros%20princ%C3%ADpios%20te%C3%B3ricos%20de%20Arist%C3%B3teles>. Acesso em 2 jun. 2024.

ALEMANHA. [Lei Fundamental (1949)]. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. Bonn: Verlag des Grundgesetzes, 1949. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg>. Acesso em: 7 mar. 2025.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **Metafísica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BALIBAR, Etienne. **Identity and difference**. John Locke and the invention of consciousness. Londres: Verso, 2013.

BIX, Brian. **Jurisprudence: theory and context**. 7. ed. Londres: Thomsom Reuters, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2025.

BRÉAL, Michel; AGUIAR, Márlcio. Sobre a origem das palavras *fas*, *ius* e *lex*. In: **Línguas e instrumentos linguísticos**, v. 26, n. 52, pp. 175–185, 2023. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/lil/article/view/8674318>. Acesso em: 10 maio 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

CARPINTEIRO, Francisco. La dignidad humana en Tomás de Aquino. *In: Persona y Derecho*. n. 74 pp. 97-116. 2007. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/7919>. Acesso em: 3 fev. 2025.

CÍCERO. **Das Leis**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In: Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998.

CULLETON, Alfredo Santiago. Mutability and immutability of the ius gentium according to Suárez. *In: CULLETON, Alfredo Santiago; PICH, Roberto Hofmeister (ed.). Right and Nature in the first and second scholasticism*. Acts of the XVIIth Annual Colloquium of the Société Internationale pour l'Étude de la Philosophie Médiévale. Turnhout: Brepols, 2014.

_____. **A origem dos Direitos Humanos está na releitura do Direito das Gentes**. [Entrevista cedida a] Patrícia Fachin. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 2 set. 2017. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/7035-a-origem-dos-direitos-humanos-estao-a-releitura-do-direito-das-gentes>. Acesso em: 14 dez. 2024.

_____. **O pensamento de Suarez como base dos direitos humanos**. [Entrevista cedida a] Marcia Junges. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 6 set. 2010. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3483-alfredo-culleton-5>. Acesso em: 14 dez. 2024.

D'AGOSTINO, Francesco. **Diritto e giustizia**. Per una introduzione allo studio del diritto. Milão: San Paolo, 2004.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo e direito natural: uma relação inelidível. *In: Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 6. pp. 642-653. jul-dez.2005. Disponível em: <https://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/309>. Acesso em: 5 ago. 2024.

FINNIS, John. **Aquinas**. New York: Oxford University Press, 1998.

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

_____. **Human rights and common good**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

_____. **Natural law and natural rights**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011.

_____. Natural Law and the "Is"- "Ought" Question: an invitation to Professor Veatch. *In: The Catholic Lawyer*. v. 26. pp. 266-277. 1980-1981. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/70. Acesso em: 15 out. 2024.

_____. Natural Law Theories. *In: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.). The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2024/entries/natural-law-theories/>. Acesso em: 12 jan. 2025

_____. The good of marriage and the morality of sexual relations: some philosophical and historical observations. *In: The American Journal of Jurisprudence*. v. 42. 1997. pp. 97–134. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/873/. Acesso em: 14 nov. 2024.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. Yale University: New Haven, 1963.

GAIO. **Institvcoes**. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/gaius-institutes-of-roman-law>. Acesso em 14 dez. 2024.

GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática: um comentário à *Summa Theologiae*, 1-2, Questão 94, artigo 2. *In: Revista Direito FGV*. v. 3. n. 2. jul-dez. 2007. pp. 179-218. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35188>. Acesso em: 16 out. 2024.

GRÓCIO, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IRWING, Terence H. Aquinas, natural law and eudaimonism. *In: KRAUT, Richard (ed.). The Blackwell guide to Aristotle's Nichomachean Ethics*. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2015.

_____. **Observações sobre o sentimento do belo e do sublime**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRETZMANN, Norman. Lex iniusta non est lex: Laws on trial in Aquinas' court of conscience. *In: The American Journal of Jurisprudence*. v. 33. 1988. pp. 99–122. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article-abstract/33/1/99/101930?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 15 mai. 2024.

LACERDA, Bruno Amaro. Jusnaturalismo e direitos humanos. *In: Revista Interdisciplinar Do Direito*. Faculdade De Direito De Valença, v. 8. n. 1. pp. 105–112. 2001. Disponível em <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/321>. Acesso em: 3 out. 2024.

LESLIE, Sarah-Jane. Essence and Natural Kinds: when science meets preschooler intuition. *In: Oxford Studies in Epistemology*. v. 4. pp. 108-166. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/LESEAN>. Acesso em: 16 abr. 2024.

LESSA, Bárbara Alencar Ferreira; OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A teoria do direito natural de Tomás de Aquino na Filosofia do Direito contemporâneo. *In: Revista Opinião Jurídica*. n. 16. pp. 211-235. jan. 2014. p. 226. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/213>. Acesso em 22 nov. 2024.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 98. 2003. Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67595>. Acesso em: 18 jan. 2025.

LISSKA, Anthony. **Aquinas's theory of natural law: an analytic reconstruction**. New York: Oxford University Press, 1996.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1995.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: A Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A dignidade da pessoa humana desde a concepção. *In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOORE, Michael. Law as a functional kind. *In: GEORGE, Robert (ed.). Natural Law Theory: contemporary essays*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

MOTLOCH, Martin. Essência. *In: BRANQUINHO, João; SANTOS, Ricardo (eds). Compêndio em linha de problemas da filosofia analítica*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/20048/1/motloch_2014_essencia.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.

MURPHY, Mark. **Natural law in jurisprudence and politics**. New York: Cambridge University Press, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Brasília, DF: UNICEF, [2023?]. Adotada e proclamada em 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universa-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ONOFRI, Renato Sedano. História do direito internacional público. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/505/edicao-1/historia-do-direito-internacional-publico>. Acesso em: 14 dez. 2024.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Fundamental Rights: between morals and politics. *In*: **Ratio Juris**. v. 14. n. 1. pp. 64-74. 2001. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/MARFRB>. Acesso em: 17 jan. 2025.

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis. *In*: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. v. 4. n. 7. 2016.

PINTO, Gerson Neves. A (R)evolução da Política Moderna e a Construção dos Direitos do Homem nas Constituições Modernas. *In*: **Anuario del Área Socio-Jurídica**. v. 11. n. 1. pp. 97–107. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/AnuariodelAreaSocioJuridica/article/view/5716>. Acesso em: 9 jan. 2025.

_____. Fundamentos epistêmicos da ADPF 54. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (coord.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. v. 14. São Leopoldo: Kariwa, 2018.

PINTO, Gerson Neves; LEMOS, Fabrício José Rodrigues de. Justiça Global e Direitos Humanos. *In*: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 22, n. 2. p. 60. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/955>. Acesso em: 12 jan. 2025.

PLATÃO. **A República**. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. **Êtífron**, ou Da religiosidade. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

_____. **Timeu**. Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011.

PUFENDORF, Samuel. **Do dever do homem e do cidadão segundo a lei natural**. Rio de Janeiro: TopBooks, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIOS, Roger Raupp. Democracia, direitos humanos e direito natural: crítica à tese de John Finnis sobre o casamento homossexual. *In: Publicum*. v. 4. n. 2. 2018. pp. 11-36. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/publicum/article/view/38629/27119>. Acesso em: 26 nov. 2024.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

SEAGRAVE, Adam. Cicero, Aquinas and contemporary issues in Natural Law Theory. *In: The Review of Metaphysics*, v. 62, n. 3, mar. 2009.

SILVA, Paula de Oliveira. **O ius gentium a Segunda Escolástica**. [Entrevista cedida a] Marcia Junges e Alfredo Culleton. São Leopoldo: Instituto Humanitas Unisinos (IHU), 6 set. 2010. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/3491-paula-oliveira-e-silva>. Acesso em: 14 dez. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2.ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUÁREZ, Francisco. **Tractatus de legibus**, ac Deo legislatore. Mainz: Baltashar Lippius, 1619. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=RqD1YzXkHeQC&pg=GBS.PA16&hl=pt>. Acesso em: 23 dez. 2024.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. *In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (coord.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação da UNISINOS. v. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEUBNER, Günther. Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect? *In: Netherlands Journal of Legal Philosophy*. v. 40. n. 3. Disponível em: https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/rechtsfilosofieentheorie/2011/3/RenR_1875-2306_2011_040_003_002.pdf. Acesso em: 13 maio 2024.

TOMÁS DE AQUINO. **Comentários a la Ética a Nicômaco de Aristóteles**. 2. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2001.

_____. **Suma Teológica**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Loyola, 2005.

UEBEL, Thomas. Vienna Circle. *In*: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.) **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/vienna-circle/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

VEATCH, Henry Babcock. Natural Law and the Is-Ought Question. *In*: **The Catholic Lawyer**. v. 26. n. 4. set. 1981. Disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/tcl/vol26/iss4/2>. Acesso em: 26 jul. 2024.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

_____. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O direito e os direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

_____. **Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEINREB, Lloyd. Natural Law and rights. *In*: GEORGE, Robert (ed.). **Natural Law Theory**: contemporary essays. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WIVIURKA, Eduardo Seino. 2020. **Exigências da razão prática no exercício da função jurisdicional a partir da teoria neoclássica da lei natural**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2020.

YOUPA, Andrew. Leibniz's Ethics. *In*: ZALTA, Edward; NODELMAN, Uri (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2024/entries/leibniz-ethics/>. Acesso em: 2 fev. 2025.

ZARKA, Yves-Charles. **L'autre voie de la subjectivité**: six études sur le sujet et le droit naturel au XVII^{ème} siècle. Paris: Beauchesne, 2000.