

2

A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis

Como apontamos à introdução da presente dissertação, o Direito natural por nós apresentado será delineado de acordo com a nova concepção doutrinária apresentada por John Mitchell Finnis, em especial ao que encontra inserto em sua obra *“A Lei Natural e os Direitos Naturais”*.

John Finnis se destaca como expoente do *“neojusnaturalismo”*, termo que, conforme ressalta Adrian Sgarbi, apesar de carecer de uma definição quanto ao seu significado, pode ser utilizado para “designar todo o ressurgimento do Direito natural no período pós-oitocentista”¹.

Finnis apresenta-se como expoente da *New School of Natural Law*, e em sua teoria também apresenta uma releitura do pensamento de Tomás de Aquino, considerado por ele como um “paradigma do teórico do Direito natural e domina o período desde os Padres da Igreja até Kant”. Aproxima-se também da tradição católica-platônica-aristotélica do Direito natural².

Se na Antiguidade o Direito Natural era legitimado por Deus, pelo cosmos, pelos animais, no jusnaturalismo moderno, que se observa a partir do século XVII, há uma superação desses antigos dogmas. Nesse período, o Direito natural mira seu foco no homem, ao qual é reconhecida uma natureza própria. Ciente dessa ruptura, atribui-se ao homem, tanto em suas relações individuais quanto coletivas, uma natureza imanente e racional, à qual as leis postas não poderiam negligenciar tal constatação, devendo justamente balizar os preceitos de moral e

¹ SGARBI, 2007, p. 711.

² Quanto ao objeto da filosofia empreendida por Tomás de Aquino e Aristóteles, Finnis destaca da seguinte forma: “Tanto para Tomás de Aquino, quanto para Aristóteles, fazer filosofia moral é pensar de forma mais geral possível sobre o que alguém deveria escolher fazer (e não fazer), considerando a totalidade da sua vida como um campo de oportunidade (ou mau emprego de oportunidade). Pensar de forma tão geral diz respeito não meramente às suas próprias oportunidades, mas qualquer os tipos de coisas boas que qualquer ser humano pode fazer e alcançar, ou ser privado. Pensar sobre o que fazer é convenientemente rotulado de “prático” e diz respeito ao que e como escolher e fazer aquilo que alguém inteligentemente e razoavelmente pode (i) para conseguir bens inteligíveis na sua própria vida, na vida dos outros seres humanos e em seu ambiente, e (ii) ser de bom caráter e viver uma vida que, como um todo, terá sido uma resposta razoável a tais oportunidades” (FINNIS, 2007, p.21.).

justiça refletidos da natureza humana, mas jamais contrapô-las. Com essa nova abordagem, também fortemente defendida por Finnis, se uma lei não observa tais preceitos, esta certamente apresentará problemas os quais somente poderão ser reparados por uma aplicação prática dos elementos que constituem a justiça no Direito natural.

Seguindo a vertente que acima citamos, a palavra “natural”, para Finnis, é aquela que se refere à razão, ou seja, uma teoria da racionalidade é defendida³. A importância desse objeto teórico definido por Finnis assume para o autor a importante função de tornar a razão humana predicado necessário para o real entendimento dos sistemas legais, pois a razão se apresenta relevante tanto no que se refere à sua repercussão na metodologia utilizada pelo autor quanto à sua reflexão sobre a justiça, como também a uma razão dirigida à própria conduta individual como guia a um comportamento humano razoável⁴. Nesses termos, de acordo com a doutrina finissiana, fortemente influenciada por Tomás de Aquino, como já apontamos, uma teoria do Direito natural deve ser capaz de cumprir os seguintes objetivos:

[...] distinguir o que não é razoável na prática do que é razoável na prática e, assim, diferenciar o que realmente é importante daquilo que não é importante ou importante apenas por sua oposição ao que é realmente importante, ou por sua manipulação desarrazoada do que é realmente importante. Uma teoria do Direito natural alega ser capaz de identificar as condições e os princípios de discernimento prático, da boa e apropriada ordem entre os homens e na conduta individual (FINNIS, 2006, p. 30/31).

Constata-se, desse modo, a preocupação do autor em construir uma metodologia que possa legitimar o Direito natural, por critérios razoáveis de justificação. Exemplo desse esforço, segundo a obra “Lei natural e Direitos naturais”, é o desenvolvimento de um conceito de “razoabilidade prática”, em que, para o autor, o Direito se revela além da lei posta. Sustenta, nesse raciocínio, que, em suas relações intersubjetivas, os indivíduos são orientados por diversos valores, sendo esses passíveis de explicação e justificação segundo sua dogmática jusnaturalista e que não podem ser refutados pela lei dos homens.

³ Como coloca Tércio Sampaio de Ferraz Júnior (2003, p. 233): “Os princípios de justiça material no chamado Direito natural (jusnaturalismo) são uma explicação patente dessa idéia. A razão é para a justiça seu princípio regulador (e não constitutivo, para usar a terminologia kantiana) pois o homem é assumido como um ser racional não sentido de que aja racionalmente com justiça, mas de que pode e deve agir dessa maneira”.

⁴ FINNIS, 2007, p. 90.

Assim, como veremos, tais valores não podem se afastar de um “bem comum”, pois, caso ocorra esse desvirtuamento, o critério de razoabilidade utilizado pelo autor, aqui visto em uma perspectiva geral de agir, estará prejudicado, dando origem às chamadas “leis injustas”, o que, para o positivismo conceitual, é uma falácia. Deve, assim, conforme Finnis, ser o Direito posto avaliado por um escrutínio moral, para que se afira se o mérito do comando previsto na lei encontra correspondência em um critério de razoabilidade com o “bem comum”, ou seja, para o nosso autor não há ideal correspondência entre lei e Direito. Nesse contexto, alerta Paulo Nader que:

Embora não se possa confundir o Direito Natural com a justiça, o certo é que aquela ordem constitui um ideal de justiça e um dos caminhos que levam o pensador do jus naturae é a sua insatisfação com a carência de justiça nos estatutos legais. O homem, ser eminentemente racional, sonda a razão de ser das coisas, não se submetendo passivamente a qualquer ordenamento. Procura-se o fundamento ético das leis e das decisões (NADER, 1996, p. 157).

Nesse ponto, a relevância do estudo desse autor para a discussão jurídica que pretendemos abordar já se nota como pertinente, pois Finnis, no mesmo sentido das vertentes clássicas do Direito natural que reconhecem a característica dualista do Direito natural, insere novos elementos ao presente debate, como, por exemplo, a defesa de que o positivismo e o jusnaturalismo não são incompatíveis, mas na verdade se complementam, onde caberá ao Direito natural o papel de avaliar a aptidão moral do ordenamento jurídico por um crivo de razoabilidade. Seguindo a vertente clássica dualista do Direito natural, a alegada conjugação exaltada por Finnis entre o Direito positivo e o natural será aqui melhor analisada.

Finnis se formou dentro da tradição da jurisprudência analítica⁵, ou seja, ciência social que busca descrever, analisar ou explicar determinada matéria ou assunto⁶. Nesses exatos termos, com essa análise normativa, observou que o positivismo jurídico somente poderia se legitimar, caso esse se socorresse às premissas desenvolvidas pela teoria do Direito natural finissiano, ou seja:

Uma reflexão sobre a metodologia de qualquer ciência social confirma que um teórico não pode fornecer uma descrição teórica e uma análise dos fatos sociais, ao menos que também participe do processo de avaliar, de entender o que é realmente

⁵ FINNIS, 2007, p.11.

⁶ FINNIS, 2006, p.17.

bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática (FINNIS, 2006, p. 17).

Com essa referência, já nas primeiras linhas da “Lei natural e Direitos naturais” demonstra Finnis que uma doutrina que defenda uma concepção eminentemente positivista estará fadada ao fracasso, pois o cerne de tais leis poderia estar perigosamente distante dos bens básicos do florescimento humano, originando, desse modo, as chamadas leis injustas.

Com isso, alguns questionamentos, para serem respondidos, carecem de uma fundamentação específica para a qual não encontramos uma resposta, nesse sentido, na doutrina kelseniana, pelas razões acima assinaladas, ou seja, o objeto de sua teoria em apresentar uma correta e coerente descrição da Ciência do Direito. Desta feita, a obra de Finnis, conforme os dogmas defendidos pelo autor, se apresentam como verdadeiro complemento ao positivismo jurídico, no sentido de que insere ao debate a advertência que, caso essa constatação seja mitigada, aponta para o risco real de que tal corrente seja fonte de leis injustas. Com tal afirmação, Finnis reconhece eventual validade das leis postas, ou seja, orienta que o Direito não pode prescindir de elementos previamente estabelecidos. Sendo assim, repudia os excessos ocorridos em torno do Direito natural que culminaram em tentativas de se buscar até mesmo uma codificação de tais dogmas, o que, para nosso autor, é impossível. Tal ponto é expresso em sua doutrina, como na seguinte passagem de “*Direito Natural em Tomás de Aquino*”:

Em síntese: uma teoria da lei natural (natureza) da lei procura, ao mesmo tempo, dar conta de sua faticidade e responder às questões que são centrais para o seu entendimento. Como listados por Green (2003) (tendo observado que “Nenhum filósofo do Direito poder ser apenas um positivista jurídico”), essas questões adicionais (“que o juspositivista não aspira a responder”), são: que tipo de coisas poderia possivelmente contar como qualidades do Direito? Que papel deveria ter a lei no julgamento? Que obediência a lei pode nos exigir? Que lei nos devemos ter? E deveríamos ter uma lei? Todas essas perguntas, embora organizadas e articuladas de maneira um pouco diferente, estão sob consideração nesse ensaio (FINNIS, 2007, p.85).

O Direito natural defendido por Finnis, com essa noção, é justamente aquele que se presta ao auxílio do Direito positivo, destacando que determinadas questões, então ignoradas por essa corrente doutrinária, carecem, de acordo com nosso autor, de uma completa análise normativa, para a solução de algumas

indagações, como, por exemplo: As leis injustas são leis? As gravemente injustas vinculam?

Desde já chamamos a atenção para o fato de que seria impossível, ou no mínimo imprudente, tentar alargar nosso campo de abrangência acerca do Direito natural, isso porque, como já apontado por Kelsen, a grande crítica que se pode fazer quanto ao jusnaturalismo seria justamente a sua falta de homogeneidade temporal, ou seja, uma completa falta de coesão quanto aos argumentos de validade utilizados por seus diversos defensores. Por tal ponto negativo, o Direito natural ganhou por seus opositores o rótulo de obscuro, supersticioso e perigosamente variável, sendo então a busca de Finnis em refutar essas atribuições.

Nesses termos, devido à amplitude significativa do tema em estudo, apontamos como enunciados basilares ao Direito natural: o seu dualismo, a derivação, seu caráter universal, cognoscibilidade, limite à atividade humana, sugeridos por Sgarbi, como apontamos abaixo:

Dualidade: o Direito natural decorre do fato de se afirmar de haver dois “Direitos” diferentes: o Direito natural imutável (ao menos para específica versão do Direito natural) e, portanto, situado acima e além da história, e o Direito positivo, obra humana na história e “posto” por um legislador (tem origem nas autoridades normativas).

Derivação: o Direito natural não representa apenas uma instância superior, mas uma maneira de se atribuir ou não reconhecimento jurídico aos materiais normativo.

Caráter universal: suas prescrições afetam a todos os homens por igual com independência, seja de grupo, comunidade ou país em que estejam;

Cognoscibilidade: o Direito natural pode ser reconhecido por todos, isso ao menos em seus preceitos fundamentais.

Limite a atividade do legislador: se crê que o Direito natural desautoriza a atividade legislativa que porventura venha a violá-lo. Portanto, o Direito natural é claramente heterônomo como também o é o Direito posto, ainda que sob perspectivas distintas. Porque o Direito posto pelo homem é heterônomo no sentido de que a norma jurídica é sustentada por uma autoridade “de fora” do sujeito que a “deve”, ou seja, o destinatário em relação à autoridade normativa que edita a prescrição; já o Direito natural é heterônomo não por uma relação destinatário e autoridade normativa, mas de ambos em relação à natureza. Sendo assim, todo o problema agora se cinge na idéia ou no modo com que se compreende essa “natureza” (SGARBI, 2007).

Destacamos dentre as características apontadas acima o dualismo de tal doutrina, ou seja, o traço marcante invocado pelo Direito natural é justamente essa divisão entre um Direito posto pela vontade dos homens, o “dever ser”, e um Direito natural derivado do “ser”.

Voltando aos enunciados apontados, essa é a síntese básica do Direito natural, sendo que “as dificuldades surgem quando se pretende o arrolamento dos princípios e se intensificam na medida em que se busca a pormenorização”⁷.

Com tal compreensão das características principais do Direito natural, não é demais ratificar que Finnis busca justamente trazer luz a este, nos sentido de desvinculá-lo das mistificações que sempre o acompanharam, dissociando-o de qualquer critério de justificação de cunho eminentemente metafísico. Pretende, sim, legitimar o Direito natural de acordo com os bens humanos aos quais imputou uma autoevidência e que somente podem ser alcançados por meio de instituições do Direito humano e requisitos de razoabilidade prática. Cabe assim à obra “*Lei natural e Direitos naturais*” identificar esses bens, bem como os requisitos de razoabilidade prática, para que, com esses elementos, possa Finnis construir sua teoria da justiça.

Concluído o presente tópico, citamos a seguinte passagem que muito bem reflete a importância da doutrina finissiana no debate em torno do jusnaturalismo:

O fato é que, após a publicação da obra encomendada por Herbert Hart, até mesmo o próprio Hart entendeu que os temas das teorias do Direito natural não poderiam mais ser discutidos nos termos até que então vinham sendo. De forma que, John Finnis transformou-se no grande expoente do Direito natural na modernidade, ultrapassando as fronteiras dos países do *commom law*, tornando-se referência obrigatória para aqueles que objetivam se dedicar à teoria do Direito (CORREAS, 2001, p. 251).

2.1.

Os valores básicos

Voltando aos bens humanos, Finnis busca, de acordo com a nova concepção do Direito natural, legitimar estes bens básicos evidentes ao esplendor humano por critérios objetivos e não subjetivos; dessa forma, apresenta os valores básicos da conduta humana como sendo inquestionáveis, ou seja, autoevidentes e passíveis de uma justificação racional⁸. Tanto é assim que denuncia que, na

⁷ NADER, 1996, p. 157.

⁸ Quanto a característica de imutabilidade do Direito natural, citamos Miguel Reale, em referência a Aristóteles, assim: “Dizia Aristóteles que, ao lado do Direito que muda da Grécia para a Pérsia, existe o Direito Natural, que por toda parte apresenta a mesma força, não dependendo das opiniões ou dos decretos dos homens, sempre igual, assim como o fogo por toda a parte queima igualmente. É o Direito ligado à natureza do homem, como expressão de suas inclinações *racionais*, de

apresentação de tais bens, não lança mão de qualquer artifício moral para legitimá-los, ao contrário, evidencia que os bens apresentados constituem-se como predicados necessários e indispensáveis para que se possa avaliar e ponderar acerca de juízos morais.

Com tal metodologia, novamente volta à ideia do predicado necessário para a correta avaliação da moral, sendo que qualquer negligência nesse sentido fatalmente acarretará uma lei com sérios problemas de justiça, segundo sua concepção. Conforme alerta Finnis, o “termo moral tem uma concepção um tanto incerta. Logo, é preferível formular nossa conclusão em termos de razoabilidade prática”⁹. Cumpre, assim, à filosofia finissiana identificar esses bens que podem ser realizados na ação humana e os requisitos de razoabilidade prática¹⁰.

O estabelecimento do foco quanto à análise dos assuntos humanos que possuem ou não relevância jurídica encontra na doutrina de Finnis critério identificador que não se confunde com a dogmática positivista, pois, segundo sua visão, a descrição do Direito empreendida por Kelsen, que busca uma exposição “a todos os estados de coisas que poderiam razoavelmente, no discurso não – teórico, ser chamados de Direito, por mais imaturos que esses estados de coisas possam ser (...)”¹¹, se mostra equivocada. Para Finnis, o erro de tal apontamento refere-se justamente à afirmação de que, em sua atividade cognitiva, deve o teórico descritivo selecionar os assuntos por meio de um critério prático, ou seja, avaliar o que realmente é importante segundo os bens básicos e os requisitos de razoabilidade prática para o Direito, daquilo que é dispensável. Com tal abordagem, o referido autor estabelece a distinção entre a teoria que busca uma descrição e avaliação dos assuntos humanos e aquela teoria do Direito natural, que pretende empreender uma seleção por meio de um “*projeto de avaliar as opções humanas com o propósito de agir, pelo menos remotamente, de modo razoável e bem*”¹². Exalta, nesse contexto, que tal processo avaliativo e seletivo das possibilidades, oportunidades, inclinações e capacidades do homem são

maneira que a lei determina e manifesta o que a reta razão concebe como belo e bom. Onde quer que haja vida em comum, aí encontraremos certos princípios que não são contingentes e variáveis, mas que, ao contrário, apresentam caráter de legitimidade porque não nascem de arbítrio e de convenção, que podem ser indiferentes ou nocivos, mas sim da natureza e da reta razão” (REALE, 2000, p.96).

⁹ FINNIS, 2007, p. 28.

¹⁰ FINNIS, 2006, p. 87.

¹¹ Ibidem, p. 23.

¹² Ibidem, p. 31.

imprescindíveis para trazer segurança no processo daqueles que se preocupam em agir conforme o Direito natural, sejam juízes¹³, estadistas e os próprios cidadãos. Esse é o traço forte inserto em “Lei natural e Direitos naturais”: mostrar o Direito natural com foco no homem, seja quanto aos bens básicos a serem sempre buscados e fomentados, seja quanto à razão a ser impingida pelo homem no seu agir. Assim, o Direito natural de Finnis encontra flagrante correspondência nos Direitos humanos, ou seja, liga-se ao “bom”, mas aqui interpretado não como adjetivo da conduta humana, mas sim, como critério objetivo de avaliação da moral, descrito pelos bens humanos básicos e que se evidenciam na vida.

Seu Direito natural com tal foco, flagrantemente influenciado por Tomás de Aquino e Aristóteles, se distancia de outras concepções das correntes jusnaturalistas cujo enfoque se baseava em uma legitimação metafísica ou mesmo no próprio homem, porém, sob outra perspectiva. Como exemplo desta última, citamos o “estado de natureza” utilizada por Thomas Hobbes¹⁴, pois para o autor inglês, o homem é um ser naturalmente egoísta e agressivo; ao qual é negada

¹³ RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o Direito fundamental à vida e à saúde. "O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis Direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo" (Ives Gandra da Silva Martins, in "Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso especial provido (REsp 353147 / DF, RECURSO ESPECIAL 2001/0076190-0, Ministro FRANCIULLI NETTO, T2 - SEGUNDA TURMA, 15/10/2002, DJ 18/08/2003 p. 187).

¹⁴ E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem Direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este Direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurar a paz, e segui-la. A segunda encerra a suma do Direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos (Thomas Hobbes. *Leviatã*. Ed. Abril Cultural. p. 82).

eventual qualidade quanto a um ser social. Tal passagem, por si só, já demonstra as diferenças, pois, para Finnis, a sociabilidade (amizade) humana não só é bem evidente, mas, como veremos, condição indispensável à consecução da justiça.

De fato, o entendimento, segundo o jusnaturalismo finissiano, do que sejam os bens básicos, bem como os preceitos de razoabilidade prática, se tornam imprescindíveis para uma correta, ou segundo o próprio Finnis, de uma segura avaliação do Direito.

Com isso, o Direito natural, seja em qual vertente for, se não for encarado, aplicado e respeitado dentro de seus próprios conceitos e limitações, se revelará como falaciosa e perigosa fonte de justificação, seja das fundamentações das sentenças judiciais, seja das decisões administrativas, seja da própria conduta humana. Essa constatação é peremptória no livro *“A Ciência do Direito”* de autoria de Tércio Sampaio Ferraz Jr., na seguinte passagem:

O jurista, ao contrário dos demais especialistas das chamadas Ciências Humanas, tem a vantagem aparente de ter recebido, em nossa cultura, por herança, um domínio até certo ponto já delineado. Os movimentos de secularização do Direito Natural, próprios do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, criaram um âmbito de conhecimento racional que permitiu a construção, já no século XIX, de um saber "científico" do fenômeno jurídico. Nesta época, apreciamos o empenho dos teóricos em entender o Direito como um produto tipicamente humano e social. O homem é percebido como um ser ambíguo, ao mesmo tempo um ser que, pela sua ação, cria, modifica e transforma as estruturas do mundo, e delas faz parte como simples elemento de estrutura planificada. O homem é autor e ator, sujeito e objeto da ação (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p.40).

Dessa orientação, destacamos que o jusnaturalismo, em especial na abordagem do Direito natural finissiano que apresentaremos, há de ser visto como um sistema metodológico próprio e que visa, sobretudo, a uma ordenação de sua teoria¹⁵. Dito isso, relevante também para nossa reflexão é a noção de que a busca de uma sistematicidade foi o grande desafio daqueles, como Hobbes, Grotius e Pufendorf, que buscaram a distinção entre o Direito natural e uma teologia moral,

¹⁵ Mas, para que todas essas tarefas sejam possíveis, há necessidade de seguir-se um método, uma via que nos leve a um conhecimento seguro e certo. Adquirem também os senhores, através da Introdução ao Estudo do Direito, as noções básicas do método jurídico. Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Sem método não há ciência. O homem do vulgo pode conhecer certo, mas não tem certeza da certeza. O conhecimento vulgar nem sempre é errado, ou incompleto. Pode mesmo ser certo, mas o que o compromete é a falta de segurança quanto àquilo que afirma. É um conhecimento parcial, isolado, fortuito, sem nexos com os demais. Não é o que se dá com o conhecimento metódico; quando dizemos que temos ciência de uma coisa é porque verificamos o que a seu respeito se enuncia. A ciência é uma verificação de conhecimentos, e um sistema de conhecimentos verificados (REALE, MIGUEL, 2000, p. 9).

ou seja, almejava-se uma ciência dotada de um caráter sistemático em detrimento de uma visão do comportamento humano sob a óptica de conceitos morais, éticos e religiosos. Ainda citando Ferraz Júnior, esclarece o autor que “a ligação entre ciência e pensamento sistemático pode ser datada do século XVII. É nessa época, inclusive, que o termo sistema se torna escolar e se generaliza, tomando a configuração básica que ainda hoje lhe atribuímos”¹⁶.

Voltando a Finnis, na elaboração de sua teoria do Direito natural, o autor, como já apontado, não se socorre de questões metafísicas ou da vontade de Deus, para legitimá-la, identifica, sim, **sete bens básicos** autoevidentes: a vida, o conhecimento, o jogo, a experiência estética, a amizade ou sociabilidade, a razoabilidade prática e a religião, todos ligados ao potencial humano de crescimento, o que nosso autor nomeou de “florescimento humano”¹⁷. Nesse mesmo sentido, citamos Adrian Sgarbi, em “*Clássicos da Teoria do Direito*”, no seguinte trecho:

Por outras palavras, esses “valores básicos para a existência humana” constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais. Ou seja, os basic values de Finnis operam não apenas como princípios de todo o esforço moral, mas também, “do político” e “do jurídico”. Portanto eles possuem caráter “pré – moral”, “pré – político” e “pré – jurídico”. De todo modo, mais uma vez importa assinalar que para nosso autor eles são “auto evidentes”, e mesmo que nem todos os homens os entendam e os realizam com igual intensidade, eles são universalmente fundamentais (SGARBI, p. 203/204).

Quanto à eventual indagação de que tais bens humanos não seriam evidentes em alguns casos, já que as culturas humanas apresentam manifestações bem peculiares e distintas, em razão de preferências, motivações e avaliações, Finnis esclarece pela universalidade dos bens básicos, da seguinte maneira:

Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita, em geral, como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida, como em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual, em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas (e.g. evitação do perigo),

¹⁶ REALE, MIGUEL, 2000, p. 22 e 23.

¹⁷ FINNIS, 2006, p. 58.

como também, especulativas ou teóricas (e.g. religião). Os seres humanos, que só sobrevivem à infância porque são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores de cooperação do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todos conhecem a amizade. Todos tem alguma concepção de *meum e tuum*, Direito a propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todos valorizam o jogo, sério e formalizado, ou informal e recreativo. Todos tratam o corpo dos membros mortos do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. Todos demonstram interesse por poderes ou princípios que devem ser respeitados por seres sobre-humanos, de uma forma ou de outra, a religião é universal (FINNIS, 2006, p.89).

Ressalta, contudo, que tal lista não é exaustiva, devendo o intérprete, inclusive na ponderação de eventual bem não reconhecido na presente descrição, buscar a conjugação dos bens por ele já previamente reconhecidos¹⁸. Quanto a eventual subordinação de um bem em detrimento de outro, exalta que todos os bens são igualmente fundamentais, não havendo hierarquia entre eles. Desse modo, a ponderação de um determinado bem é variável, no sentido de que uma pessoa pode considerar que um bem seja razoavelmente mais importante do que outro em um determinado momento de sua vida. Exemplifica que a vida pode ser considerada por uma determinada pessoa como um bem que se apresenta com uma simples pré – condição a outros bens, sem nenhum valor imanente, ou seja, mitigada frente a outros bens, como a amizade, a religião etc. No entanto, ainda utilizando o exemplo de Finnis, caso esta mesma pessoa reflita sobre o seu filho que morreu em um trágico acidente, estará, nesses termos, flagrantemente tendenciosa a mudar o foco, ou seja, a vida antes encarada como uma pré – condição; passará, por razões óbvias, a acreditar que o valor vida vale enquanto vida, e assim, desloca todos os demais bens para um papel orientador secundário¹⁹.

O que importa para Finnis é justamente estabelecer que tais bens não são hierarquizados, ostentando todos a mesma importância em sua teoria. O que pretende abordar nesse ponto é justamente fixar o foco possível a um bem básico²⁰, ou seja, a direção que uma pessoa pretende empreender no decorrer de sua vida com relação a esses próprios bens básicos.

¹⁸ FINNIS, 2006, p. 95.

¹⁹ FINNIS, 2006, p. 97.

²⁰ Cada homem é guiado em sua existência pelo primado de determinado valor, pela supremacia de um foco de estimativa que dá sentido à sua concepção da vida. Para uns, o belo confere

A apresentação de tais bens básicos em “Lei natural e Direitos naturais”, como, por exemplo, a sociabilidade e a experiência estética, podem parecer em um primeiro momento desprovidos de qualquer relevância ou contribuição para o entendimento de uma teoria em torno do Direito natural. Contudo, como já apontamos, a teoria do Direito natural de John Finnis é moldada justamente sobre esses conceitos de bens humanos básicos e evidentes, explorados pelos requisitos de razoabilidade prática e que orientam a conduta humana, repercutindo fortemente em direção à sua própria metodologia em torno da justiça²¹.

Reconhece, assim, que os seres humanos, “por viverem em comunidade uns com os outros, são confrontados com problemas de justiça e de Direitos, de autoridade, lei e obrigação”; dessa forma, evidencia que as leis “boas” devem retirar sua positividade de princípios imutáveis – “princípios que tiram sua força de sua razoabilidade, e não de quaisquer atos ou circunstâncias que lhes tenham dado origem”²². Igualmente, a teoria finissiana constrói justamente essa importante noção, da qual a autoridade moral de uma lei está intrinsecamente relacionada à sua aptidão em produzir normas que possuam a habilidade de gerar justiça, ou seja, textos normativos que buscam sua validade em princípios imutáveis, não se contentando com um critério de validade ligado exclusivamente à fonte do Direito.

Conforme ainda apontaremos, somente será possível responder a questão da obrigatoriedade ou não de leis injustas, se ficar bem clara a noção dos limites dos bens básicos, pois, conforme Finnis, “essa reflexão, é, de certa forma, uma tentativa de entender nosso caráter, ou natureza”²³.

significado a tudo quanto existe, de maneira que um poeta ou um escultor, por exemplo, possui uma concepção estética da existência, enquanto que um outro se subordina a uma concepção ética, e outros ainda são levados a viver segundo uma concepção utilitária e econômica à qual rigidamente se subordinam. Segundo o prisma dos valores dominantes, a Axiologia se manifesta, pois, como Ética, Estética, Filosofia da Religião etc. (REALE, 2000, p. 68).

²¹ Em referência aos bens básicos descritos por Tomás de Aquino, Finnis expõe nos seguintes termos: “Os bens básicos que os primeiros princípios práticos identificam e para os quais nos conduzem são apontados por Tomás de Aquino como (i) a vida, (ii) o “matrimônio entre homem e mulher e a educação das crianças [coniunctio maris et feminae et educatio liberorum]” (de modo nenhum redutível à “procriação”), (iii) o conhecimento, (iv) o viver em amizade (societas e amicitia) com os outros, (v) razoabilidade prática (bonum rationis) própria, e (vi) conhecer e relacionar-se apropriadamente com a causa transcendente de todo o ser, valor, normatividade e ação eficaz. (ST I-II q.94 aa. 2 e 3). FINNIS, Direito Natural em Tomás de Aquino. Trad. Leandro Cordioli. Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007, p 37.

²² FINNIS, 2006, p. 337.

²³ Ibidem, p. 87.

Enfim, apresentamos os bens básicos da teoria do Direito natural de John Finnis, lembrando, que na presente exposição, não lança o autor qualquer pressuposição de juízos morais para a explicação de tais bens, pois, como ensina Finnis, estes são evidentes (“inquestionáveis”) e utilizados em uma avaliação de juízos morais, não o contrário.

2.1.1.

O conhecimento

Iniciamos tal abordagem citando importante bem básico descrito por John Finnis, em “*Lei natural e Direitos naturais*”, que é o conhecimento. Este, segundo o jusnaturalismo finissiano, deve ser compreendido como aquele bem inerente à própria atividade humana e que se refere justamente à constante busca da verdade, que se contrapõe nesses termos, a uma “crença”²⁴. O saber, nesse ponto, é apresentado por uma escala em que é de relevo para Finnis o conhecimento que se relaciona com o desejo do despertar da curiosidade do ser humano, que o caracteriza como ser racional, ou seja, tal bem é algo que deve ser buscado e jamais negado. Tal atividade, assim, pode ensejar tanto um esforço cognoscitivo

²⁴ Acerca dos graus de conhecimento, relevante trazermos os apontamentos de Paulo Nader, que assim traz a distinção dos saberes: “Conhecimento vulgar: O simples ato de viver proporciona ao homem algumas noções fundamentais sobre as coisas. Ao verificar os fatos da natureza e os atos humanos, ao conviver ou utilizar-se dos meios de comunicação, ele recebe um complexo de informações ligadas a múltiplas áreas do saber. Assim, a leitura de um periódico, a consulta a um especialista, a observação do trabalho alheio levam-no a adquirir o conhecimento vulgar, que se caracteriza por ser fragmentário, assimétrico e por revelar a posse intelectual das coisas por seus aspectos meramente exteriores e superficiais. É o conhecimento que temos, por exemplo, de que a Terra desenvolve, no espaço, os movimentos de rotação e de translação e de que os corpos mais pesados do que o ar são atraídos ao solo. É um saber não reflexivo que alcança exclusivamente a noção de que um fenômeno isolado, sem mostrar sua relação com uma série de fatos e fenômenos. No âmbito do Direito corresponde ao saber do rábula, que conhece apenas pela experiência, despercebendo a harmonia do sistema e dos princípios que lhe informa e lhe dão consistência. Conhecimento Científico. Mais amplo que o saber vulgar e menos abrangente que o filosófico, o conhecimento científico consiste na apreensão mental das coisas por suas causas ou razões, através de métodos especiais de investigação. Ele não se ocupa de acontecimento isolados, mas supõe a visão ampla de uma determinada área do saber e, ao contrário do conhecimento vulgar, é reflexivo. Conhecimento filosófico. O conhecimento filosófico representa um grau a mais em abstração e em generalidade. O espírito humano não se satisfaz, em um plano de existência, com as explicações parciais dadas pelas diversas ciências isoladas. Os fenômenos científicos não se dispõem em compartimentos incomunicáveis, estranhos entre si, e, por isso, o homem quer descobrir a harmonia, a concatenação lógica, ou nexos de adaptação e de complementação que governam toda a trama do real. Visando a estabelecer princípios e conclusões, ele toma por base de análise a universalidade dos fatos e dos fenômenos e, com fundamental importância, a própria vida humana. Esse objetivo é alcançado pelo saber filosófico (NADER, PAULO, 1996, p. 4/6).

mais técnico ou mais “humilde”, onde, como exemplo do primeiro, podemos citar a curiosidade do ser humano pode ser despendida para que se busque o significado de determinada lei, onde o intérprete deverá se reportar a considerável técnica para a sua empreitada ou, como apontado, em uma atividade mais simplória, como aquela em que se busca avaliar se um determinado boato é verdadeiro ou falso. Nesses termos, seja por qual motivo for, tal constatação será irrelevante para Finnis, pois o conhecimento para o autor é aquele que orienta a atividade humana no correto julgamento das coisas, ou seja, atividade empreendida em uma correta reflexão das oportunidades apresentadas ao indivíduo durante a sua vida.

Assim, repudia o conhecimento vulgar, o qual nosso autor considera inapto a conduzir o ser humano a uma correta avaliação e julgamento e sua atividade, projetos ou compromissos. Nesses exatos termos expõe Finnis:

E também não seria logicamente decisivo estabelecer que todas as pessoas humanas não apenas desejam saber (têm o ímpeto da curiosidade), como também afirmam o valor conhecimento, o respeitam e o buscam em suas vidas, (Inversamente, o fato de que nem todos os homens buscam ou admitem buscar, ou mesmo louvam da boca para fora, o valor do conhecimento não fornece base suficiente para se negar ou rejeitar esse valor.) Saber disso e como outras pessoas tem valorizado o conhecimento é relevante, pois serve de revelação, sugestão ou lembrete da gama de oportunidades abertas à pessoa (FINNIS, 2006, p. 204.).

Finnis orienta que o “bem” conhecimento liga-se fortemente à racionalidade do homem, onde, somente dessa forma, a potencialidade humana poderá ser plenamente desenvolvida; logo, a negação de tal bem básico conduz inegavelmente o ser humano a arbitrariedade, pois seu julgamento, o entendimento e a descoberta dos fatos serão equivocados. Deduz que o conhecimento não é um valor moral, pois lembramos que todos os bens básicos são evidentes e inegavelmente sentidos, mas, sim, requisito necessário para qualquer ponderação lúcida acerca da moral.

Como aponta Sgarbi, em “Clássicos da Teoria do Direito”, o sentido de conhecimento deve ser aquele especulativo, ou seja, “conhecimento constitui um valor na medida que é buscado “por si mesmo”, e não instrumentalmente, ou seja, quando ele é útil para a consecução de outro objetivo”²⁵. O conhecimento como bem básico evidente da natureza humana é aquele ligado aos desejos do ser

²⁵ SGARBI, p.203/204.

humano, sua aptidão em investigar, conhecer, ou seja, saber por si mesmo e não como instrumento para a busca de outro objetivo. Eleva Finnis que “a capacidade de alguém pensar sobre a maneira como as coisas são pode ser (e o é naturalmente, ou seja, sem esforço e normalmente) “ampliada” (metáfora de Tomás de Aquino) pensando inteligentemente, fazendo julgamento verdadeiros e razoáveis sobre o que fazer”²⁶.

Por fim, para o jusnaturalismo finissiano o conhecimento é digno de ser perseguido, no sentido de demonstrar um amadurecimento da conduta do homem. Assim, uma pessoa pode simplesmente possuir um conhecimento o qual se preste e se apresente eficaz pela simples constatação de que seja suficiente para resolver problemas de possibilidades disponíveis ao ser humano. Ocorre, como adverte Finnis, que o conhecimento que possui relevância ao Direito natural é aquele que se apresenta como um “insight” em relação a um conhecimento que se contenta com um universo de respostas já disponíveis. Seguindo, o conhecimento, como bem básico evidente, é aquele que “não é meramente uma possibilidade, mas também um bem [bonum], ou seja, uma oportunidade, um benefício, algo desejável como um tipo de aperfeiçoamento (uma perfectio) de sua própria condição ou a de qualquer um, e como algo a ser perseguido”²⁷.

2.1.2. A vida

A “vida” é outro bem básico apontado por Finnis, que corresponde a um “impulso de autopreservação” do ser humano, onde se inclui a sua aptidão em buscar a saúde corporal, seja no zelo para com o corpo humano, seja pela busca da cura em razão de determinada enfermidade etc. Ressalta, todavia, que tal procura pela autopreservação, conforme os apontamentos acima destacados, podem se manifestar de várias formas, como exemplifica Finnis:

No trabalho de equipe dos cirurgiões e de toda a rede de apoio, serviços auxiliares, faculdades de medicina etc.. leis e programas de segurança nas estradas, campanhas de erradicação da fome, agricultura, criação e pesca, comercialização de alimentos, reanimação de suicidas, tomar cuidado ao atravessar na rua [...] (FINNIS, 2006, p. 91.).

²⁶ FINNIS, 2006, p. 29.

²⁷ FINNIS, 2006, p. 36.

É evidente que, para o autor, ao descrever os meios nos quais se busca a preservação desse importante bem, que se manifesta tanto por um conjunto de atividades inerentes à figura Estatal, como também nas próprias relações intersubjetivas, ressalta a relevância do bem “vida” e o constante esforço da atividade humana em preservá-la. Torna inegável seu peso em relação aos demais bens, mesmo aqui onde nos referimos à vida em seu valor abstrato, pois esta é evidente e sentida por si mesma e, como destacamos, a abordagem aqui despendida é aquela alheia às discussões científicas sobre o envolvente tema.

Enfim, por mais fascinante que sejam as discussões sobre o bem básico “vida”, com todas as suas implicações e questões que inevitavelmente emergem, como as discussões envolvendo o aborto, eutanásia, inseminação artificial, nos contentaremos com as lições descritas em “Lei natural e Direitos naturais”, ou seja, de que a “vida” é um bem básico do ser humano, então, evidente e inegavelmente relevante, sendo, assim, que qualquer manifestação em contrário a esse bem será repudiada pelo Direito natural de John Finnis.

Não se pode negar que os bens básicos abordados pelo nosso autor, refiram-se justamente ao que se liga ao bom, ao que se refere à autopreservação como um bem fundamental do ser humano, ou seja, o mal deve ser evitado. Com tais considerações, conforme as linhas do Direito natural finissiano, a preservação da vida é fator determinante ao “florescimento” humano, devendo ser sempre fomentada e preservada, afastando-se por consequência, qualquer revelação em sentido contrário.

Para arrematar o debate em torno do bem básico “vida”, Finnis discute se a propagação da vida pela procriação (acasalar, procriar, criar) pode ou não ser considerada como integrante desta forma de manifestação humana ou, na verdade, ser uma forma de bem básico distinto. Pondera, nesses termos, que há inegável distinção entre o ímpeto de copular ou o ímpeto de autopreservação, quanto àquele inerente dos instintos maternos ou paternos:

Pode-se dizer que existe um impulso (de copular, digamos) e um canal de expressão física para este impulso (ou uma gama de tais formas físicas); mas, enquanto ação, busca e realização humana de valor, o intercuro sexual pode ser um jogo, e/ ou expressão de amor ou amizade, e /ou tentativa de procriação²⁸.

²⁸ FINNIS, 2006, p. 92.

Com tal referência, para Finnis, somente a cópula que vise a uma propagação da vida pela procriação é que será abarcada no bem básico “vida”. Nos demais casos, os desejos são aspectos da busca de valores, também básicos, como o jogo ou a sociabilidade, que, contudo, não se confundem com o bem aqui apresentado.

Para melhor compreensão do que foi aqui dito, merece o destaque de que Finnis também nos orienta à sua constatação de que o ímpeto, inerente à natureza da pessoa, nem sempre se configura como meio para se atingir um valar básico. Denota que as inclinações do ser humano somente possuem relevância para nosso autor, quando repercutem na busca de um determinado valor bom, tudo nos moldes de sua concepção acerca do jusnaturalismo, ou seja, um bem básico evidente. Com tais considerações, esclarece o Direito natural finissiano, nas seguintes linhas:

Pois não estou tentando justificar nosso reconhecimento e busca de valores básicos fazendo uma dedução a partir de qualquer conjunto de inclinações, ou mesmo indicando qualquer conjunto destes. A questão ao contrário, é que o egoísmo, a crueldade e coisas desse tipo simplesmente não estão para algo que evidente bom como o ímpeto para autopreservação está para o bem evidente por si mesmo da vida humana. O egoísmo, a crueldade etc. não carecem de alguma explicação de um modo que a curiosidade, a amizade etc. não carecem (FINNIS, 2006, p. 96.).

Enfim, quanto a esse ponto em especial, ou seja, a elevação da propagação da vida pela procriação, pelo ímpeto de copular, a um bem básico de tamanho relevo, conforme demonstrado por Finnis, denota que tal construção metodológica se deve muito a Santo Tomás de Aquino, o qual já mencionamos, e é referência constante no Direito natural finissiano. Nesse aspecto, citamos esclarecedora passagem abordada por Cinara Nagra, nos seguintes termos²⁹:

Pode ser então concluído que a razão pela qual, para Aquino, o sêmen não pode ser desperdiçado, está relacionada ao propósito da vida: a preservação e propagação da espécie. Desde que o esperma masculino cumpre um papel especial no mistério da transmissão da vida, cada ato particular de transmissão de sêmen é moralmente significativo. Essa visão tomista está provavelmente relacionada com visões bíblicas sobre o sêmen. Aquino ainda nos diz:

Deve ser contrário ao bem do homem que o sêmen seja emitido sob condições tais que resulte a geração, mas que não haja a “criação” apropriada dos filhos... É evidente que a fêmea, na espécie humana, não é capaz de tomar conta da prole por

²⁹ “Os novos filósofos da lei natural e a visão Cristã sobre a homossexualidade” retirado da internet em 04 de maio de 2010, às 20h42min, no site [HTTP://www.cchla.ufm.br](http://www.cchla.ufm.br).

si própria, já que as necessidades da vida humana exigem muitas coisas que não podem ser providenciadas por apenas uma pessoa. Portanto, é apropriado para a natureza humana que um homem permaneça junto à mulher depois do ato gerador, e não a deixe imediatamente para ir logo ter relações com outra mulher, como é a prática dos fornicadores. Nem o fato de que a mulher pode ser capaz de tomar conta dos filhos por si própria, é um obstáculo para este argumento. Porque a retidão natural nos atos humanos não é dependente de coisas acidentalmente possíveis, para um indivíduo, mas sim nas condições que acompanham a espécie inteira (AQUINAS, 1975, p. 144).

Nessas mesmas linhas e agora abordando a importância do casamento como meio idôneo para a instituição de um bem humano básico, determina a citada autora, nos seguintes termos:

Aqui Aquino estabelece a razão básica cristã para o casamento. É do interesse da prole que o casal continue a viver juntos após o nascimento dos filhos a fim de prover condições básicas para a sua sobrevivência, tais como alimentação e educação. Ele diz: Na espécie humana é preciso dedicar à criação dos filhos um tempo pequeno, por um longo período da vida. Portanto, desde que entre todos os animais é necessário que o macho e a fêmea permaneçam juntos pelo tempo que a permanência do pai for necessária para o crescimento da prole, é natural no ser humano que o homem estabeleça uma longa associação com uma determinada mulher, por um período de tempo que não seja curto. Chamamos esta sociedade de matrimônio. Assim, o matrimônio é natural para os homens, e a performance promíscua do ato sexual, fora do matrimônio, é contrária ao bem do homem, e por isto deve ser um pecado” (AQUINAS, 1975, p. 145).

Por fim, com alusão ao que já foi dito quanto à constatação de que todos os bens básicos são igualmente importantes e igualmente fundamentais, ou seja, de que, para o Direito natural finissiano, pouco importa se a sexualidade humana é tida com o objetivo de propagação da vida pelo simples desejo de ter um filho, ou o casamento, na concepção de Tomás de Aquino, como manifestação sagrada do desejo em educar uma criança numa vida em família, bem como pelo simples desejo sexual pelo jogo da sedução ou pela sociabilidade inerente ao ser humano; concluímos que Finnis defende que tais bens se apresentam fortemente interligados, refutando, nesses termos, uma *“convenção antropológica que trata a sexualidade, o acasalamento e a vida em família como uma única categoria ou unidade de investigação, nem com um juízo ético que trata a família, a procriação e a educação das crianças como um aglomerado indistinguíveis de responsabilidades morais”*³⁰. Somente com essa concepção mais ampla é que a sexualidade, para o nosso autor, pode ser inserida em um contexto de bem básico,

³⁰ AQUINAS, 1975, p. 92.

sendo que tal inclusão, com as devidas consequências, fará toda a diferença em sua metodologia em torno da justiça ou não das leis.

2.1.3. O jogo

Como terceiro bem básico manifesto do ser humano Finnis exalta o “jogo”. Assim, defende que este aspecto da cultura humana se refere a qualquer atividade do homem, já que qualquer engajamento, mesmo que despropositado, pode conter um aspecto de jogo. Destaca Finnis da seguinte maneira:

E o que é mais importante, cada um de nós pode ver o que se trata engajar-se em atividades que não têm qualquer propósito, além de seu próprio desempenho, e que são desfrutadas por si mesmas. O desempenho dessa atividade pode ser solitário ou social, intelectual ou físico, tenso ou relaxado, altamente estruturado ou relativamente informal, convencional ou de padrão ad hoc [...](FINNIS, 2006, p. 92).

Buscamos agora o aprofundamento do estudo desse bem básico. Para isso destacamos a obra “Homo Ludens”, de Johan Huizinga, autor que inspirou John Finnis na formulação do bem evidente, denominado “jogo”. Como já evidencia o título de seu livro, Huizinga pondera que o jogo é fator preponderante e inerente ao desenvolvimento das civilizações, reconhecendo que tal aptidão da natureza humana denota uma maturidade da condição humana, pois, se em um determinado momento histórico o homem foi visto como aquele que pensa (*homo sapiens*) ou aquele que fabrica (*homo faber*), insere que uma terceira função pode ser agora enaltecida, ou seja, o homem que joga (*homo ludens*). Destaca que tal bem possui uma função significativa para o ser humano, ou seja, como campo específico para o desenvolvimento de uma atividade social ou cultural, torna assim, imprescindível a avaliação quanto a hábitos e impulsos naturais do homem. Como exemplo dessa função social do “jogo”, o autor aqui abordado por nós, buscando trazer luz a esta constatação, exemplifica da seguinte forma:

As grandes atividades arquetípicas da sociedade humana são, desde início, inteiramente marcadas pelo jogo. Como por exemplo, no caso da linguagem, esse primeiro e supremo instrumento que o homem forjou a fim de poder comunicar, ensinar e comandar. É a linguagem que lhe permite distinguir as coisas, defini-las e constatar-las, em resumo, designá-las e com essa designação elevá-las ao domínio

do espírito. Na criação da fala e da linguagem, brincando com essa maravilhosa faculdade de designar, é como se o espírito estivesse constantemente saltando entre a matéria e as coisas pensadas. Por detrás de toda expressão abstrata se oculta uma metáfora, e toda metáfora é jogo de palavras. Assim, ao dar expressão à vida, o homem cria um outro mundo, um mundo poético, ao lado do da natureza. Outro exemplo é o mito, que é também uma transformação ou uma "imaginação" do mundo exterior, mas implica em um processo mais elaborado e complexo do que ocorre no caso das palavras isoladas. O homem primitivo procura, através do mito, dar conta do mundo dos fenômenos atribuindo a este um fundamento divino.

Em todas as caprichosas invenções da mitologia, há um espírito fantasista que joga no extremo limite entre a brincadeira e a seriedade. Se, finalmente, observarmos o fenômeno do culto, verificaremos que as sociedades primitivas celebram seus ritos sagrados, seus sacrifícios, consagrações e mistérios, destinados a assegurar a tranqüilidade do mundo, dentro de um espírito de puro jogo, tomando-se aqui o verdadeiro sentido da palavra. Ora, é no mito e no culto que têm origem as grandes forças instintivas da vida civilizada: o Direito e a ordem, o comércio e o lucro, a indústria e a arte, a poesia, a sabedoria e a ciência. Todas elas têm suas raízes no solo primevo do jogo (HUIZINGA, p. 7 e 8).

Enfim, voltando a Finnis, reflete nosso autor que o jogo é uma função da vida e que apresenta ao ser humano um espaço de regras, desejos, competições e ambições. Refere que tal bem possui relevância ao Direito, no sentido de que, em regra, o jogo se desenvolve em um ambiente tenso, instável. Com essa referência descreve Huizinga que:

A qualquer momento é possível à "vida quotidiana" reafirmar seus Direitos, seja devido a um impacto exterior, que venha interromper o jogo, ou devido a uma quebra das regras, ou então do interior, devido ao afrouxamento do espírito do jogo, a uma desilusão, um desencanto (HUIZINGA, p.19).

Quanto à relação entre o jogo e o Direito, merece referência a obra “*Teoria da Norma Jurídica*”, de Tércio Sampaio Ferraz Jr., no sentido de que evidencia o Direito como instrumento de “controle” e “manipulação” de condutas individuais e o faz assim, por meio de uma comunicação aos jurisdicionados daquelas regras de conduta selecionadas pela autoridade normativa. Dessa forma considera que o bem jogo é indissociável do Direito, conforme expresso na seguinte passagem:

Ora, os sistemas normativos são tipicamente jogos sem fim que, graças ao princípio da impossibilidade de não comunicar, exigem sempre uma comunicação que, interrompendo o jogo anterior, instauram sempre uma relação normativa. Além disso, são jogos também sem começo, sendo inviável uma hipótese de uma interação humana sem normas (FERRAZ JÚNIOR, p. 170).

Ainda com o apoio no texto de Huizinga, esclarece o autor que o jogo é bem fortemente ligado à cultura humana, seja no que tange às tradições humanas, na

dança, na música, na linguagem ou no jogo por si mesmo, pelo simples prazer de jogar. Nesse ponto, finalizamos o estudo deste importante bem básico, destacamos interessante ponto da obra aqui em relevo, “*Homo Ludens*”, pois, nos termos ali colocados, o jogo deve ser visto como também àquele vinculado aos conflitos intersubjetivos, o processo litigioso abordado em um contexto de verdadeira competição é interessante exemplificação do bem a que aqui se dá a ênfase, pois aqui encontramos tanto o árbitro, fiscal do devido respeito às regras do jogo e um objetivo final comum aos litigantes de vencer, ou seja, ganhar uma causa; nesses termos, colamos a seguinte passagem:

Os juízes que vão ministrar a justiça saem da vida "comum" no momento em que vestem a toga e colocam a peruca. Não sei se essa indumentária tradicional dos juízes e advogados ingleses foi objeto de alguma investigação etnológica. Parece-me que ela pouco tem a ver com a moda da peruca predominante nos séculos XVII e XVIII. A peruca do juiz é uma sobrevivência da coifa medieval usada pelos juristas ingleses, a qual era originalmente uma touca branca bem apertada, e ainda hoje tem um vestígio no pequeno rebordo branco da extremidade inferior da peruca. Todavia, a peruca do juiz é mais do que uma relíquia de um traje oficial antiquado. Sua função tem um profundo parentesco com a das máscaras de dança dos povos primitivos. Transforma quem a usa em um outro "ser". E não é de maneira alguma o único traço antigo que o forte sentido da tradição própria dos ingleses conservou na esfera do Direito. O elemento esportivo e humorístico, tão importante na prática processual inglesa, é um dos traços fundamentais do Direito na sociedade arcaica. É claro que este elemento não está inteiramente ausente da tradição popular de outros países. Mesmo nas tradições jurídicas do resto da Europa, que habitualmente se revestem de uma seriedade maior do que a da Inglaterra, encontram-se vestígios dele. Um antigo juiz escreveu-me o seguinte: "O estilo e o conteúdo das intervenções nos tribunais revelam o ardor esportivo com que nossos advogados se atacam uns aos outros por meio de argumentos e contra-argumentos (alguns dos quais são razoavelmente sofisticados). Sua mentalidade por mais de uma vez me fez pensar naqueles oradores dos processos adaptados que, a cada argumento, espetam na terra uma vara, sendo considerado vencedor aquele que no final puder apresentar o maior número de varas (HUIZINGA, 2000, p.19).

2.1.4.

Experiência estética

Identifica Finnis que o quarto bem básico do florescimento humano é a “experiência estética”³¹. Para o autor, o bem básico jogo pode funcionar como

³¹ “Se, portanto, não for possível ao jogo referir-se diretamente às categorias do bem ou da verdade, não poderia ele talvez ser incluído no domínio da estética? Cabe aqui uma dúvida porque, embora a beleza não seja atributo inseparável do jogo enquanto tal, este tem tendência a assumir acentuados elementos de beleza. A vivacidade e a graça estão originalmente ligadas às formas mais primitivas do jogo. É neste que a beleza do corpo humano em movimento atinge seu apogeu.

uma fonte para a experiência estética, como, por exemplo, a “música”, a “dança” etc., porém, a experiência estética não somente decorre de uma atividade humana, mas também, como sendo evidente da própria natureza, ou seja, prescinde uma ação humana; o homem passa a ser visto como expectador e não como ator. De tal referência denota-se que experiência estética é bem básico evidente, no sentido de que o ser humano, ao realizar juízos morais, efetua tais avaliações por meio de uma contemplação sensitiva. Nesses termos destaca nosso autor:

A experiência estética, diferentemente do jogo, não precisa envolver ação de nossa parte; o que é buscado e valorizado por si mesmo pode ser simplesmente a forma bela “exterior” à pessoa, e a experiência “interior” de apreciação de sua beleza. Mas, muitas vezes, a experiência valorizada é encontrada na criação e/ou apreciação ativa de alguma obra de forma significativa e satisfatória” (FINNIS, 2006, p. 93).

2.1.5.

A sociabilidade (amizade)

Como quinto bem básico, John Finnis, nos traz a “sociabilidade” e a “amizade”. Nesse ponto, chamamos a atenção para o fato de que Finnis não diferencia a palavra “sociedade” da palavra “comunidade”. Seja numa expressão como em outra, o real significado extraído da “Lei natural e Direitos naturais” deve ser aqui empreendido não como aquele no qual a comunidade é vista como algo que simplesmente existe, mas, sim, “como comunidade de associação enquanto estado ativo de coisas, de compartilhar de vida, de ação ou de interesses, um associar-se ou reunir-se”³².

Propõe ainda Finnis que tais bens evidentes na conduta humana possuem inegável e importante ponderação, de maneira que a sociabilidade se refere a uma versão mais fraca em relação à amizade, ou seja, onde aquela se expressa por um simples convívio pacífico entre os homens em uma comunidade. Já a referência mais forte da manifestação de tal bem se liga à amizade, a qual, conforme nosso

Em suas formas mais complexas o jogo está saturado de ritmo e de harmonia, que são os mais nobres dons de percepção estética de que o homem dispõe. São muitos, e bem íntimos, os laços que unem o jogo e a beleza. Apesar disso, não podemos afirmar que a beleza seja inerente ao jogo enquanto tal. Devemos, portanto, limitar-nos ao seguinte: o jogo é uma função da vida, mas não é passível de definição exata em termos lógicos, biológicos ou estéticos. O conceito de jogo deve permanecer distinto de todas as outras formas de pensamento através das quais exprimimos a estrutura da vida espiritual e social” (HUIZINGA, 2000, p. 09).

³² FINNIS, 2006, p. 138.

autor, é a preocupação com o próximo, ou seja, um agir em nome do amigo. Tal bem é visto por Finnis como verdadeiro instrumento para que o bem comum seja atingido, pois, quando alguém despende sua energia em benefício de outrem, não há somente uma colaboração ou coordenações recíprocas, mas, sim, um bem comum revelado por “autoconstituição e auto – realizações” mútuas. Nosso autor reconhece que, na prática, os limites existentes entre o jogo, a sociabilidade, amizade etc. não aparecem bem definidos; assim, não é demais reconhecer que o sentido da verdadeira amizade, no sentido da doutrina finissiana que acima abordamos, seja vista na vida em “alguns de nossos conhecidos, em nossas aspirações, ou como refletido em nossa linguagem, poesia, tragédia (...)”³³.

A devida compreensão de tal bem básico deve necessariamente passar pelo conceito de “comunidade completa”, trazido por John Finnis, como expoente a um máximo da interação humana. De tal marco, evidencia que na vida prática, nos defrontamos com uma série de associações em que reconhecemos certa coordenação, um objetivo em comum, contudo, vista pelo jusnaturalismo finissiano como uma manifestação incompleta do bem básico sociabilidade ou comunidade. Finnis exemplifica que a família é uma associação incompleta, no sentido de que é inapta a proporcionar sequer a transmissão inalterada de sua base genética por seus próprios membros, sem que isso leve à destruição dessa família pela prole; como também de que tal forma de associação demonstraria inevitável ruína econômica, levando à derrocada de seus membros, haja vista, o campo restrito de atividade a que estariam seus componentes submetidos.

Seguindo, denota que as “associações econômicas, culturais e esportivas”, também não devem ser consideradas como manifestações plenas da “comunidade”, considerando-se que os interesses ali defendidos pelos participantes são por demais específicos, assim, insuficientes para influir no todo, a fim de proporcionar um bem – estar geral. Tal exegese também pode ser pactuada quanto ao bem básico “amizade”, a qual cerca a relação entre marido e mulher, pois também envolve uma relação restrita ao casal, também insuscetível de influir em toda a comunidade. Enfim, ante tais considerações, o conceito de “comunidade completa” deve ser aquele que se aproxima da constatação de que toda e qualquer manifestação individual ou uma associação propriamente dita

³³ FINNIS, 2006, p.143.

possuam preponderante relevância e influência a uma associação global. Somente dessa forma é que todos os assuntos humanos estarão inseridos no contexto dessa comunidade, a qual será realmente considerada completa, no momento em que as deliberações a ela submetidas sejam as mais amplas possíveis. Nesse ponto afirma Finnis que:

Então emerge o caráter desejável de uma “comunidade completa”, uma associação global na qual seriam coordenadas as iniciativas e atividades dos indivíduos, das famílias e da vasta rede de associações intermediárias. O propósito dessa associação abrangente seria garantir todo o conjunto de condições materiais e outras, inclusive formas de colaboração, que tendem a favorecer, facilitar e promover a realização, por parte de cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal (FINNIS, 2006, p.148/149).

Quanto à referência acima citada, também citamos Hanna Harendt, em “*A Condição Humana*”:

Em comparação com a realidade que decorre de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima – as paixões do coração, os pensamentos da mente, os deleites dos sentidos – vivem uma espécie de existência incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformados, desprivatizados e desindividualizados, por assim dizer, de modo a se tornarem adequadas a aparição pública (HARENDT, 2007, p. 59/60).

Dessa forma, é relevante para Finnis, como expressão de um bem básico “sociabilidade”, uma associação de proporção global, na qual seja relevante que tanto as atividades e iniciativas individuais como aquelas empreendidas pelas associações em seu sentido estrito, sejam ressaltadas e devidamente consideradas para que se atinja o bem dos indivíduos, ou seja, um bem estar geral, ou melhor, um “bem comum”. Alerta que o “bem comum” com o qual a “Lei natural e os Direitos naturais” se preocupam é justamente aquele que expressa “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”³⁴. Assim, diferencia o bem comum que é buscado por todos os indivíduos, na medida em que os bens básicos evidentes são bons para todos, como por exemplo o respeito à vida, quando abordado o bem básico “vida”; daquele bem comum que se insere nas “condições materiais”, para

³⁴ FINNIS, 2006, p.155.

que se busque justamente o desenvolvimento de cada indivíduo em uma comunidade. Somente assim, com a luz voltada para o todo, com a correta coordenação entre a família, as associações e os indivíduos, é que a imparcialidade para com as pessoas e dos próprios valores básicos poderão ser fomentados, e, por consequência, bens básicos como a “saúde, educação, ciência e arte” poderão ser realizados³⁵.

Como consequência de uma comunidade, destacamos a coordenação entre os seus membros, no sentido de que o “bem comum” ou o objetivo em comum seja alcançado; esse foi o traço marcante que encontramos em “Lei natural e Direitos naturais” em referência às características das associações. Ocorre que de tal conexão entre os indivíduos é que surge a necessidade de que a autoridade estabeleça normas para resolver justamente os problemas de coordenação que irão ocorrer. Quanto a tal referência, citamos:

É por isso que é característico dos sistemas legais que (i) eles reivindiquem a autoridade de regular todas as formas de comportamento humano (uma reivindicação que nas mãos do advogado se torna postulado artificial de que sistemas legais não têm furos); que (ii) eles, portanto, reivindiquem ser a autoridade suprema para sua comunidade e regular as condições de acordo com as quais cada um dos membros dessa comunidade pode participar de qualquer outro sistema ou associação normativa; que (iii) eles caracteristicamente professem “adotar” regras e arranjos normativos (e.g., contratos) de outras associações de dentro e de fora da comunidade completa, dessa forma, “dando a elas força legal” para essa comunidade; assim, eles mantêm a noção de completude e supremacia, sem pretexto ser de modo razoável a única associação à qual seus membros podem pertencer, ou a única comunidade completa com a qual seus membros podem lidar, e sem se empenhar em prever e prover substantivamente toda atividade e arranjo nos quais seus membros podem desejar se engajar (FINNIS, 2006, p.149).

Pode parecer estranho, mas, para Finnis, a lei nesse contexto passa a ostentar de incontroversa relevância em uma comunidade completa, pois, caso seja negligenciada, o bem básico “sociabilidade” estará perdido no caminho. Isso porque o bem comum aqui em destaque é aquele que tem como objetivo a busca pela imparcialidade de preferências individuais, tendo a lei a importante tarefa de balizar a conduta humana, para que essa interação seja justamente a mais ampla e harmoniosa possível, pois, como citado, Finnis releva a importância por associações em sentido estrito, ou seja, como um objeto restrito, no sentido de que são inaptas a refletirem um “interesse público”, como também, um “bem comum”.

³⁵ FINNIS, 2006, p.150.

2.1.6. A religião

A religião, para Finnis, vista como um bem humano básico, é assumida em um contexto abstrato, ou seja, refere-se à relação que existe entre uma pessoa e um divindade qualquer. Isso porque, caso nosso autor vinculasse sua lei natural e os princípios da razoabilidade prática, como subordinadas a uma vontade de Deus, sua teoria se dissociaria do seu objetivo de justamente buscar uma legitimação por critérios objetivos e não metafísicos. Citamos, assim, Adrian Sgarbi, no seguinte trecho de “Clássicos da Teoria do Direito”:

A religião encontra-se no campo reconhecimento de Finnis que muito embora algumas pessoas podem duvidar a respeito da inclusão da religião dentre os bens humanos (porque há sempre aqueles que duvidam que existe uma ordem de coisas universal que tenha origem mais além das “origens” conhecidas pelas ciências naturais) , esclarece que por “religião” entende algo a ser determinado por cada um de nós, até mesmo se crê em uma ordem universal , ou se assume uma postura agnóstica (SGARBI, p. 206).

2.1.7. A razoabilidade prática

Finalizando a apresentação do rol dos bens básicos evidentes da natureza humana, segundo o jusnaturalismo finissiano, trazemos a “razoabilidade prática”. Deixamos propositadamente a abordagem deste bem por último, no sentido de enaltecermos a importância e a complexidade da razoabilidade prática para a teoria do Direito Natural de Finnis, pois, além de ser bem evidente por si só quando se refere à razão humana, este apresenta um caráter dualista, no sentido de que também se refere a uma orientação em que se busque a avaliação do que seja moralmente bom, daquilo que seja imoral frente a todos os outros bens básicos. Conforme Finnis, “a razoabilidade tanto é um aspecto do bem-estar humano quanto diz respeito à participação da pessoa em todos os (outros) aspectos básicos do bem-estar humano”³⁶. Condiciona o real entendimento de todas as outras

³⁶ SGARBI, p. 107.

manifestações da conduta humana, visto aqui, “a vida”, o “jogo”, a “amizade”, o “conhecimento”, a “experiência estética” e a “religião” a uma avaliação do que seja correto, daquilo que não seja. Segundo Sgarbi:

A razoabilidade prática, no momento de nossa ação, não surge apenas que tenhamos um fim ou propósito, mas que utilizemos um critério nessa ação. Portanto o agir moral se distingue do agir imoral no “modo” pelo qual buscamos os bens básicos, isto é, além de perseguirmos um “bem humano” o agir moral é uma imposição da razoabilidade para que façamos algo moralmente (SGARBI, 2009, p. 88).

Com essa consideração, pode-se afirmar que a razoabilidade prática representa justamente os modos de se atingir cada um desses bens básicos. Tal bem, nesses termos, se refere à influência que exerce nas ações das pessoas, as quais reconhece nosso autor, ostentam inegável liberdade de agir; esse é o campo da razoabilidade prática, definir precisamente os caminhos a serem seguidos.

Com tal reflexão, citamos John Finnis:

Ao revelar um horizonte de possibilidades atraentes para nós, nossa apreensão dos valores básicos cria assim, em vez de responder, o problema da decisão inteligente: O que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito? Não temos, teoricamente, nenhuma razão para deixar qualquer um dos bens básicos de fora. Mas temos, realmente, boas razões para escolher compromissos, projetos e ações sabendo que uma escolha efetivamente elimina muitos compromissos, projetos e ações alternativos razoáveis ou possíveis (FINNIS, 2006, p.105).

Podemos, com respaldo na citação acima, determinar que Finnis busca, com a apresentação desse bem básico, trazer elementos com os quais possamos responder se determinada decisão é razoável ou não. Esse é o ponto sobre o qual pretendemos aqui discorrer, com amparo no jusnaturalismo finissiano.

Com tal referência, advertimos que tanto Santo Tomás de Aquino quanto Aristóteles investigaram a fundo o conceito de razoabilidade prática, influenciando diretamente John Finnis, como expoente da jurisprudência analítica, na publicação de “Lei natural e Direitos naturais”. Novamente chamamos a atenção para tal constatação, a qual jamais foi negligenciada por Finnis, no sentido de exprimirmos que a descrição do bem básico da “razoabilidade prática” desenvolvida por nosso autor se aproxima tanto do “*phronimos*” de Aristóteles, quanto à “*prudentia*” de Tomás de Aquino, ou seja, respectivamente a razoabilidade e a sabedoria prática.

Para Aristóteles, a “*sabedoria prática*” é entendida como condição para que o homem delibere com sabedoria acerca de determinado tema. Assim, o sábio é capaz de ponderar em razão de atos que visem à busca de um bem, seja pessoal, seja coletivo. Tal constatação é evidente em “*Ética e Nicômaco*”, na seguinte passagem:

Ora, julga-se que é cunho característico de um homem dotado de sabedoria prática o poder de deliberar bem sobre o que é bom e conveniente para ele, não sob um aspecto particular, como, por exemplo, sobre as espécies de coisas que contribuem para a saúde e o vigor, mas sobre aquelas que contribuem para a vida boa em geral. Bem o mostra o fato de atribuímos sabedoria prática a um homem, sob um aspecto particular, quando ele calculou bem com vistas em alguma finalidade boa que não se inclui aquelas que são objetos de alguma arte (ARISTÓTELES, p.144).

Aborda nosso autor que o conceito de “*prudentia*” em Tomás de Aquino é expresso pela seguinte definição:

A virtude da *prudentia* é o que permite à pessoa raciocinar bem quanto à escolha de compromissos, projetos e ações, aplicar os princípios práticos mais gerais concretamente, escolher corretamente, encontra o meio - termo correto, ser virtuosa e ser um bom homem: S.T. II, q. 47, aa. 1-7; notas a II.3, supra (FINNIS, 2006, p.131).

Conforme inserto em tal passagem, fica expressa a influência exercida por Tomás de Aquino em Finnis, justamente no sentido de que reconhecidamente o homem passa a ser o objeto da doutrina jusnaturalista apresentada por ambos os autores. Com tais concepções, a moral passa a ser explicada de maneira objetiva e evidente, e, por consequência direta, o próprio Direito natural passa a ser assim concebido, essa é contribuição marcante de Santo Tomás de Aquino ao jusnaturalismo finissiano.

Nesse contexto, a razoabilidade prática, segundo Tomás de Aquino, é aquela que se contextualiza a um modo de agir razoável do homem, o qual é chamado a se determinar frente às circunstâncias apresentadas pela vida; tal ponto é expresso na seguinte passagem:

[...] os preceitos da lei da natureza se tem em relação à razão prática como os princípios primeiros da demonstrações se têm em relação à razão especulativa: uns e outros são princípios conhecidos por si. Diz-se, porém, que é algo é por si mesmo conhecido de dois modos: de um modo, em si, de outro modo, quanto a nós. 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 abro: todo agente, com efeito, age por causa de um fim, que tem a razão de bem. É assim o primeiro

princípio na razão prática é o que se funda sobre a razão de bem que “Bem é aquilo que todas as coisas desejam”. Este é pois o primeiro princípio da lei, que o bem deve ser feito e procurado, e o mal evitado. É sobre isso se fundam todos os outros preceitos da lei da natureza, como, por exemplo, todas aquelas coisas que devem ser feitas ou evitadas pertencem aos preceitos da natureza, que a razão prática naturalmente apreende ser bens humanos.[...]. Segundo, pois a ordem das inclinações naturais, dá-se a ordem dos preceitos da lei da natureza (AQUINO, 2005, p. 522).

Passada a importante referência teórica, Finnis exprime nove requisitos necessários para que um determinado juízo de valor, a princípio abstrato, possa ser conduzido a uma correta avaliação moral. Para isso, apresenta um caminho, que ele denominou de “método da lei natural”, e que se mostra imprescindível para que alguém saiba se uma determinada decisão seja ou não razoável na prática. Visando a tornar clara a resposta a tal possível indagação, Finnis apresenta essas condições à razoabilidade prática, da seguinte maneira:

2.1.7.1.

Um plano coerente de vida

Delineia aqui que os bens básicos do bem-estar humano somente serão alcançados por aquele que pondera acerca do caminho a tomar, bem como do comprometimento impingido em de uma determinada tarefa. Expressa que o ser humano, diante do leque de oportunidades que lhe são apresentadas no decorrer de sua vida, deve agir de maneira inteligente, buscando sempre um direcionamento coerente em seu plano de vida.

Dessa maneira, o indivíduo não agirá de maneira impetuosa e impulsiva, com o conseqüente afastamento dos bens básicos de sua vida. Para que os bens básicos sejam alcançados, imprescindível se faz um direcionamento ou projeto específico para a conduta humana; assim, busca afastar qualquer equívoco em torno desse enfoque, ou seja, para nosso autor, o que é realmente relevante para a vida são os projetos que possuem alguma aptidão em produzir algo de bom na vida das pessoas.

Lembramos, nesse ponto, que “bom” para Finnis não se refere a um conceito vazio e de difícil definição lingüística, já que o que é verdadeiramente “bom” para uma pessoa pode não o ser para outra; para nosso autor, o “bom” se liga aos bens evidentes na conduta humana e que repercutem de maneira direta na própria vida das pessoas, no sentido de que devem mesmo ser buscados e

fomentados. Desse modo, afasta, em sua teoria, qualquer relevância aos projetos de vida efêmeros e transitórios, pois considera que “não é razoável viver apenas de momento a momento”, justamente por não possuírem a capacidade em influir no bem estar humano.

Segundo Finnis,

O compromisso com a prática da medicina (no interesse da vida humana), com a erudição (no interesse da verdade), com qualquer profissão, ou com o casamento (no interesse da amizade e dos filhos)... tudo requer tanto direcionamento, quanto controle dos impulsos, bem como compromissos com projetos específicos; mas também requer direcionamento de inclinações, a alteração de hábitos, o abandono de velhos projetos e a adoção de novos projetos, segundo as circunstâncias que o exijam, e, acima de tudo, a harmonização de todos os compromissos profundos da pessoa – para o que não há qualquer receita ou planta baixa, já que os aspectos básicos do bem humano não são como os objetivos definidos de projetos específicos, mas são algo do qual participamos (FINNIS, 2006, p.109).

2.1.7.2.

Sem preferência arbitrária por valores

Aqui fica evidenciado o caráter dualista do bem básico “razoabilidade prática” que já previamente destacamos. Isso porque, em que pese ser um bem evidente ao bem-estar humano, com todas as suas características e manifestações singulares, a “razoabilidade prática” é bem que se liga fortemente a todos os outros bens básicos, no sentido de que não se devem realizar preferências arbitrárias por eles, de maneira que haja mitigação de uns em detrimento de outro.

Como já dissemos, é de relevo para Finnis a constatação de que tais bens não ostentam uma hierarquia de cunho objetivo em sua teoria, revelando todos a mesma importância como forma de “florescimento” da conduta humana.

O que considera razoável é a noção de que aquele que está comprometido com “um plano coerente de vida” pode se valer da escolha de um projeto, de uma concentração maior de um bem sobre outro. Repudia, nesses termos, a negação de um determinado bem básico ligado à excelência humana.

Diante de tais considerações transcrevemos Finnis:

Se um estadista (VIII.5), um pai ou qualquer outro indivíduo autônomo trata a verdade, a amizade, o jogo, ou qualquer outra das formas básicas de bem como sem importância e nunca se pergunta se seu plano de vida leva em conta, de modo, razoável, a participação desses valores humanos intrínsecos (e a evitação de seus opostos), então ele pode ser acusado tanto de ser irracional quanto de tolher e

mutilar a si mesmo e àqueles que estão sob seus cuidados (FINNIS, 2006, p. 111).

2.1.7.3.

Sem preferências arbitrárias por pessoas

Nesse ponto da abordagem que fazemos dos bens básicos insertos na “Lei natural e Direitos naturais” fixamos exaustivamente que os bens básicos podem e devem ser buscados por todos aqueles que almejem um plano coerente de vida, em que a negação de tais bens evidentes seja repudiada por Finnis, coisas que moralmente não devem ser realizadas pela conduta humana. Nesse contexto, o presente requisito da “razoabilidade prática” se refere à constatação de que reconhece que tais bens evidentes podem ou não ser seguidos, contudo também perfilha a posição de que eventual opção pela rejeição em participar desses bens básicos acarreta inegável repercussão quanto a terceiros. Esse é o ponto aqui abordado.

Finnis orienta que o presente requisito possui sua influência no sentido de fomentar uma imparcialidade para com os sujeitos, ou seja, repudia uma preferência arbitrária por pessoas que podem ou não serem partícipes dos bens básicos. Nesses termos, mesmo considerando que o bem-estar pessoal seja algo perfeitamente razoável, pondera que tal afirmação não legitima que tal bem-estar possa estar sobreposto ao bem-estar do outros. Tal constatação é extraída, segundo Finnis, da expressão não filosófica do presente requisito conhecida como “Regra de Ouro”. Segundo nosso autor, tal regra pode ser descrita da seguinte maneira:

Faça a outrem (ou pelos outros) o que você gostaria que fizessem a você (ou por vocês).” Coloque-se no lugar dos outros. Não condene os outros por aquilo que você mesmo está propenso a fazer. Não impeça (sem razões especiais) os outros de conseguirem para eles mesmos o que você está tentando conseguir para você mesmo. Esses são os requisitos da razão, porque ignorá-los é ser arbitrário em relação aos indivíduo (FINNIS, 2006, p.112).

Rejeita, com tal colocação, a “indiferença”, a “hipocrisia” e o “egoísmo” para com as pessoas, de forma que os bens básicos são evidentes à natureza humana, sendo, então, bens abertos a todos. Denota Finnis que, em razão de tal

condição inerente à “razoabilidade prática”, esse aspecto exerce a função expressa em seguida:

Ajuda a pessoa a alcançar imparcialidade para com os possíveis sujeitos do bem – estar humano (pessoas) e a excluir o mero viés em seu próprio raciocínio prático. Ela permite que a pessoa seja imparcial também em relação aos muitos planos de vida que diferentes indivíduos podem escolher. (FINNIS, 2006, p.112).

2.1.7.4. Desprendimento e compromisso

Aqui, apesar de Finnis apresentar o “desprendimento” e o “compromisso” como inseridos em uma única condição da “razoabilidade prática”, adverte que tais requisitos não se confundem, por possuírem traços característicos que os diferenciam um do outro.

Com tal advertência, nosso autor apresenta o desprendimento como o quarto requisito. Denota que tal altruísmo se refere a uma abertura em relação a todas as formas básicas do bem, pois somente com tal postura, defende Finnis, alguém que fracassa em seu objetivo pode se ver novamente comprometido com a busca de um outro bem básico.

Esclarece Finnis da seguinte maneira:

Além do mais, há frequentemente consequências diretas e ruins de se sucumbir à tentação de dar ao projeto particular importância primordial e incondicional que apenas um valor básico e um comprometimento geral podem reclamar – essas são as consequências ruins que recordamos quando pensamos em fanatismo. Logo, o quarto requisito da razoabilidade prática pode ser chamado de distanciamento (FINNIS, 2006, p.114).

Com apoio na consideração que acima destacamos, Finnis evidencia que o “compromisso” busca justamente estabelecer o equilíbrio entre o “fanatismo” e a “apatia”, onde esta é abordada pelo nosso autor como a negação dos bens básicos. Assim, tanto o desprendimento como o distanciamento abordado por nós no item antecedente, nas linhas do Direito natural finissiano devem ser mitigados em detrimento de uma postura fiel a um compromisso assumido, ou seja, Finnis reconhece uma postura aberta em relação aos bens básicos, caso um projeto previamente escolhido fracasse, porém, a regra deve ser aquela na qual a pessoa deve “ficar procurando, criativamente, modos novos e melhores de cumprir com

seus compromissos, em vez de ficar restringindo seus horizontes e seus esforços a projetos, métodos e rotinas com as quais está familiarizada”³⁷.

2.1.7.5.

A relevância (limitada) das consequências: eficiência dentro dos limites do bom senso

Finnis destaca o sexto requisito da “razoabilidade prática” como aquele capaz de abordar problemas relacionados à moralidade, referida aqui como precedente necessário para que o homem realize o “bem do mundo”, o qual somente será obtido pela conjugação da realização de um bem pessoal e de um terceiro. O bem comum, nessa linha de junção, se mostra como fim razoável, quando é realizado por meio de ações que se revelem eficientes quanto ao fim a que se destinam.

Com isso, o “bom senso” exaltado pelo nosso autor se refere à capacidade humana de “calcular”, “decidir”, “avaliar” e “pesar” as consequências de uma determinada decisão, ou seja, a razoabilidade prática é o instrumento para se avaliar essa ação, como, por exemplo, nosso autor se refere ao que é razoável:

Preferir o bem humano ao bem dos animais. Onde uma escolha deve ser feita, é razoável preferir bens humanos básicos (como a vida) a bens meramente instrumentais (tal como o Direito à propriedade). Onde o dano é inevitável, é razoável preferir atordoar a ferir, ferir a aleijar, aleijar a matar: isto é menor grau em preferência do maior grau de dano a um mesmo bem básico, em um mesmo caso (FINNIS, 2006, p.115).

O bem comum, visto com tais considerações, é condição “eficiente” à razoabilidade prática, justamente quando haja essa ponderação entre a consecução de um bem pessoal com um bem mais abrangente, que extrapole a esfera individual do ser humano. Finnis eleva a importância desse bem, quando considera a razoabilidade prática como instrumento imprescindível, numa relação de custo benefício, quanto à eficiência na busca de objetivos definidos em uma conduta humana e os danos que tal empreitada pode acarretar³⁸. Essa é a contribuição de tal condição da razoabilidade prática ao jusnaturalismo finissiano; demonstrar que “o bom senso” é uma condição com fortes aplicações reais, ou

³⁷ FINNIS, 2006, p.114.

³⁸ A palavra “dano”, para Finnis, possui o seguinte sentido: “Vamos por uma questão de brevidade usar a palavra “dano” para significar também empobrecimento, inibição ou interferência...”. (Ibidem. p. 123).

seja, vai “além das rotinas intelectuais de calcular a relação custo – benefício”; pois orienta tanto juízos morais quanto o pensamento legal, o qual sempre deve ser pautado por critérios de eficiência, razoabilidade e “bom senso”, condições que ainda se mostrarão no presente estudo, imprescindíveis à confecção de leis justas, segundo Finnis.

2.1.7.6.

Respeito por cada valor básico em cada ato

Apresentando o sétimo requisito da razoabilidade prática, John Finnis firma a orientação de que uma pessoa não deve escolher a realização de um determinado ato pelo recriminável objetivo de prejudicar a participação de terceiros quanto às formas básicas de bem humano. Tal condição, nessas linhas, parece de evidência realmente inquestionável, pois, como sempre ressaltou, os bens básicos numerados por Finnis ostentam condição de primazia na conduta humana. Desse modo, os atos do ser humano, mesmo aqueles que agem de maneira deliberada, devem ser direcionados ao encontro desses bens, e não à postura contrária de negação.

Finnis, ao considerar o “respeito por cada valor básico em cada ato” como predicado necessário a uma correta avaliação moral, repudia como decorrência dessa reflexão, um pensamento que intitulou de “raciocínio consequencialista”. Tal abordagem considera que os atos do ser humano devem ser avaliados de maneira isolada, de forma que seria desarrazoado um ato que vise diretamente a prejudicar certo bem básico, sob o argumento de que tal ato se justificaria sob a alegação de eventual promoção ou proteção de alguma forma de bem. O ato, segundo essa orientação, seria avaliado por si mesmo e não de uma maneira mais ampla, que teria como referência os bens básicos, estes abordados como um paradigma da conduta humana. Essa concepção, para nosso autor, é em si arbitrária, pois, quando se eleva a importância de um determinado ato a tamanha grandeza, há inegável redução da incidência dos bens básicos sobre o indivíduo, pois esses devem orientar a conduta humana em todas as suas ações, de forma que o “raciocínio consequencialista” dos atos levaria à perigosa formulação de que os “fins justificam os meios”. Esse importante requisito da “razoabilidade prática” é esclarecido por Finnis da seguinte maneira:

Por exemplo, se o raciocínio consequencialista fosse razoável, o indivíduo poderia, em algumas ocasiões, de modo razoável, matar alguma pessoa inocente para salvar a vida de alguns reféns. Mas o raciocínio consequencialista é arbitrário e insensato, não apenas em um aspecto, mas em muitos. Assim, resta-nos o fato de que tal ato de matar é um ato que em si nada faz a não ser danificar o valor básico da vida. Os bens que se esperam estarem garantidos na, e por meio da, libertação resultante dos reféns (se ela ocorrer) estariam garantidos não em um aspecto, ou como um aspecto, do ato de matar o inocente, mas no aspecto, ou como um aspecto, de um ato distinto subsequente, um ato que seria uma “consequência” dentre a inúmera multidão de consequências incomensuráveis do ato de matar. Quando o excluimos o raciocínio consequencialista, com sua humanamente compreensível, mas na verdade ingenuamente arbitrária, limitação de foco ao suposto cálculo da “vida de um versus a vida de muitos (FINNIS, 2006, p.122).

Enfim, orienta Finnis que somente uma visão não consequencialista dos atos humanos podem originar a “estrita inviolabilidade dos Direitos humanos básicos”, pois, caso se valore um determinado ato de maneira isolada, ignorando sua repercussão quanto à proteção e fomento dos bens básicos evidentes, inegavelmente esse ato é inapto para a destinação que se considera relevante em “Lei natural e Direitos naturais”. Para ilustrar o que foi dito, Finnis cita Kant, no seguinte contexto: “Aja de forma tal que trate a humanidade – quer em sua própria pessoa, quer na pessoa de outrem – sempre com um fim, e nunca apenas como um meio”³⁹.

2.1.7.7.

O requisito do bem comum

Ao destacarmos a apresentação dos bens básicos descritos por Finnis, lembramos que nosso autor apresenta a sociabilidade e a amizade como bens evidentes ao ser humano. Como visto, considera que a sociabilidade deve ser vista como uma interação harmoniosa entre os indivíduos de uma comunidade, já a amizade, em uma intensidade maior de tal condição pacífica entre os homens, de forma que se refere a uma preocupação pelo próximo, um agir em nome de um terceiro.

Assim, lembrando, o bem básico amizade é interpretada por Finnis como uma potencialização do bem sociabilidade, de forma que, segundo nosso autor, é a amizade que se revela como expoente necessário para que o “bem comum” seja

³⁹ FINNIS, 2006, p.125.

alcançado. Bem comum aqui, visto então como esse objetivo em comum entre os membros de uma comunidade, de tanto buscarem uma pacificação social, quanto também uma coordenação de atos por todos, para que justamente os bens básicos sejam abrangentes, atingindo a toda a coletividade. Segundo Finnis; “Tal conjunto de condições de colaboração que intensificam o bem – estar (ou pelo menos a oportunidade de florescimento) de todos os membros de uma comunidade é, de fato, frequentemente chamado de bem comum⁴⁰”.

Com a referência ao que acima citamos, destacamos que Finnis, ao situar a sociabilidade (amizade) como bem humano evidente, aproximou o mesmo a uma referência de “bem comum”, conforme as características que então abordamos. Dito isso, tornou-se imperativo ressaltar que dentre todas as considerações então realizadas, a descrição do bem básico “sociabilidade” é de inegável contribuição ao entendimento de “bem comum”, agora em uma abordagem acerca de uma condição expressa ao também bem básico da “razoabilidade prática”.

2.1.7.8

A Justiça Geral – Sua Importante Contribuição ao “Bem Comum”

Finnis atribui ao “bem comum” um importante componente que repercutirá em todo o decorrer de sua obra “Lei natural e Direitos naturais”, que é o elemento justiça. Daí podemos afirmar que o bem comum é relevante para a conceituação da justiça, segundo John Finnis, uma vez que “os requisitos de justiça, pois, são as implicações corretas do requisito básico da razoabilidade prática que a pessoa deve favorecer e promover o bem comum de suas comunidades”⁴¹.

Chamamos a atenção para o fato de que a concepção de justiça, nos termos então destacados, com sua aproximação ao conceito de bem comum, é expressa em Aristóteles, ou seja, um conceito de justiça que se eleva ao bem comum. Para este autor, o justo é o ato pensado em relação a um bem do outro, ou melhor, aquele que “se relaciona com o nosso próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, seja um governante, seja um associado”⁴².

⁴⁰ FINNIS, 2006, p.165.

⁴¹ Ibidem, p. 164.

⁴² Ibidem, p. 122.

Com isso, ratificamos o pensamento de que o conceito de bem comum trazido por Finnis, é aquele que reconhece a todos os membros de uma comunidade a participação de todos os bens básicos, já que o florescimento humano se refere justamente à maior participação humana naquilo que é considerado “bom” pelo jusnaturalismo finissiano. Com tais considerações, a vertente mais forte da sociabilidade, a amizade, é imprescindível à definição de uma “justiça geral”, como também já destacamos ao situar o bem comum no conceito de sociabilidade, pois traz em seu cerne a noção de “auto – realização” dos membros de uma comunidade. Tanto é assim que, ao traçar os elementos integrantes do conceito de justiça, nosso autor destaca da seguinte maneira:

Como primeiro elemento, Finnis destaca que o mesmo poderia ser chamado de “voltado-a-outrem”⁴³, que demonstra que as questões que envolvem justiça ou injustiça são aquelas que se referem a um relacionamento entre pessoas, ou seja, necessariamente intersubjetivo.

O segundo elemento no conceito de justiça de Finnis é o dever, “do débito (debitum) para com outra pessoa ou aquilo que lhe é devido, e correspondentemente daquilo a que essa outra pessoa tem Direito”⁴⁴. Assim, restringe nosso autor, nesse ponto, o conceito de justiça a uma abordagem que distancia o sentido do “dever” descrito como prerrogativa inerente a toda e qualquer relação entre os indivíduos, daquele sentido que reporta o “dever” a um ato a ser buscado, por ser razoável, a fim de se evitar um mal.

Já o terceiro elemento no conceito de justiça é denominado por Finnis como a “igualdade”. Para apresentar sua definição de igualdade, nosso autor lança mão do argumento de que tal elemento pode ser explicado tanto por uma definição aritmética, quanto por uma abordagem geométrica, no sentido de que, para o primeiro, a igualdade está presente de várias maneiras, como, por exemplo, $2 = 2$ e, para o segundo $1 : 1 = 2 : 2$; ou de $3 : 2 = 6 : 4$. Ocorre que Finnis considera que a igualdade como conceito relevante de justiça é aquela que se refere não somente a uma comparação entre igualdade e desigualdade, mas, sim, a que pondera a respeito de um equilíbrio nas relações, ou seja, busca um juízo ao qual se questiona se uma determinada medida é proporcional ou desproporcional.

⁴³ FINNIS, 2006, p.161.

⁴⁴ Ibidem. p. 162.

Nesses termos, ao considerar que todos os elementos do conceito de justiça aqui abordados sejam avaliados por um critério de proporcionalidade, Finnis novamente remete a uma análise acerca da razoabilidade prática como medida imprescindível a uma avaliação acerca da justiça e injustiça. Quanto a tal aspecto, citamos Aristóteles que asseverou ser o justo proporcional, e o injusto, o que viola a proporção. Assim, destacou que:

Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática, porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. No caso do mal verifica-se o inverso, pois o menor mal é considerado um bem em comparação com o mal maior, visto que o primeiro é escolhido de preferência ao segundo, e o que é digno de escolha é bom, e de duas coisas a mais digna de escolha é um bem maior. Essa é, por conseguinte, uma das espécies de justo (ARISTÓTELES, p. 163).

2.1.7.8.1.

A Justiça Distributiva – Como o “Bem Comum” pode ser materialmente atingido?

Avançando quanto ao conceito de justiça, segundo o jusnaturalismo finissiano, nosso autor insere mais um importante elemento em sua busca em formular um conceito de justiça, ao que denominou de “justiça distributiva”. Finnis, como vimos, destaca a importância do bem comum como forma de se buscar a justiça, porém, aqui busca reduzir o foco de sua abordagem, procurando com tal pormenorização, uma análise em concreto das questões que implicam o tema aqui discutido, e assim, distingue uma justiça de cunho particular daquela geral, já exposta por nós como primeiro elemento do “bem comum”. Para isso considera que há uma “justiça particular” como inserida em uma “justiça geral”, e afirma ainda que esta, apesar de ser elemento imprescindível à sua empreita em trazer uma definição de justiça, não satisfaz por completo a condição da razoabilidade prática. Isso porque é inegável que, quando há uma colaboração entre as pessoas de uma determinada comunidade, o bem comum estará, como uma consequência vulgar de tais interações, favorecido. Ocorre que, aqui, Finnis busca a análise sob quais condições os bens básicos são atingidos pelos membros da comunidade, ou seja, se preocupa nosso autor justamente com a intensidade em que tais bens são experimentados pelos membros de uma comunidade. Visto isso,

considera que o florescimento humano é assegurado quando ocorra efetiva colaboração entre as pessoas, distribuição de recursos, de responsabilidades e das iniciativas, condições essas que garantem não uma justiça geral como objetivo final a ser perseguido, mas, sim, uma justiça concreta, ou seja, sentida pelos indivíduos, com incontroversa potência a atingir também o bem comum. Chamamos aqui a atenção para uma abordagem acerca da justiça distributiva, que engloba o modo como o bem comum deve ser entendido, segundo o pensamento de John Finnis:

Uma disposição é distributivamente justa, pois, se for uma solução razoável de um problema de alocação de alguma coisa que é essencialmente pública, mas que precisa (em prol do bem comum) ser apropriada a indivíduos. Entretanto, as coisas podem ser comuns de uma variedade de modos. Uma coisa é comum, no sentido relevante para a justiça distributiva, se não é obrigação de qualquer pessoa individual e não foi criada por ninguém, mas está apta a ser usada em benefício de qualquer um ou de todos: por exemplo, energia solar e luz, o mar, seu fundo e seu conteúdo, a terra e seu conteúdo, rios, ar, espaço aéreo, a lua... Outro tipo de coisa comum surge da disposição dos indivíduos em colaborar para melhorar sua situação (FINNIS, 2006, p.166).

Nesse contexto, apresenta Finnis duas condições para o bem estar individual. Em primeiro lugar, destaca os problemas de justiça que se relacionam com uma “distribuição de recursos, oportunidades, lucros e vantagens, papéis e funções, responsabilidade, tributos e encargos – em geral” que não estão a serviço de um bem comum. A teoria de justiça distributiva de Finnis aqui lança mão das condições da razoabilidade prática para tornar “justa” essa distribuição de alocações, tudo em favor de que o florescimento seja condição mais abrangente possível, a ser alcançada pelo maior número de indivíduos de uma comunidade; esse é o aspecto que deve ser aqui frisado. Como exemplo de tal abordagem, nosso autor destaca que os recursos naturais se inserem perfeitamente no conceito de bem comum; dito isso, é razoável que possuidores privados sejam compelidos a se conformar para que a posse seja distributivamente justa; seguindo tal exemplificação, colamos a seguinte passagem de *“Lei natural e Direitos naturais”*:

O possuidor privado de um recurso natural ou bem de capital tem o dever de dar-lhe uso produtivo ou, se carece dos recursos necessários para fazê-lo, passá-lo adiante para alguém disposto e capaz de fazê-lo. Os *latifúndia* improdutivos dos ricos (como no Império Romano e em várias regiões hoje em dia) são um sinal de

injustiça, sejam ou não tolerados pela lei (...).E também para o desenvolvimento de posições ou arranjos monopolistas ou oligopolistas que, para dar lucro e poder de uma classe restrita de indivíduos, restringem a disponibilidade de propriedades a outros indivíduos e impedem o funcionamento de um sistema competitivo de mercado que encoraja a produção sem desperdício e a distribuição de bens mais amplamente, em maiores quantidades e de modo mais barato do que é possível de qualquer outra maneira. E também, igualmente, são várias (não todas) restrições privadamente legadas à alienação e / ou ao uso futuro de propriedades (FINNIS, 2006, p.171).

Como segunda condição para uma justiça particular, Finnis denota como requisito aquilo que é realmente necessário para que essa justiça seja garantida, tendo como referência as próprias relações entre os indivíduos. Para essa justiça de cunho intersubjetivo, com maior distanciamento de bem comum, o jusnaturalismo finissiano a intitulou de “justiça comutativa” e que será mais bem analisada no decorrer da presente dissertação⁴⁵.

Quanto à presente classificação, Finnis destaca que os dois elementos da justiça distributiva são abordados em sua teoria como suficientes para resolver os problemas de justiça individual, ou seja, apresenta então uma lista exaustiva, rol fechado. Reconhece, nesses termos, que outras classificações ou subclassificações podem ser sustentadas para dar conta do objetivo aqui explícito, contudo, também ressalta que sua classificação por somente dois elemento é suficiente para o correto entendimento dos conflitos existentes nos “sistemas jurídicos sofisticados”⁴⁶.

Exemplificando o conceito de justiça distributiva, Finnis orienta que a propriedade é instituto que se direciona ao seu conceito de justiça no momento que esta é exercida com razoabilidade, ou seja, quando é concebida não somente como uso e fruição de seus frutos, mas também quando desempenha uma função de cunho coletivo, como a produção de mais bens, a geração de empregos remunerados ou em um grau mais forte, como, por exemplo, por meio de doações, ajuda aos pobres etc. O que aqui destaca Finnis é a constatação de que não é razoável uma propriedade que não se importe com o “bem comum” ou aquela que é imprestável para fomentar a participação, pelos indivíduos, dos bens básicos finissianos.

Reconhecendo que as propriedades podem ser inaptas a garantirem justiça distributiva, Finnis considera que, aqui, a intervenção estatal é imprescindível.

⁴⁵ FINNIS, 2006, p.164.

⁴⁶ Ibidem, p. 166.

Como não é razoável que uma propriedade seja inapta a garantir o bem comum por uma proporcional distribuição de riquezas, nosso autor dispõe que, nesses casos, o Estado deve intervir por um “esquema de distribuição”, revelado por uma tributação distributiva ou até mesmo pela expropriação. Somente assim, em uma concepção na qual a propriedade seja fonte não só de um benefício particular, mas também comum, é que a mesma poderá ser inserida em um contexto de justiça distributiva de Finnis, sempre orientado pelos requisitos de razoabilidade prática.

Continuando a abordagem em torno da justiça distributiva, Finnis considera que a igualdade também é elemento essencial à sua conceituação acerca da justiça. Destacamos à apresentação dos elementos referentes ao conceito de justiça que a “igualdade” é apresentada como condição indispensável a sua definição. Devendo também ser assim encarada quanto à abordagem acerca da justiça distributiva. Se na discussão em relação à justiça em geral destacamos que a igualdade para Finnis assume uma correspondência correta de proporcionalidade, já quanto à justiça distributiva, sua definição é buscada no sentido de que todos os membros de uma comunidade completa devem ser encarados como iguais, para fins de distribuição. Ocorre que tal afirmação deve ser vista com ressalvas, pela razão de que Finnis considera a igualdade importante princípio em sua busca pela definição de justiça, porém, considera que este princípio é residual em detrimento de outros critérios, pois não é evidente que a realização dos indivíduos na comunidade aumenta quando estes são tratados, segundo uma distribuição de recursos, oportunidades etc., de maneira igual. Nesses termos, aborda Finnis novamente a propriedade privada:

Assim, voltando à questão da posse privada: o que é injusto, no caso de grandes disparidades de riqueza em uma comunidade, não é a desigualdade em si, mas o fato de que (como a desigualdade sugere) os ricos não conseguiram redistribuir aquela parte de sua riqueza que poderia ser mais bem utilizada por outros, para a realização dos valores básicos em suas próprias vidas (FINNIS, 2006, p.172).

O conceito de igualdade, nesses termos, deve aqui ser buscado como importante critério, a fim de se garantir a todos condições ao florescimento humano e não uma simples distribuição igualitária de recursos, pois, como frisa Finnis, “o objetivo da justiça não é a igualdade, mas o bem comum, o florescimento de todos os membros da comunidade, e não há qualquer razão para

supor que esse florescimento de todos seja intensificado tratando-se todos identicamente quando da distribuição de papéis, oportunidades e recursos”.⁴⁷

Nesse mesmo contexto, alerta Ricardo Lobo Torres, em referência ao “*No Human Development Report 1994*” em “*O Direito ao Mínimo Existencial*” que “a essência do desenvolvimento humano sustentável é que cada um possa ter igual às oportunidades de desenvolvimento – agora e no futuro”; “nas sociedades pobres, o que está em risco não é a qualidade de vida – mas a própria vida” (New York: *United Nations Development Programme*, 1994, p 19)⁴⁸.

Não podemos deixar de evidenciar o fato de que a noção e as implicações de uma justiça distributiva sejam em uma abordagem nacional ou internacional, ganham a cada dia mais relevo em qualquer pauta de discussões acerca dos Direitos humanos ou naturais. Isso porque não se pode negligenciar o importante momento histórico, no qual se aponta para a transição de um Estado de Polícia para um Estado de Direito, ou seja, de um Estado que apenas submetia os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele⁴⁹, para uma concepção onde o ser humano passa a ser encarado como detentor de condições mínimas de existência, ficando a cargo do Estado justamente intervir por meio de medidas positivas para que tais Direitos não fossem negligenciados. Não podemos perder de foco que o Estado Democrático de Direito “significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos Direitos e garantias fundamentais”⁵⁰.

Dessa premissa, compõe-se a ideia de Estado de Direito, da limitação do arbítrio do poder político, da estabilidade jurídica dos Direitos e garantias individuais, da submissão de todos (governantes e governados) à lei, concretizada no princípio da legalidade. Os valores fundamentais da pessoa humana são reconhecidos como inegável característica do Estado de Direito⁵¹.

⁴⁷ FINNIS, 2006, p.172.

⁴⁸ TORRES, 2009, p. 18.

⁴⁹ SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1997, p.38.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES, MOREIRA, p.195.

⁵¹ A Constituição de 1988 assegura em seu texto, dentre outros pontos: Direitos inerentes ao homem trabalhador sem distinção de sexo; seguridade social; Direito à cultura e a educação; à família, criança, adolescente e idoso; ao meio ambiente. Tendo no art. 5º um rol extenso de garantias, consideradas fundamentais pelo Constituinte, essas Garantias Constitucionais têm o condão de dar ao cidadão segurança jurídica, possibilitando uma convivência mais harmoniosa em sociedade. Têm caráter de Direito Natural, mesmo positivado, porque parte de premissas essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, sem as quais seria impossível a estabilidade.

Enfim, nesse contexto, novamente citamos Ricardo Lobo Torres para ratificarmos a ideia de que a igualdade, nas linhas deste autor, bem como do jusnaturalismo finissiano é aquela que se liga às condições para que as pessoas possam atingir os bens básicos, e não um critério de cunho eminentemente exato, quanto à distribuição de rendas. Somente por esse caminho é que uma justiça distributiva poderá ser apta a realizar um “bem comum”:

A qualidade de vida passa a ser um dos índices para a mensuração do desenvolvimento. Não é um conceito utilitarista, obtido quantitativamente, como fornecido pela renda per capita da população. É muito mais um conceito moral, ligado às condições do exercício da liberdade e às prestações positivas vinculadas à justiça distributiva (TORRES, 2009, p. 119).

Nesse mesmo aspecto, buscando uma conciliação entre o princípio da igualdade e a justiça distributiva, citamos Tércio Sampaio de Ferraz Júnior:

Isso significa que, em regra, o princípio da igualdade – nuclear para a justiça – oferece uma medida racional para a repartição do que cabe a cada um nas relações bilaterais. Num primeiro momento, é importante o aspecto formal da igualdade (proporção), que se afirma de modo precedente ao que caiba a cada um ou ao que possa vir a ser determinado como algo que deva ser repartido. Trata-se da percepção da justiça como uma questão de justeza (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 75).

2.1.7.8.2.

A justiça comutativa - Sua referência às relações intersubjetivas

Admite Finnis que há uma série de relações e transações entre pessoas, nas quais tanto o conceito de uma justiça geral como aquele empregado na definição de uma justiça distributiva são inaptos a tratar de maneira específica dos conflitos oriundos das partes dessa relação. Tal distinção é manifesta em “Lei natural e Direitos naturais” no sentido de que:

[...] a justiça distributiva busca, então, compensar todos que sofreram o dano no curso relevante da vida em comum, ao passo que o esquema para garantir a justiça comutativa busca apenas compensar aqueles que sofreram dano pelo ato de alguém que não conseguiu viver à altura de seus deveres (na justiça comutativa) de cuidar e respeitar o bem estar dos outros – e de quem portanto, é exigido que pague indenização (FINNIS, 2006, p. 179)

Considera-se nesses termos, Finnis salienta que a justiça comutativa é entendida como uma compensação, pela qual um indivíduo que causou prejuízo

por uma inobservância de seu dever tem que indenizar aquele que foi lesado em razão do seu injustificado ato.

Assim, denota que o campo de abrangência de uma justiça comutativa possa ser tranquilamente referida às questões inerentes à responsabilidade extracontratual, quando há um dano pessoal, bem como a moderna lei que rege os contratos por motivos que nos parecem óbvios.

Dessa maneira, o campo ao qual se pode invocar a justiça comutativa é aquele que reflete transações privadas, mantendo a ingerência do Estado, restrita às questões quanto a alocação de recursos, a fim de promover uma justiça distributiva. Não quer dizer com isso nosso autor que a figura estatal seja prescindível nos termos de uma justiça comutativa, ou seja, as coisas devem ser entendidas nos exatos termos que inserimos em tal reflexão. Dito isso, Finnis reconhece que somente pelo Estado ou o “todo (comunidade) personificado” é que uma justiça legal poderá ser imputada, pois, seja em uma concepção de justiça distributiva ou mesmo comutativa, esta será inegável fonte de obrigações, com repercussão direta quanto ao respeito e promoção do bem comum. Assim, se na figura da justiça distributiva o Estado assume uma função de executor ou gestor do interesse público, quanto às relações privadas, sua atuação é mais tímida, porém, jamais se pode afirmar que tal ingerência não exista, pois em ambas as classificações de justiça assumidas pelo jusnaturalismo a justiça legal a cargo do Estado assume inegável contribuição para o bem comum⁵².

2.1.7.9.

Seguindo os ditames da própria consciência

Com o nono e último requisito da razoabilidade prática, Finnis destaca o perigo de julgamentos realizados “de acordo com a consciência”. Denota que a razoabilidade prática é meio indispensável a uma correta avaliação, pois, caso

⁵² “A idéia de Finnis de que a relação contratual é envolvida por questões de justiça distributiva e questões de justiça comutativa, é revelada no nosso Direito Civil, pelos artigos 421 e 422 do Código Civil. A regra do artigo 422, que trata da boa fé, é a regra mais próxima da exigência da amizade (philia) no seio da sociedade contemporânea. A cooperação que é um pressuposto para a sociedade justa de Finnis resta aqui consubstanciada. Já a regra do artigo 421 do Código Civil faz distributiva uma relação que envolve apenas duas partes (relação de parte - a - parte). É a justiça social aplicada às relações contratuais denominada de função social do contrato”. MARISCO, Nelson Nemo Franchini. Teoria da Justiça de John Finnis: análise em face da tradição aristotélico tomista. 2007. p. 146 e 147.

contrário, a pessoa poderá ser induzida a erro, caso se deixe levar por sua própria consciência.

Essa dignidade mesmo da consciência em erro é o que é expresso no nono requisito. Ele se segue do fato de que a razoabilidade prática não é simplesmente um mecanismo para produzir juízos corretos, mas um aspecto da plenitude da existência pessoal, ser respeitado (como todos os outros aspectos) em cada ato assim com “em tudo” – quaisquer que sejam as consequências (FINNIS, 2006, p.128).

2.2. Conclusão

Com a apresentação de bens humanos básicos, com a amplitude prevista por John Finnis e apontando também quanto à metodologia inserida pelo autor, para a correta avaliação da razoabilidade prática, evidencia-se que todos esses elementos assumem em “*Lei natural e Direitos naturais*” essencial relevância para o jusnaturalismo finissiano, ou seja, apontar uma “moralização” daqueles bens. Desse modo:

Toda a estrutura e condição do mundo, e também a do ser humano, está profundamente marcada pela condição de ser algo criado, desenhado e planejado, isto é, ser precedida de um finalismo. Consequência disso, é que o ser humano se encontra no mundo como um ser que, sem haver sido consultado, já está condicionado acima de suas preferências. Ele não constrói a sua própria natureza, essa é a essência do que ele é, e do que ele faz e também do que deve ser e fazer. Resultado também do conceito de criatura é a sua não necessidade de existir. Mas uma vez sendo, sua atual existência implica num ato de livre vontade. Isto faz com que toda criatura, enquanto é, seja amada e, como consequência, se lhes outorga sua bondade como qualidade ontológica⁵³.

Por fim, inseridos os bens básicos ao florescimento humano, nos termos do jusnaturalismo finissiano, ficou demonstrado que o “ser”, para Finnis, se destaca como algo a ser buscado e protegido e jamais vilipendiado; assim, os bens básicos por ele numerados: “vida”, “conhecimento”, “jogo”, “experiência estética”, sociabilidade (amizade), “razoabilidade prática” e a “religião” ecoaram por toda a obra “*Lei natural e Direitos naturais*”, repercutindo tanto na produção de leis “boas” como na própria obrigatoriedade ou não de obediência daquelas que se esquivarem dos bens básicos. Somente com tal compreensão, como já alertamos,

⁵³ Cf. VARA, Julián. Revista electrónica mensual del Instituto Santo Tomás. Reflexiones en torno a la ley natural. ISSN 1695-6362. p. 50. Disponível em: < <http://www.e-quinas.net/epoca1/justicia-global-relativismo-y-derechos-humanos/> >. Acesso em: 19/05/2010. p. 51. Tradução nossa.

poderemos ser capazes a realizar o correto entendimento acerca das implicações resultantes das chamadas “leis injustas”. Essa será a inegável contribuição de Finnis para o Direito.

2.3.

As “Leis injustas”

2.3.1.

Primeiros aspectos

Com as considerações que acima evidenciamos, agora remetemos a nossa abordagem à reflexão das chamadas leis injustas, segundo o jusnaturalismo de John Finnis. Entendemos que a consideração quanto a esse ponto se mostra relevante ao Direito natural finissiano, no sentido de que traz à tona, além das considerações quanto aos bens humanos básicos, insere ainda outros elementos que são basilares em “Lei natural e Direitos naturais”, como a obrigatoriedade ou não das leis, sua aptidão em garantir a justiça, bem como se as leis injustas geram ou não um dever.

Como já previamente destacamos, nosso autor jamais negligenciou o fato de que uma lei posta seja fundamental para que a justiça, segundo sua concepção, seja evidentemente alcançada. Esse ponto é evidente, mais precisamente quanto ao seu relato sobre a imprescindibilidade de uma justiça legal, como condição de alcance a uma justiça distributiva ou até mesmo comutativa. Os problemas ocorrem exatamente quando se confronta uma lei, inserida no mundo jurídico por um método formal previamente estabelecido pelo legislador e que não se acerta com os dogmas defendidos pelo Direito natural.

Assim, novamente retomamos uma característica comum do Direito natural, ou seja, sua dualidade. Esse atributo se refere precisamente à constatação de que há dois Direitos marcadamente diferentes: o Direito natural e um Direito positivo. Desse modo, Noel Struchiner, no artigo “*Algumas proposições Fulcrais*” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo”, relembra que de uma tese que se reconhece o Direito natural como instituidor de princípios morais e de justiça considerados universalmente válidos, e de uma segunda tese, que orienta que o sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” caso não correspondam ou contradigam os princípios do Direito natural, pode-se extrair uma terceira tese, pela qual “tanto os juízes quanto os sujeitos jurídicos

têm a obrigação moral de obedecer ao Direito”⁵⁴. Como ponderação a essa obrigação moral em se obedecer ao Direito, convencionou-se a estipulação de uma “versão forte do jusnaturalismo”, em detrimento de uma “versão fraca do jusnaturalismo”. De acordo com a primeira tese, caso não haja correspondência entre o Direito natural e o Direito positivo, este sequer seria considerado Direito, pois Direito e justiça, para essa corrente do jusnaturalismo, seriam inseparáveis. Já para a segunda tese, uma lei que fosse contrária às regras do Direito natural, seria até considerada como Direito, porém, poderia ser descumprida, por não refletir aspectos de justiça indispensáveis para uma aferição da moral das normas jurídicas. Quanto a essa ponderação, novamente citamos Struchiner:

Afinal, se os princípios morais e de justiça universalmente válidos existem e podem ser conhecidos, e se o Direito deve necessariamente identificar com esses princípios morais (versão forte da tese jusnaturalista), ou pelo menos não contradizê-los (versão fraca da tese jusnaturalista), então, não seria sensato para os jusnaturalistas que os juízes e cidadãos não tivessem a obrigação moral de obedecer ao Direito. Para os jusnaturalistas a expressão “Direito justo” é um pleonismo, a expressão “Direito injusto”, uma contradição. A obrigação de obedecer ao Direito decorre do próprio conteúdo moral das normas jurídicas (ou pelo menos da não ocorrência de conteúdo imoral, na versão fraca) (STRUCHINER, 2005, p. 400/401).

O Direito natural, aqui evidente segundo os bens básicos de John Finnis, funcionaria como relevante marco a impor limites à atividade do legislador, bem como orientar os jurisdicionados sobre o que deve ser feito diante de leis injustas, ou melhor, o que se fazer com as leis que porventura venham a violar essas balizas impostas pelo Direito natural? Esse é exatamente o ponto de conflito que buscaremos esclarecer, avaliar qual a força do jusnaturalismo finissiano sobre as chamadas leis injustas, ou seja, se este se refere a uma tese forte do Direito natural ou a uma tese fraca do Direito natural.

Quanto à alegada função referencial do Direito natural, em relação ao Direito positivado, citamos Sgarbi, com as seguintes considerações:

O Direito no seu exercício e nos seus diversos contextos sociais exige medida que o livre da predicação de arbitrário. Porque um dos aspectos importantes em relação aos Estados é o fornecimento de argumentos consistentes assecuratórios de obediência sem ter que se recorrer, a todo instante, à força pura e simples. Nesse contexto, como consequência da apreciação dos materiais normativos, coloca-se à questão do “Direito natural”; porque, segundo construção bastante comum, há

⁵⁴ STRUCHINER, 2005, p.401.

determinados Direitos que agem como instância de oposição ao caráter jurídico dos materiais normativos servindo de parâmetro crítico (SGARBI, 2007, p. 692).

2.3.2.

A lei como um apelo à razão

Ao tratar da lei em seu sentido formal, John Finnis não se atém às implicações inerentes à autoridade ou não de materiais normativos que porventura sejam fontes de injustiça. Aqui, assume a importância da lei em garantir a justiça, em todas as suas vertentes em uma comunidade, ou seja, ressalta que a obediência à lei é imperativa no sentido de restringir as opções de escolhas do comportamento humano, tudo para que o bem comum seja efetivamente tangível.

Assim, segue a definição da lei, segundo John Finnis:

[...] regras feitas, de acordo com regras legais reguladoras, por uma autoridade determinada e efetiva (ela própria identificada e, tipicamente constituída como uma instituição por regras jurídicas) para uma comunidade “completa”, e escorada por sanções de acordo com as estipulações criadas por regras de instituições judicantes, este conjunto de regras e instituições sendo direcionado a resolver de modo razoável qualquer tipo dos problemas de coordenação da comunidade (e a ratificar, tolerar, regular ou derrogar soluções advindas de outras instituições ou fontes de normas) para o bem comum dessa comunidade, de acordo com uma maneira e uma forma adaptadas a esse bem comum por características de especificidade, minimização de arbitrariedade, e manutenção de uma qualidade de reciprocidade entre os objetos da lei entre si e também em suas relações com as autoridades legítimas (FINNIS, 2006, p. 270).

Para demonstrar o que foi dito acima, Finnis utiliza o Direito penal como disciplina onde os conceitos que emprega para apresentar sua teoria são consideravelmente potencializados, em razão dos bens em conflito. Propõe nosso autor que tal área do conhecimento jurídico reflete muito bem essa noção da relação indispensável entre lei e bem comum, pois traz a exata compreensão de que, caso não houvesse esse balizamento da conduta humana pela lei, o indivíduo perigosamente se aproveitaria dessa liberdade causada pelo vazio legislativo para agir por conta própria, trazendo riscos a comunidade na qual está inserido, pois o bem comum aqui em questão é aquele que se refere ao bem de todos os membros. Finnis, nesse contexto, traz importante lição, a de que o bem comum não será alcançado por um pobre silogismo de que se faça uso pela inserção dos elementos lei, sanção, justiça e bem comum.

Adverte nosso autor, ainda utilizando o Direito penal como campo reflexivo, que tal disciplina do Direito, ao buscar uma pacificação social, gera inequívoca interferência na autonomia individual das pessoas, no sentido de que traduz o monopólio estatal da força como maneira para que a autotutela seja limitada, ressaltando assim, que, na própria elaboração ou mesmo na administração do Direito penal, este também terá que ser necessariamente pautado por regras, pois caso tal aspecto seja negligenciado, o Direito penal se mostrará inegavelmente contrário ao bem comum. Enfim, como ainda abordaremos, a autoridade da lei, para nosso autor, estará fortemente vinculada à sua aptidão em garantir justiça. Em face de tais considerações, citamos Finnis:

Assim, a administração, ou elaboração, das proibições de Direito penal é permeada de regras e princípios de equidade processual (“devido processo legal”) e equidade substantiva (devido mérito, proporcionalidade), que modificam muito substancialmente a busca do objetivo de eliminar ou minorar as formas indesejadas de conduta: princípios como *nulla poena sine lege* (e *leges* bem precisas, além disso), e os princípios que tornam ilegal a proibição retroativa de condutas (ao conhecido preço de permitir que alguns caracteres duvidosos escapem por entre os dedos) e restringem o processo de investigação, interrogatório e julgamento (mesmo à custa daquele terror que um Lenin sabe ser necessário para se atingir os objetivos sociais definidos) (FINNIS, 2006, p. 256).

A sanção então é encarada como medida razoável ao cumprimento da lei, pois como considera Tomás de Aquino, “em um mundo (paraíso) de santos (pessoas completamente virtuosas) haveria a necessidade de lei, mas não de coerção”⁵⁵. Como medida necessária ao mundo real, ressalta Finnis que a sanção se apresenta de duas formas, como se expõe a seguir.

Em uma primeira maneira, orienta aos membros de uma comunidade, que não se convenceram por um agir para o bem comum, um bom incentivo para serem cumpridores da lei, já que um mero descumpridor da lei ou um criminoso não causa um dano somente a si próprio, mas também aos outros. Já numa segunda maneira, a sanção se revela como uma espécie de satisfação aos indivíduos cumpridores da lei, de que não foram deixados a mercê de criminosos⁵⁶.

⁵⁵ FINNIS, 2006, p.74.

⁵⁶ FINNIS, 2006, p. 257.

Somente com tal concepção da sanção, permeada pela razoabilidade prática, em que a punição somente encontrará amparo caso se direcione ao bem comum, seja na administração do Direito penal seja na sua criação, é que a punição poderá ser concebida em um contexto o qual será utilizada justamente para se evitar injustiças. A propósito disso, assim se pronuncia Finnis:

Sanções são punições porque são requeridas justificadamente para se evitar injustiça, para manter uma ordem racional de igualdade, proporcional ou equidade, entre todos os membros da sociedade. Pois quando alguém, que realmente tinha escolha, manifesta em sua ação uma preferência (seja por intenção, irresponsabilidade ou negligência) por seu próprio interesse, sua própria liberdade de escolha e ação, em detrimento do interesse comum e de modo de ação em comum legalmente definido, então por meio dessa ação ele obtém um certo tipo de vantagem sobre aqueles que se contiveram, restringiram a busca de seus próprios interesses, a fim de cumprir a lei (FINNIS, 2006, p. 257).

Nesses termos, mesmo que ainda não enfrentemos as implicações sobre as chamadas leis injustas, é evidente que, para Finnis, a lei é um apelo à razão, no sentido de que os textos normativos jamais poderão se descuidar quanto ao seu primordial compromisso em promover a justiça. Essa prerrogativa foi abordada por Tércio Sampaio de Ferraz Júnior da seguinte forma:

Como valor positivo, a racionalidade, em oposição ao valor negativo da irracionalidade, conjuga-se, no Ocidente, com o valor positivo da justiça (e, conseqüentemente, com o valor negativo da injustiça). Assim, do mesmo modo que os princípios da razão ora presidem a forma de justificar corretamente o juízo avaliativo ora o conteúdo de agir corretamente (retórica, prudência), podemos, analogicamente, falar, na correta distribuição dos bens, em racionalidade formal e justiça formal, de um lado, e racionalidade material e justiça matéria, de outro (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 75).

Assim, somos forçados a ponderar que há de ser considerada uma evidente e conciliável razão, como também certos valores básicos, tanto por aqueles que conduzem à confecção das leis, quanto por aqueles aos quais estas são direcionadas; quanto a esses, por meio de uma obrigação moral em cumprir essa lei. Tanto é assim que, citando a definição de lei, para Tomás de Aquino, Finnis relata da seguinte maneira: “É uma ordenação da razão para o bem comum de uma comunidade [completa], promulgada pela pessoa ou corpo responsável por cuidar da comunidade” (ST I-II q. 90a. 1)⁵⁷.

⁵⁷ FINNIS, 2006, p.72.

Aqui, novamente chamamos a atenção para uma constatação já mencionada na presente dissertação, a de que a lei e o Direito nem sempre encontram a esperada correspondência, segundo Finnis. Isso se dá justamente em razão de que determinados bens básicos possam não estar corporificados em determinado texto normativo, ou mesmo, que estes tenham sido criados à margem de um conceito de razoabilidade prática, o que, para nosso autor, não poderá ser sustentado, já que os Direitos naturais são Direitos morais fundamentais gerais e devem expressar as exigências de justiça.

2.3.3.

O Estado de Direito como mais um requisito à justiça

Com o decorrer da apresentação do jusnaturalismo finissiano que aqui empreendemos, buscamos justamente uma abordagem que leve a um correto entendimento das chamadas leis injustas e quais seriam suas consequências. Desse modo, Finnis criou em sua teoria determinadas condições para que o bem comum fosse alcançado; para isso, utilizou vários elementos, como a amizade, a sociabilidade, a justiça comutativa e a justiça distributiva, que devem concorrer para que tal fim seja efetivamente possível, ou seja, nesse ponto insere realmente um método em relação à justiça.

Com essa exposição, Finnis, nesse ponto, nos apresenta suas considerações acerca do Estado de Direito, que, em muito, nos termos de sua teoria, sinaliza no sentido de se verificarem se um sistema legal está de fato “funcionando bem”. Todas as referências que então abordamos em relação à justiça aqui também encontram aplicabilidade evidente, ou seja, para John Finnis, em suas considerações acerca das leis, não há somente uma reflexão quanto ao seu sentido meramente formal para que se indague sobre a aptidão ou não para que as leis sejam efetivamente instrumentos para se garantir a justiça. Quanto a indagações acerca das consequências de uma avaliação de leis por um critério meramente formal, Finnis destaca da seguinte forma:

Da mesma forma como uma regra que autorize um tirano a fazer a o que quiser é “um governo exercido pela lei” (em um sentido ralo desinteressante) mas se distancia do Estado de Direito, e é uma “constituição” (em um sentido ralo desinteressante) mas não consegue estabelecer governo constitucional, uma regra

como *caveat emptor*⁵⁸ e é “um governo exercido pela lei em relação às relações entre consumidor e fornecedor” mas não consegue estender a ordem jurídica a esse campo (FINNIS, 2006, p.265).

Essa é importante lição de John Finnis, a de demonstrar, nos termos de seu jusnaturalismo, que a justiça não se contenta com a estrita aferição quanto à formalidade ou não das leis, mas também que esse sistema jurídico seja uma exemplificação do próprio Estado de Direito, somente assim este poderá ser considerado como elemento integrante dentre os requisitos de justiça.

Cabe então citarmos os cinco componentes formais da ordem jurídica, bem como, os oito *desiderata* do Estado de Direito, para que ao final seja possível concluirmos acerca das “leis injustas”.

2.3.3.1.

As características formais da ordem jurídica e as aspirações do Estado de Direito

Quanto às condições formais da ordem jurídica, Finnis ressalta que há mais nas leis do que a já apontada coercibilidade, tanto é assim que se refere às seguintes características formais da ordem jurídica:

Como primeira característica, Finnis apresenta que a lei insere “definição, especialidade, clareza e portanto, previsibilidade nas interações humanas”⁵⁹. Nosso autor, nesse contexto, denota que o campo de abrangências das leis é tanto que, além de definirem as regras a serem aplicadas às relações intersubjetivas, estas também regulam as próprias instituições que criam e administram as próprias regras, resolvendo questões acerca da existência, abrangência, aplicabilidade e funcionamento das leis. Para evidenciar a amplitude das leis, Finnis lança mão da seguinte premissa: “A lei regulamenta a sua própria criação”⁶⁰.

⁵⁸ Ao colocar à venda um produto sob as regras do *caveat emptor*, o vendedor diz que não garante a qualidade ou procedência do produto. Cabe ao comprador avaliar a situação do bem e entender que defeitos ocultos não serão reembolsados. Esse tipo de venda é comum em leilões de carros, onde não é possível fazer um test drive ou uma revisão prévia do automóvel. Compra o que se vê. Qualquer defeito que o carro tiver, faz parte do pacote. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8SveUiC8rR0J:pt.wikipedia.org/wiki/Caveat_emptor+caveat+emptor&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 15 de março de 2010.

⁵⁹ FINNIS, 2006, p. 262.

⁶⁰ FINNIS, 2006, p. 262.

A questão da validade das leis é apresentada por Finnis como a segunda característica da ordem jurídica. Aqui defende o autor que qualquer regra que tenha sido constituída de maneira válida, segundo as próprias prescrições legais, continuará em vigor e apta a produzir efeitos jurídicos até que expire, de acordo com seus próprios termos, ou que algum ato jurídico ulterior à edição da lei a revogue⁶¹.

Em terceiro lugar, Finnis pondera que as “regras jurídicas regulam não apenas a criação, a administração e a aplicação de tais regras, e a constituição, o caráter e a extinção das instituições, mas também as condições sob as quais um indivíduo pode modificar a incidência ou a aplicação das regras”⁶². Assim, a presente característica é na verdade consequência da segunda, ao passo que traduz justamente a disposição inata presente nas leis para produzirem efeitos jurídicos no tempo, até que efetivamente retiradas do mundo jurídico.

Como quarta característica, Finnis orienta que a precisão e previsibilidade das leis é alcançada por uma “técnica especial”: “tratar atos passados (geralmente datáveis)(sejam eles decretos, julgamentos ou qualquer um dos inúmeros exercícios de “poderes” públicos e privados), como dando, agora, razão suficiente e excludente para agir de um modo “estabelecido” no passado”⁶³. Nesses termos, uma determinada regra jurídica, possui relevância contínua do seu conteúdo, no sentido de que o que foi ali previamente estabelecido possui validade para ser aplicado no presente.

Como última característica, nosso autor potencializa a “técnica especial” descrita no quarto traço identificador das normas jurídicas. Para isso ressalta que todos os problemas de coordenação devem ser previamente previstos, por medidas que estipulem precisamente que pessoa ou instituição deve utilizar seu discernimento para resolver determinada questão ou mesmo um procedimento a ser seguindo.

Contudo, Finnis ressalta que tal postulado se apresenta de maneira fictícia, no sentido de que uma interpretação literal do que dito acima levaria necessariamente a uma conclusão que se revelaria falaciosa, ou seja, a de que o

⁶¹ FINNIS, 2006, p. 262.

⁶² FINNIS, 2006, p. 262.

⁶³ FINNIS, 2006, p. 263.

Direito assumiria uma previsibilidade total, o que não pode ser razoavelmente defendido.

Desse modo, as cinco características formais das leis exaltam a previsibilidade nas quais todos os materiais normativos devem ostentar; para isso, Finnis destaca que “os indivíduos somente podem ser eus – isto é, ter a “dignidade” de serem agentes responsáveis” – se não forem forçados a viver suas vidas para a convivência de outrem, mas lhes seja permitido e sejam ajudados a criar uma identidade duradoura por “toda a vida”⁶⁴.

Prosseguindo, esses são os oito desideratos ao Estado de Direito:

(I) suas regras são prospectivas, não retroativas, e (ii) não é impossível obedecer a elas; e (iii) suas regras foram promulgadas, (iv) são claras e (v) coerentes entre si; (vi) suas regras são estáveis o bastante para permitir que as pessoas possam se guiar pelo conhecimento que têm do conteúdo delas; (vii) a feitura de decretos e mandados judiciais aplicáveis à situações relativamente limitadas é guiada por regras que foram promulgadas, são claras, estáveis e relativamente gerais; (viii) aquelas pessoas que têm a autoridade de fazer, aplicar e administrar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consciência e de acordo com seu teor (FINNIS, 2006, p. 264).

Voltamos aqui a considerar que o “bem-comum”, nos termos de “Lei natural e Direitos naturais”, é abordado tanto por uma concepção a que se refere aos bens básicos auto evidentes, como também em uma noção de instrumentalidade na garantia de certas condições materiais aos indivíduos para alcançarem e desenvolverem esses bens básicos.

Entendemos que é justamente nesse ponto que se insere o “Estado de Direito”, como condição necessária à obtenção de justiça ao caso concreto, nesses termos, novamente evocamos todas as considerações referentes à importância do Estado em promover a justiça, seja aquela legal, comutativa ou distributiva.

A aproximação do “Estado de Direito” do bem comum é possível quando haja a confluência das cinco características formais das leis e os oito desideratos citados por Finnis.

Assim, quanto às primeiras, atribui-se uma importante característica geral, que é a previsibilidade da ordem jurídica, essencial para a estabilidade das relações intersubjetivas. Quanto às aspirações ao Estado de Direito, esses evidenciam sua importância ao definir uma orientação às autoridades estatais, no

⁶⁴ FINNIS, 2006, p.266.

sentido de afastá-las de objetivos “privados” e “sectários”. Assim, suas decisões serão sempre pautadas de maneira razoável e equânime para com os governados, e esse é justamente o objetivo do oitavo desiderato, onde; (viii) aquelas pessoas que têm a autoridade de fazer, aplicar e administrar as regras em caráter oficial (a) são passíveis de serem responsabilizadas pelo cumprimento de regras aplicáveis ao seu desempenho e (b) realmente administram a lei com consciência e de acordo com seu teor⁶⁵.

2.3.4.

A derivação da lei positiva da lei natural

Ao trazermos a reflexão de eventual derivação da lei positiva em relação à lei natural, novamente eleva-se característica basilar de tal vertente: seu dualismo. Como apontamos, essa constatação é amplamente defendida pelas correntes do Direito natural, porém, como já previamente alertamos, as controvérsias surgem quando se busca justamente uma maior especificação do assunto, de forma que a intensidade ou mesmo o modo como uma lei positiva busca sua moral de uma premissa defendida por uma determinada corrente naturalista se mostrará flagrantemente e perigosamente variável.

Nesse contexto, nossa abordagem será exatamente aquela inserta em “Leis naturais e Direitos naturais”, onde, já não resiste mais qualquer controvérsia de que o ponto focal de Finnis é justamente a razão humana, no sentido de que a alegada derivação da lei positiva aqui será abordada como aquela que emana da razão. Para o nosso autor, ao apresentar em sua obra bens humanos evidentes e permeados por critérios de razoabilidade e equidade, denota que, como o positivismo jurídico, também repudia eventual legitimidade do Direito natural por meio de critérios metafísicos. Defende Finnis, desse modo, que ao extrair a lei positiva da razão, torna também racional a discussão em torno da moral por argumentos objetivos, passíveis agora de justificação razoável.

Com essa mesma abordagem citamos Vicente Raó:

[...] uma concepção geral do Direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela forçada coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, universais e necessários, dos quais resulta, princípios, estes inerentes à natureza do

⁶⁵FINNIS, 2006, p. 262.

homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência. E, na verdade, é o homem um ser formado de corpo e alma, criatura que, por sua tendência ao aperfeiçoamento, caminha em direção ao Criador. Não são, portanto, apenas as suas exigências físicas, ou sociais, nem tampouco apenas os preceitos éticos, morais ou espirituais, nem, ainda, exclusivamente a razão, que definem a sua natureza; ao contrário, são todos estes elementos reunidos que integram a unidade natural da pessoa humana. A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do Direito natural, que não é um super Direito, mas: um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o Direito positivo, ora por este Direito são imediatamente aplicados, quando definem os Direitos fundamentais do homem (RAÓ, 1999, p. 78).

Voltando ao nosso autor, já evidenciamos, ao iniciar a presente abordagem, que sua metodologia insere a relação existente entre lei positiva e a razão; tal afirmação é incontroversa. Agora, buscando uma pormenorização, abre-se a discussão em torno do processo criativo das leis, com um importante recado aos “criadores” de materiais normativos, o de evitarem leis positivas que não encontrem uma correspondência na razão, ou seja, traz à tona a lembrança de que há certa liberdade de escolha no processo criativo do Direito, porém, que em tal empreitada deve o legislador se pautar por determinados critérios, aos quais o Direito natural se apresenta como inegável fonte. Um debate, nesse ponto, é de extrema relevância para a presente indagação sobre as leis injustas, pois em alguns casos, como, por exemplo, a lei que trata do homicídio, esse reflexo é evidente, ou seja, a norma jurídica que se extrai de tal texto legal, de que ninguém deve deliberadamente matar um inocente, é explicável e justificada quando novamente trazemos o bem básico vida, conjugado com o sétimo requisito da razoabilidade prática, de que se deve respeitar cada bem básico em cada ato da conduta humana. Contudo, adverte Finnis que em algumas situações essa correspondência entre lei positiva e lei natural não é tão evidente, ou seja:

É verdade que algumas partes de um sistema jurídico geralmente consistem, e certamente deveriam consistir em regras e princípios que correspondem de perto a requisitos da razão prática que são, por sua vez, conclusões a partir diretamente da combinação de um valor básico particular (e.g., vida) com um ou mais daqueles nove requisitos básicos “metodológicos” da razoabilidade prática (FINNIS, 2006, p. 274 e 275).

Aqui, destacamos que Santo Tomás de Aquino propunha uma solução mais radical do que a de Finnis para o enfrentamento das questões em torno da derivação da lei positiva em relação à natural, de modo que somente reconhecia uma lei como tal na medida em que fosse derivada de uma lei natural. Quanto a esse ponto, citamos Régis Jolivet, que destaca a concepção tripartite das leis, conforme proposto por Santo Tomás, nas seguintes linhas:

Lei Eterna: Toda ordem tem seu princípio em Deus, criador e soberano senhor de todas as coisas. A lei eterna não é nada mais do que a própria ordem do universo enquanto se impõe a cada criatura para a obtenção de seu fim último. Em outras palavras, ela é, diz Santo Tomás, o plano de governo de todas as coisas, tal como existe na inteligência divina. Lei Natural: A lei natural é a lei que o homem conhece pela luz natural de sua razão, enquanto implícita na natureza das coisas. É uma participação da lei eterna na criatura racional, uma impressão em nós da luz divina, pela qual podemos discernir o bem e o mal. A lei positiva: À lei natural devem-se acrescentar as leis positivas, divinas e humanas, para explicá-las, e determinar-lhes as diversas aplicações. Com efeito, a lei natural se estende a todos os atos humanos, mas seus preceitos, sendo muito gerais, se ressentem da falta de determinação. Esta insuficiência se faz sentir especialmente na sociedade, que não pode viver e prosperar a não ser por meio de prescrições numerosas e precisas (JOLIVET, 1998, p.358).

Sendo assim, adverte Adrian Sgarbi que a lei humana, para Tomás de Aquino, apresenta-se como uma derivação da lei natural, onde se busca pela positividade das leis, justamente uma especificação daquelas normas mais gerais. Assim, reconhece que, ao se buscar que o mal deve ser evitado e o bem fomentado, insere Sgarbi que a lei humana de Aquino encontra sua razão no momento em que se presta a “auxiliar reprimindo e corrigindo os homens tornando a convivência pacífica, mas também cumpre à sanção a função de atuar de modo pedagógico, sendo um ensinamento de como devem os homens agir em comunidade”⁶⁶. Para Aquino, a lei humana se mostra de maneira minimamente instrumental em detrimento da lei natural, no sentido de que a sanção, então positivada para ser efetiva quanto à solução dos casos concretos, somente se faz necessária quando consideramos que as próprias leis naturais podem ser violadas pelos homens, essa é a força da derivação das leis positivas em relação às leis naturais, a de uma completa e irrestrita sujeição.

Mesmo que ainda não seja o momento de enfrentamento às questões sobre as consequências quanto às leis injustas, apontamos que, para Finnis, a importante

⁶⁶ SGARBI, Adrian. In: Teoria do Direito (Primeiras lições), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 701.

consideração a ser feita quanto à exaltada derivação da lei positiva para com a lei natural é que, para o autor, tal reflexo deve ser sempre buscado, seja pelos legisladores, seja pelos os juizes, aos quais, como Kelsen, são considerados verdadeiros agentes na criação do Direito. Para isso apresente elementos que contribuam para que tal fim seja alcançado, como por exemplo, instrui que o “legislador sensato” em sua prerrogativa de criar leis, não deve se furtar das oito desideratos do “Estado de Direito”, bem como, de também se servirem dos requisitos metodológicos da razão prática e de todos os princípios diretos, também considerados como de “primeira ordem”, ou até mesmo aqueles que se aproximam dos bens básicos, aqui em contexto de princípios de “segunda ordem”.

Desse modo, fica demonstrado que os argumentos de Finnis, que contextualiza a lei natural com a lei positiva por um apelo à razão, são perfeitamente tangíveis. Tanto é assim que, como exemplo de um princípio de “primeira ordem”, traz nosso autor que o legislador em seu ofício deve sempre “atribuir considerável peso – que os bens humanos que são conquistas frágeis e cumulativas do esforço, do investimento, da disciplina etc. do passado não devem ser tratados levianamente na busca de bens futuros”⁶⁷. Assim, o princípio que aqui se destaca é aquele no qual as escolhas legislativas devem sempre respeitar as tradições de uma comunidade, no sentido de que não é razoável inserir em um contexto qualquer mudança que cause uma “alteração perturbadora”. Seguindo, como princípios de “segunda ordem” nosso autor considera a todos aqueles que não se refiram diretamente à sua lei natural, mas que se prestem a guiar os produtores de leis, por meio de métodos de interpretação e aplicação das leis, que “têm autoridade não apenas para interpretar e suplementar, mas também para alterar e abolir regras existentes e introduzir novas regras”⁶⁸.

Enfim, a derivação da lei positiva da lei natural para Finnis, como já apontamos, é evidente e voltada para o processo despendido ao se criar o Direito, seja pelo legislador ou pelo juiz, aos quais devem ser sempre conduzidos por critérios morais, no contexto de razoabilidade prática. Eventual derivação nesse ponto não chega ao extremo de Tomás de Aquino, que, como vimos, não considera uma lei como tal, caso se confronte com a lei natural, pela relação de subordinação evidente que há entre ambas. Finnis, ao abordar a questão da

⁶⁷ FINNIS, 2006, p. 279.

⁶⁸ Ibidem, p. 279.

derivação das leis, no panorama proposto, converge o Direito natural para o ato de se “fazer” uma lei, e ao realizar esse “movimento” evidencia sua concepção mais ponderada em relação às leis positivas, devidamente consideradas por nosso autor aptas a produzirem efeitos jurídicos a que se propõem, mesmo quando desarrazoadas em relação aos bens humanos básicos.

Por fim, constatamos que Finnis, ao abordar os aspectos relacionados à derivação da lei positiva da lei natural, assume uma postura estrita deste em relação às leis postas pela vontade do homem. Assim, tal compreensão em muito ajudará quanto à reflexão das leis injustas, pois, como já evidenciou nosso autor, o Direito natural, para ele, deverá sempre ser utilizado pelos legisladores como verdadeira fonte de legitimidade para o Direito positivo, já que uma lei que se dissocie de seus bens básicos ou de todas as condições à justiça será tida como insuficiente, no sentido de apresentar graves problemas quanto a sua real efetividade. Essas serão justamente as considerações que passamos a abordar, ou seja, quais são as consequências de uma lei injusta?

2.3.5.

Leis injustas não são leis?

Todo o esforço em apresentarmos o Direito natural finissiano, com o enfoque na “Lei natural e Direitos naturais”, com todos os elementos até aqui destacados convergem precisamente para um correto entendimento quanto às repercussões das chamadas leis injustas. As implicações nos parecem óbvias, mais precisamente quando voltamos à discussão sobre a intensidade da obrigação moral de se obedecer ao Direito, o que se convencionou na estipulação de uma “versão forte do jusnaturalismo”, em contrapartida a uma “versão fraca do jusnaturalismo”. Como já previamente citado por nós, a “versão forte do jusnaturalismo” representa a completa subordinação das leis positivas em relação as lei naturais, sendo que tal sujeição se revela quando não há correspondência entre uma lei humana e uma lei natural, aquela sequer seria defendida como apta a produzir Direitos, pois para tal vertente falar-se em justiça nas leis naturais seria redundante. Assim, se uma lei posta rompe com os argumentos defendidos pelo jusnaturalismo, fulminada estará por falta de legitimidade e, por consequência,

sua própria eficácia também está irremediavelmente afetada. Tanto é assim que, citando Tomás de Aquino, Finnis evidenciou:

Daí que Tomás de Aquino diz que este tipo de lei é derivado da lei natural por um processo análogo à dedução de conclusões demonstrativas a partir de princípios gerais, e que tais leis não são apenas lei positivas mas também recebem parte de sua “força” da lei natural (i.e. dos princípios básicos da razoabilidade prática (FINNIS, 2006, p. 274).

Nesse mesmo sentido, a fim de demonstrarmos que uma “visão forte do jusnaturalismo” foi de fato defendida por Tomás de Aquino, também citamos Finnis, que destacou que, “nas palavras de Tomás, a teoria geral é a de que “cada lei elaborada pelos homens tem o caráter de lei apenas na medida em que é derivada da lei natural” (I, II, q. 95, a.2c: *omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege naturae derivatur*).

Enfim, ao considerarmos uma versão forte do Direito natural, como, por exemplo, aquela inserta na teoria desenvolvida por Tomás de Aquino, a afirmação de que leis injustas não são leis, é tida como um verdadeiro axioma jurídico. Ocorre que Finnis considera tal proposição como insuficiente, entendendo que o slogan “*lex injusta non est lex*” é completamente prescindível ao debate em torno da lei natural, justamente no sentido de que, para o nosso autor, o ponto focal de sua teoria reside justamente em como as leis positivas devem ser derivadas de “princípios imutáveis – princípios que tiram sua força de sua razoabilidade, e não de quaisquer atos ou circunstâncias que lhes tenham dado origem”⁶⁹. Finnis, ao colocar sua teoria do Direito natural nessa posição, assume sua inclinação por um visão mais fraca do jusnaturalismo, em que a eventual discrepância entre Direito natural e o Direito positivo não atinge a validade deste como norma posta, mas sim, afetará quanto à obrigação ou não de se obedecer às leis, ou seja, o Direito positivo aqui é tido como Direito válido, porém as normas ali insertas poderiam ser descumpridas por terem sua obrigatoriedade prejudicada por não refletirem aspectos de justiça, indispensáveis para uma aferição da moral das normas jurídicas. Essa é exatamente a questão que aqui desenvolveremos.

Fica evidente que, ao analisarmos a questão da injustiça das leis, é possível demonstrar que a norma jurídica pode ser desmembrada, como propõe Norberto Bobbio, em três valorações distintas, ou seja, se a mesma é justa ou injusta, se é

⁶⁹ Ibidem. p 337.

válida ou inválida ou se é eficaz ou ineficaz. Assim, como dissemos, o jusnaturalismo finissiano não mistura validade com justiça em sua aferição dos textos normativos, considerando, contudo, que determinada lei poderá ter sua eficácia reduzida em razão de sua inaptidão em gerar justiça. Essa ponderação é expressa por Bobbio, em “Teoria da Norma Jurídica” nos seguintes termos:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo o ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. [...]

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resume com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. [...]

O problema da eficácia de uma norma jurídica é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que a norma existe como regra jurídica não implica que seja constantemente seguida (BOBBIO, 2001, p. 46/48).

Quanto aos efeitos da injustiça das leis sobre a obrigação, Finnis constrói nessa reflexão quatro sentidos para o ato de obedecer à lei, em que, para exemplificação de sua teoria, cita John Austin, nos seguintes termos:

Ora, dizer que as leis humanas que conflitam com a lei divina não são obrigatórias, isto é, não são leis, é dizer tolices. As leis mais perniciosas, e, portanto, aquelas que mais se opõem à vontade de Deus, têm sido e são continuamente implementadas como leis pelos tribunais judiciais. Suponha que um ato inócuo, ou positivamente benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer este ato, serei julgado e condenado, e se eu fizer objeção à sentença, por ela ser contrária à lei de Deus, que ordenou que os legisladores humanos não proibam atos que não tenham consequências malévolas, o Tribunal de Justiça irá demonstrar a inconclusividade de meu raciocínio me enforcando, de acordo com a lei cuja validade eu contestei” (Province, p. 185) (FINNIS, 2006, p. 340).

Seguindo, o primeiro dos quatro sentidos concebíveis à questão sobre os efeitos da injustiça sobre as obrigações cinge-se “na possibilidade empírica de estar sujeito a sanção no caso de não – cumprimento”⁷⁰. Reconhece Finnis que tal interpretação seja a que menos possa na prática ser suscitada, em razão de que

⁷⁰ BOBBIO, 2001, p. 340.

acha pouco provável “que alguém que pergunte como a injustiça afeta sua obrigação de obedecer à lei esteja pedindo informação sobre um fato, na prática importante mas teoricamente banal, qual seja. “É provável ou não que eu seja enforcado por não ter obedecido a essa lei”⁷¹?

Assim, o ato de descumprimento da lei recebe a guarida de uma possível não punição, em razão desse descumprimento. Ocorre que, como bem cita Finnis, a sanção é elemento inconciliável dos textos normativos e que, em uma visão mais ampla, é também associada ao próprio conceito de justiça desenvolvido por nosso autor, com repercussões ao bem comum. Nesse contexto, a utilização das sanções pelos textos normativos inegavelmente também visa a evitar que as pessoas deixem de cumprir as obrigações impostas pela lei, o que realmente afasta qualquer a possibilidade de se questionar se o ato de descumprir a lei gera ou não uma consequência punitiva.

O segundo sentido é apresentado por Finnis como a “obrigação legal no sentido intra-sistêmico (“obrigação legal no sentido jurídico”) no qual a premissa prática de que a submissão à lei é socialmente necessária é um princípio estrutural isolado do resto do raciocínio prático”⁷². Com isso, traz o foco de sua reflexão, quanto às reclamações de injustiças de leis perante o próprio sistema legal, ou seja, aprofunda a questão da obrigatoriedade legal quando emanada das próprias leis positivas.

Como já dito em nossa abordagem quanto à derivação das leis positivas da lei natural, nosso autor considera que o grande campo de atuação do Direito natural é precisamente quando este se volta para a figura do legislador, orientando este em sua função de “fazer” leis. Considera, nesses termos, que tal atividade é preponderante para o debate em torno do jusnaturalismo, na medida em que a autoridade das leis para produzirem os efeitos que se esperam; não se contenta com uma pobre aferição somente quanto às fontes de tais textos normativos, pois não se pode negligenciar que os mesmos devam sempre refletir critérios de razoabilidade prática. Assim, quando aborda os efeitos de uma lei injusta perante o próprio sistema legal, Finnis destaca a maturidade de sua teoria, ao evidenciar o que já dissemos acima, pois não refuta que leis dissociadas de critério de justiça não possuam validade, tanto é assim, que reconhece que:

⁷¹ FINNIS, 2006, p. 341.

⁷² FINNIS, 2006, p. 341.

Resumindo, mesmo em ordens jurídicas bem desenvolvidas servidas por uma casta de profissionais de advogados, há (e de modo razoável) poucas oportunidades de se levantar “intra sistematicamente”, por exemplo, perante um tribunal de justiça, a questão quanto a se o que seria em outras circunstâncias uma obrigação legal indubitável na verdade não é (legalmente) (FINNIS, 2006, p.342).

Aqui, ao abordar a impugnação de leis injustas perante o próprio sistema legal ou “intra-sistêmico”, considera Finnis que a obrigatoriedade ou não de tais textos normativos caberá ao Tribunal, instituição incumbida de dizer o que é o Direito, já que eventual tese jurídica que defenda o descumprimento de uma lei pelo fato de ser injusta estará fadada ao fracasso. Esse aspecto foi reconhecido por Austin, quando considerou na passagem que colamos previamente⁷³, que a condenação pelo Tribunal seria inevitável, pois justamente a discussão sobre a justiça de uma determinada lei que se contraponha ao Direito posto não seria razoável, já que, em que pese a alegada injustiça da lei, esta teria sua validade incólume.

Ainda quanto à análise dos efeitos de uma lei injusta no que se refere à obrigatoriedade ou não de sua obediência, Finnis apresenta o terceiro dos quatro sentidos em destaque, como:

A obrigação legal no sentido moral (isto é, a obrigação moral que presumivelmente é acarretada pela obrigação legal no sentido intra – sistêmico ou legal) ou também expresso pela seguinte pergunta: “Dado que a obrigação legal presumivelmente acarreta uma obrigação moral, e que o sistema é de modo geral justo, uma lei injusta em particular impõe a mim qualquer obrigação moral de obedecer a ela? (FINNIS, 2006, p. 340)

Esse terceiro sentido então se refere à reflexão se uma lei injusta seria apta a criar uma obrigação moral de obediência à norma, do mesmo modo na qual uma lei justa produziria. Para responder a esta questão, Finnis se ampara na autoridade do próprio governante, da qual a lei emana, de ter respeitado suas decisões, assim considera que o sentimento de obrigação para como uma lei se respalda justamente nessa força presumível de obrigar a todos os membros de uma

⁷³ “Suponha que um ato inócuo, ou positivamente benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer este ato, serei julgado e condenado, e se eu fizer objeção à sentença, por ela ser contrária à lei de Deus, que ordenou que os legisladores humanos não proibam atos que não tenham consequências malévolas, o Tribunal de Justiça irá demonstrar a inconclusividade de meu raciocínio me enforcando, de acordo com a lei cuja validade eu contestei” (Province, p. 185).

comunidade a pautarem suas condutas de acordo com o que previsto pela norma; tudo em nome do bem comum.

O grande problema apontado por Finnis nesse tópico se refere a eventual distorção entre uma obrigação imposta por um governante e que se refira em seu bojo a estipulações que vão justamente contra o bem comum ou ainda desprovidas de princípios básicos de razoabilidade prática. Nosso autor considera, então, que, nesses casos, de flagrante disparate entre uma disposição legal e o bem comum, a própria autoridade da lei em vincular comportamentos estaria severamente prejudicada, pois:

Mais precisamente, estipulações feitas em benefício de partidários, ou (sem emergência como justificativa) que ultrapassem a autoridade definida legalmente, ou impõe encargos injustos, ou ordens que se façam coisas que nunca deveriam ser feitas, simplesmente não conseguem, por si só, criar qualquer obrigação moral (FINNIS, 2006, p. 345).

No estudo dos efeitos correspondentes à obrigação de se obedecer a leis injustas, esse terceiro sentido se mostra de maneira muito forte, com exacerbação do Direito natural frente ao Direito positivo, onde tal vertente refuta eventual legitimação deste, por um critério exclusivamente ligado às fontes do Direito. Remete, assim, à premissa de que “*lex injusta non est lex*”, sobre a qual ressalta Finnis que:

[...] para o propósito de avaliar suas obrigações legais no sentido moral, a pessoa tem o Direito de não levar em conta leis que são “injustas” em qualquer um dos modos mencionados. Tais leis não tem autoridade moral que em outros casos é oriunda simplesmente de sua origem, “pedigree” ou fonte formal (FINNIS, 2006, p. 345).

Enfim, a presente interpretação se refere à premissa básica do Direito natural de que leis injustas não são leis, pelo menos naquilo defendido por Santo Tomás de Aquino, contudo, esta abordagem se dissocia do Direito natural de John Finnis, que é permeado por critérios de razão e ponderação, em que seu foco de especulação não se resume à defesa do presente axioma, mas, sim, em inserir novos elementos na discussão acerca das implicações do Direito natural frente ao positivismo. Então, eventual defesa de que leis injustas não são leis, quando a disposição legal não ensejar uma obrigação moral de obedecer a tais leis, para Finnis é argumento insuficiente e que pouco contribui para o debate em torno do *neojusnaturalismo*.

Quanto à apresentação de eventuais sentidos a indagação de como a injustiça de qualquer um dos tipos precedentes afeta a obrigação de obedecer a leis, Finnis nos revela a quarta possibilidade, descrita pelo seguinte enunciado: “obrigação moral, derivada não da legalidade da estipulação da obrigação, mas de alguma fonte “secundária”⁷⁴.

Considera, assim, que a obrigação para com uma lei, seja como for, será sempre em cumpri-la, pois é para isso que se presta, ou seja, estipular obrigações. Nessa forma, Finnis aqui ultrapassa qualquer indagação que se possa fazer à questão da obrigação de leis injustas descritas nas três interpretações precedentes, ou seja, não se ocupa em dizer que eventual obrigação em se obedecer a leis injustas, se refira ao seu sentido legal ou mesmo em razão da autoridade dos governantes. Nosso autor aqui considera que, vencidas tais referências a uma obrigação em se obedecer a uma lei injusta, as quais considera como fonte primária, há de se revelar também uma importante fonte secundária a qual considerou como “fato colateral”, hábil o bastante a gerar uma obrigação moral em cumprir leis. Para descrever a importância de tal fato, Finnis considera que, se realmente fosse efetivado um descumprimento civil frente às leis, bem como um completo desrespeito pelo indivíduo à autoridade do governante; tal postura não passaria despercebida aos concidadãos, o que refletiria negativamente a estabilidade das relações intersubjetivas da comunidade e que traria consequências ruins ao bem comum. Quanto a esse aspecto, assim considera Finnis:

Então, se uma estipulação injusta é, realmente, homogênea com outras leis em sua fonte formal, em seu acolhimento pelos tribunais e funcionários, e em sua aceitação em geral, pode (nem sempre) ser requerido do bom cidadão que ele obedeça a essa estipulação no grau necessário para evitar enfraquecer “a lei”, o sistema legal (de regras, instituições e prescrições) como um todo. O governante tem ainda a responsabilidade de revogar em vez de implementar a lei injusta, e neste sentido não tem o Direito de que ela seja obedecida. Mas os cidadãos, ou funcionários, podem ao mesmo tempo ter a obrigação reduzida, colateral e, em um importante sentido extralegal, de obedecer a ela (FINNIS, 2006, p. 346).

Enfim, com base nesse quarto sentido concluímos que a obrigação moral é derivada não da legalidade da estipulação da obrigação, mas sim de alguma fonte “secundária” de que essa possibilidade seja, de fato, possível; porém, os problemas acontecem quando se renega e se minimiza tanto a força da lei posta

⁷⁴ FINNIS, 2006, p. 346.

quanto a autoridade do governante. Isso porque, no momento em que a obrigação moral de cumprimento de uma lei passa somente pelo crivo do “fato colateral” e se reduz o âmbito de abrangência das fontes primárias, essa fonte secundária se mostrará como uma forma rala a se garantir o bem comum de uma comunidade. Porque, caso o descumprimento da lei passasse somente por uma avaliação quanto à repercussão que esta causasse entre meus concidadãos, tal fato poderia enfim, legitimar eventual descumprimento da lei, uma desobediência civil em virtude de que a obrigação moral em obedecer à lei estaria reduzida por ser esta injusta, o que não consideramos como uma interpretação correta.

2.4. Conclusão

Quanto às leis injustas e a consequente obrigação moral em obedecer a tais leis, nos exatos termos do Direito natural apresentado por John Finnis em “*Lei natural e Direitos naturais*”, o motivo pelo qual realmente chamamos aqui a atenção é a constatação de que as reflexões quanto aos quatro sentidos acerca dos efeitos da injustiça, frente à obrigação de cumprir a norma se apresentam não como respostas exatas de Finnis a essa indagação, mas sim como interpretações que tenham um resultado plausível e não impossível a tais indagações. Assim, mais uma vez nosso autor aponta a maturidade de sua teoria quando, justamente, apresenta os quatro sentidos acima listados, como possíveis resultados a serem obtidos diante das leis injustas, estabelecendo inegável limitação ao Direito natural. Pondera assim, de maneira acertada, que a resposta a tais questionamentos dependerá de “variáveis sociais, políticas e culturais⁷⁵”, que deverão ser sempre consideradas para que se proceda a uma correta aferição das leis injustas e seus efeitos; com isso enfatiza que dizer que uma lei injusta não é lei é dizer de forma dramatizada, pois negligencia os predicados necessários para o correto entendimento da obrigação frente à injustiça emanada de uma lei.

Por fim, quanto a essas considerações, podemos, em um plano fático, aplicar essas condições possíveis à obrigatoriedade das leis injustas, quando analisamos mais especificamente um importante questionamento que se possa fazer acerca da

⁷⁵ Ibidem, p. 347.

propriedade. Tal indagação se apresenta como relevante, pois, se a propriedade, para Finnis, é um Direito natural na medida em que seu fundamento é fomentar o bem comum, bem como; é elemento de grande importância na sua definição de uma justiça comutativa; pois a propriedade privada relaciona-se com igualdade, de modo que as grandes disparidades de riqueza devem ser evitadas, assim, a obtenção ou fruição dos bens básicos pelos membros de uma comunidade poderão ser alcançados por um maior número de pessoas; diante disso, questiona-se sobre as consequências que se poderiam encontrar no contexto de nosso sistema jurídico, quanto a um texto normativo que se refira a propriedade e que porventura não cumpra essa função de voltar-se ao bem comum, sendo assim, considerado como injusto. E ainda: poderíamos nesse contexto, fomentar uma desobediência civil no sentido de impor uma transgressão dessa lei tida como injusta, conforme uma das quatro possibilidades descritas por Finnis?

Considerando que Finnis justamente exalta que a realidade impõe os limites para que possamos afirmar quais seriam os resultados possíveis frente à injustiça de uma lei, parece-nos que nosso sistema jurídico não admite um descumprimento da norma, pela probabilidade de punição, em razão da injustiça dessa lei, como inserto no primeiro sentido, como também em uma obrigação moral derivada não da legalidade, mas sim de alguma fonte secundária ou fato colateral.

Também não nos convencemos de que seja possível que uma lei injusta deixe de criar uma obrigação moral de obediência à norma, pois, como vimos na passagem em que abordamos o assunto, o grande problema desse terceiro sentido trazido por Finnis quanto à obrigatoriedade ou não das leis injustas é o de negligenciar a autoridade da qual a lei emana, levando por consequência a uma “desobediência civil” justificada. Aqui novamente lembramos que as possíveis condições de Finnis frente a uma lei injusta variam de acordo com o contexto social, político e cultural em que estejam inseridas e, sendo assim, pode-se justificar de acordo com a nossa realidade política e jurídica até mesmo uma desobediência civil, porém, que se mantenha incólume a integridade da legislação, no sentido de que a não obrigação legal no sentido moral, em virtude da afirmação de que leis injustas não são leis, nesse ponto parece equivocada. Mesmo que tal passagem demonstre uma versão forte do Direito natural e que não consideramos como apropriada, a desobediência civil encontra algum relevo no que se refere às leis injustas quando se dissocia da discussão que permeia os elementos da norma

justiça e validade e suas implicações, pois, como bem destacou Finnis, “...pode haver circunstâncias nas quais é justificado usar de desobediência civil, seja contra uma lei injusta em si ou uma lei justa em si como instrumento para efetuar a reforma de leis injustas”.⁷⁶ Nesse mesmo argumento de Finnis, mencionamos John Rawls em “*Uma Teoria da Justiça*”, que foi mais a fundo no estudo da desobediência civil:

Vou começar pela definição de desobediência civil com um público, não violento, consciente e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo. [...]

A desobediência civil foi definida de tal modo que se situe entre o protesto jurídico e a provocação intencional de processos exemplares, por um lado, e a recusa de consciência e as várias formas de resistência, por outro lado. Nessa gama de possibilidades, ela representa aquela forma de dissensão situada nos limites da fidelidade à lei. A desobediência civil, assim entendida, se distingue claramente da ação armada e da prática da obstrução, situa-se muito longe de resistência organizada que faz uso da força (RAWLS, 2000, p. 404/407).

Para este autor, a desobediência civil é relevante em relação à obrigatoriedade ou não de leis injustas, no sentido de levar o questionamento quanto a eventual injustiça dos textos normativos ao crivo do judiciário e legislativo, pois, “sem dúvida, num regime constitucional, os tribunais podem no fim posicionar-se ao lado dos opositores e declarar que a lei ou a política em questão é inconstitucional” ou mesmo “aqueles que usam a desobediência civil para protestar contra leis injustas não estão dispostos a desistir caso os tribunais acabem discordando deles, por mais que lhes pudesse ter agradado a decisão posta”⁷⁷.

Com essa referência, parece-nos que a resposta adequada quanto à questão das consequências frente a uma lei injusta passa tanto pelas considerações sobre a desobediência civil, como vertente do terceiro sentido, como também quanto à afirmação de Finnis, de que a impugnação de leis injustas deve ser avaliada pelo próprio sistema legal ou “intra- sistêmico”, como descrito no segundo sentido apresentado pelo autor, justamente por essa proposta não marchar de qualquer modo contra a positividade das leis, tornando possível que a discussão se realize no Legislativo ou Judiciário. O primeiro, reconhecido por Finnis como o grande

⁷⁶ RAWLS, 2000, p. 346 /346.

⁷⁷ RAWLS, 2000, p. 404 e 406.

campo do Direito natural, e o segundo, instituição que possui a importante função de dizer o que é realmente o Direito, ou seja, se este é reflexo da lei.

Por fim, voltando às indagações propostas em torno da propriedade em nosso sistema jurídico, nesse terceiro aspecto não podemos asseverar que uma lei que, por exemplo, não garanta o uso da terra por todos não seja lei; contudo, também não podemos negar que eventual desobediência civil, em um determinado ponto não seja saudável, no sentido de elevar as discussões democráticas em uma sociedade; esse também é um resultado possível.