

5

Conclusão

5.1.

O que sobrou de Finnis?

Apresentadas as duas teorias, a jusnaturalista de Finnis e a positivista de Hans Kelsen, procuramos agora uma análise comparativa de tais teorias, para que com os elementos que apresentamos no decorrer desta dissertação e particulares de cada autor, possamos de fato refletir quanto ao debate em torno da obrigatoriedade ou não de leis injustas, bem como se essas teorias são mesmo incompatíveis frente a sua aplicabilidade a um sistema jurídico como o nosso ou se a alegada distinção estará realmente afastada.

Se aqui já deixamos transparecer a uma tendência em se declarar pela aproximação entre a teoria do Direito natural de Finnis e o positivismo de Kelsen, conforme os limites que ainda demonstraremos, tal intenção é declaradamente afastada por estes autores. Como já sinalizamos, o debate aqui proposto se insere por meio de dois autores que não viveram em uma mesma época, o que, em tese, poderia afastar a relevância de uma comparação entre as duas teorias, como aqui propositadamente fazemos. Contudo, diante de toda a bibliografia aqui apresentada, ficou evidente que tal confronto não só é possível, mas que também se mostra forte e flagrantemente atual, tendo inegável relevância para o debate em torno do Direito, mais precisamente quanto ao objeto aqui relatado, já que tanto em uma teoria quanto em outra encontramos fartos argumentos e elementos que criam de fato um antagonismo real e que merecem todas as considerações possíveis.

Quanto a Kelsen, é evidente que sua teoria científica do Direito leva a uma consequência imediata – o enfraquecimento do Direito natural; e mais relevante é que tal mitigação imposta pelo positivismo kelseniano se impõe não só um determinado contexto do jusnaturalismo, mas sim em toda e qualquer vertente que se apresente. Como vimos, os principais elementos utilizados por este autor para legitimar sua teoria, como o conceito de norma fundamental, a própria noção de norma, a metodologia empregada para o estudo da validade de uma norma etc., quando moldados e dirigidos a um fortalecimento de sua teoria, descredencia por outro lado, o Direito natural a uma teoria cujos principais pilares não se sustentam quando esse embate é proposto. Como exemplo, lembramos a crítica de Kelsen ao Direito natural, no que se refere à sua inaptidão em moldar um conceito de moral absoluta, conseguindo ao máximo estabelecer um conceito ralo de justiça relativa, de cunho eminentemente subjetivo, o que, para o positivismo kelseniano é inadmissível, pelas razões já abordadas. Precisamente a Finnis, realmente não há uma crítica de Kelsen dirigida a esse autor, justamente pelo fato de que inevitavelmente não são contemporâneos, porém, o positivismo kelseniano quando se empreende a deslegitimar as principais vertentes do Direito natural, não economiza críticas a Santo Tomás de Aquino, que, como já destacamos, é reconhecidamente a fonte de todo o jusnaturalismo finissiano.

Quanto a Finnis, o ataque a Kelsen é direto e real, pois, mesmo sem negligenciar a função do positivismo jurídico frente ao sistema jurídico, ponto esse expresso em sua teoria, em “*Lei natural e Direitos naturais*” há incisiva menção ao positivismo kelseniano, como por exemplo, quando Finnis considera essa metodologia de descrição científica do Direito como ingênua e por demais simplista:

Então, Kelsen define o Direito como uma técnica social específica: “a técnica social que consiste em fazer acontecer a desejada conduta social dos homens por meio de uma ameaça com um certo grau de coerção, que deve ser cumprida em caso de conduta contrária”. Disso ele deriva sua caracterização da norma individual como uma norma para a aplicação de uma sanção, e desta, por sua vez, se seguem as outras características de sua “nomostática” e várias características de sua “nomodinâmica”. Mas como propõe Kelsen justificar a própria definição? Simplesmente como se segue: O que poderia a ordem social de uma tribo de negros sob a liderança de um chefe despótico – uma ordem chamada igualmente de “lei” – ter em comum com a constituição da Suíça? (FINNIS, 2007, p.19)

Para Finnis, a teoria do Direito de Kelsen é vulgar justamente por negligenciar todas as implicações necessárias que se possam fazer quanto à abordagem da “lei”, ou seja, segundo o jusnaturalismo finissiano, ao trazer Kelsen um conceito de “técnica social específica”, onde ignora que há uma série variedades e referências necessárias, como por exemplo, a “lei da natureza”, “lei moral”, “lei sociológica”, “leis internacionais” etc. Tanto é assim que Finnis considera que “na teoria geral do Direito de Kelsen não encontramos atenção crítica ao problema metodológico de selecionar conceitos para uma teoria geral descritiva ou livre de valores”¹.

Com essa referência do positivismo jurídico de Kelsen, aos olhos de Finnis, considera este autor que o positivismo kelseniano é realmente inapto em apresentar uma descrição coerente e aprofundada do Direito, pois destaca que essa teoria diferencia apenas “um ponto legal, do ponto de vista do homem que apenas obedece à lei e só o faz porque, quando, e até o ponto em que teme as punições que irão se seguir à não obediência. Mas firmemente se recusam a fazer outras diferenciações”². Para Finnis, a metodologia de Kelsen é pobre, justamente quando não se ocupa a reflexões que são imprescindíveis para aquele autor em sua elaborada teoria do Direito natural, com enfoque a uma teoria densa em torno da justiça, onde utiliza argumentos que vão desde a ciência social descritiva e analítica a um estudo de todas as oportunidades humanas, inclinações e capacidades, diferenciando nesses termos a função de descrever o Direito daquela de avaliar as opções humanas, ponto este propositadamente afastado por Kelsen.

Também considera Finnis que a crítica de Kelsen a “Regra de Ouro”, expressão utilizada nos evangelhos cristãos, também se mostra inadmissível e que evidencia de fato um não entendimento do Direito natural, já que a premissa de que “faça a outrem (ou pelos outros) o que você gostaria que fizessem por você (ou por vocês)”, deve ser avaliada dentre todo o contexto de “razoabilidade prática” e não de maneira isolada:

A Regra de Ouro... Veja Tobias 4:16; Mateus 7:12. Lucas 6:31. A afirmação de Kelsen (*What is Justice?* Berkeley: 1957, pp. 16 -18) de que a Regra de Ouro é vácuca ignora o fato de que ela é apenas um dentre (digamos) os nove requisitos básicos da razão prática, que em si é apenas um dentre (digamos) os sete

¹ FINNIS, 2006, p.19.

² FINNIS, 2006, p.26.

princípios básicos. De fato a Regra de Ouro é um potente resolutório e determinante em questões morais (FINNIS, 2007, p.133)

Enfim, em um primeiro momento, não há realmente que se falar em conciliação entre a teoria positivista de Kelsen e a naturalista de Finnis, pois se o primeiro renuncia expressamente a uma definição de justiça, conceito que considera como totalmente estranho a sua ciência do Direito, que não se manifesta por juízos de valor, mas sim juízos de certeza e dedutivos por uma aferição de validade ou não das normas, para o segundo autor as coisas se passam de maneira totalmente diferente. Finnis retorna ao infundável anseio das correntes do Direito natural em estabelecer uma teoria de cunho objetivo, capaz de ultrapassar a todas as barreiras impostas pelo positivismo e para isso utiliza-se o autor de argumentos que se referem a própria razão humana, com a utilização de bens humanos evidentes e universais e que conduziram Finnis a uma complexa teoria sobre a justiça. Assim, como iremos demonstrar, ao empreendermos uma conciliação aqui difundida entre as duas teorias, tomaremos o cuidado de respeitar os limites impostos por estes autores, ou seja, a aproximação será real se a integridade dogmática for mantida e respeitada.

5.1.1.

A positivação dos Direitos naturais

Como primeiro ponto de contato entre as duas teorias que em muito contribuí para o afrouxamento entre a dicotomia existente entre o Direito natural e o Direito positivo, destacamos, neste primeiro aspecto, a alegada positivação dos Direitos naturais.

Tal constatação se observa na medida em que também se até ao período no qual o Direito natural ressurge no século XX como disciplina jurídica autônoma, dotada de uma forte metodologia particular àquela despendida no positivismo jurídico. Como adverte Finnis ao apresentar sua concepção do Direito natural, onde reflete e discrimina os bens humanos básicos como evidentes e universais, denota o autor a inegável aproximação destes com os chamados Direitos humanos básicos, exaltando justamente a importância desses bens e de passagem, a sua própria teoria.

Considera esse autor que o meio impõe forte influência para que os bens humanos básicos sejam de fato alcançados; desse modo, é inegável que, quando se fomenta a positividade dos Direitos naturais no corpo de uma Constituição, a consequência irrefutável de tal medida é o seu reflexo frente à justiça e ao bem comum, pois, como adverte Finnis:

O fato é que os Direitos humanos só podem ser desfrutados em segurança em certos tipos de ambientes – um contexto ou estrutura de respeito mútuo, confiança e entendimento, um ambiente que seja fisicamente saudável e no qual o fraco possa viver sem medo dos caprichos do forte (FINNIS, 2006, p. 212).

O que merece ser realmente considerado é que o grande marco que impulsionou o Direito natural a uma teoria jurídica de incontroversa relevância contemporânea foi justamente o fenômeno jurídico que determinou a positividade dos Direitos naturais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pós a segunda guerra mundial pela Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948 e que inegavelmente caracterizou esse momento que aqui exaltamos, em uma amplitude global, e que iria exercer forte influência ao Poder Constituinte Originário.

A exemplo dessa tendência destaca-se que a Constituição Federal vigente, fruto dessa transição, foi e é diretriz de um processo de democratização latente no Estado brasileiro, outorgando aos cidadãos uma gama de direitos e garantias individuais que em nada se assemelham ao período militar ditatorial e autoritário que minou em grande parte as manifestações de direito políticos, sociais e civis que naquele momento foram sufocadas. Aprofundando-se quanto à positividade dos Direitos fundamentais, Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca da seguinte maneira em *“Introdução ao Estudo do Direito”*:

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos Direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do Direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo “positivou-o”. E, depois, a proliferação dos Direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos Direitos individuais e, posteriormente, de Direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje Direitos ecológicos, Direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização (FERRAZ JÚNIOR, p.171).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca ainda que o enfraquecimento a dicotomia entre o Direito natural e o Direito positivo se dá quando todo o Direito

passa a ser logicamente redutível a Direitos naturais, desse modo, hoje se sustenta até uma diferença quanto às duas disciplinas jurídicas, mas não quando se observa o Direito natural e o Direito positivo como “instrumento operacional”, ou seja, como de fato o Direito é sentido em uma realidade jurídica que contemple as características aqui observadas. Aqui é onde reside a alegada semelhança³.

Pode-se nesse ponto se indagar: como a teoria Pura do Direito de Kelsen poderia se inserir nesse cenário jurídico? A resposta que propomos a essa indagação reside justamente quanto à reflexão sobre a interpretação do Direito, segundo o positivismo kelseniano, pois, por mais paradoxal que possa parecer, somente com o auxílio de sua teoria é que os Direitos naturais poderão ser de fato efetivos. Como veremos, seria uma falácia afirmar a essa altura que todos os problemas envolvendo justiça ou eficácia de normas seriam satisfeitos pela alegada positividade dos Direitos naturais pelas constituições, já que se tal positividade é inegavelmente benéfica, esta por si só, é inapta a difundir esses Direitos a todos os indivíduos de uma comunidade com a intensidade pretendida pelo constituinte originário. Como exemplo, citamos que até mesmo o Direito fundamental “vida” pode ser considerado imoral em um específico contexto fático, em que se busque a interrupção de uma gravidez decorrente de estupro, ou seja, há o conflito do Direito fundamental à vida do feto com a dignidade da pessoa humana relacionada à decisão da mãe em buscar o aborto. Esse aspecto é evidente em Adrian Sgarbi, quando ressalva que “não é porque a Constituição estabelece referenciais valorativos, isto é, referências materiais ou substanciais que, apenas por isso, ela não possa ser considerada imoral”⁴.

Assim, as balizas impostas por Kelsen, no processo de se interpretar o Direito a um caso concreto, se mostrarão de inegável valia para a lúcida aferição e efetivação do Direito natural posto contudo, não serão suficientes a uma correta leitura do fato concreto, prestando o jusnaturalismo finissiano inegável auxílio ao exegeta nesse processo. Nesses termos, novamente adverte Sgarbi:

De todo modo, a presença de uma série de valores enunciados na constituição – não se pode negar – auxilia, sobremaneira, a persuadir os destinatários a aceitá-la e a defendê-la quando concordarem (individualmente) com os seus termos. Nesse sentido a avaliação moral apesar das boas intenções do constituinte, continua sendo individual, mesmo que (esta hipótese de algum modo pode ser descartada) em uma

³ FERRAZ JÚNIOR, p. 171.

⁴ SGARBI, 2007, p. 721.

enquete se possa constatar que há convergência entre o que consta na constituição e o sentimento dos destinatários a respeito do que pensam ser o justo (SGARBI, 2008, p. 721).

No mesmo sentido, citamos Ferraz Júnior:

Entre a proclamação formal dos Direitos e o real estatuto político dos indivíduos e dos grupos aos quais eles são atribuídos estende-se um vasto espaço, ocupado por formas antigas e novas de violência. Por extensão, pode-se dizer que os mecanismos de poder em ação nas sociedades políticas contemporâneas não alcançam a legitimação que seria propiciada pela real efetivação dos Direitos do homem ou pelo reconhecimento do cidadão como portador efetivo dos Direitos cujo respeito confere ao poder seu predicado essencial como poder político, ou seja, poder justo (FERRAZ JÚNIOR, p.173).

Relembrando, quando nos referimos à interpretação do Direito segundo Kelsen, destacamos que o autor demonstra que em tal processo deve-se sempre partir de um ponto de referência, o qual estabeleceu por razões evidentes, a “norma geral” como referência a ser utilizada pelo intérprete quando da análise do caso concreto. Com esse relato, insere-se a noção de uma interpretação autêntica utilizada pelos aplicadores do Direito, aqui os juízes, os quais não se restringem a meros aplicadores da lei, mas, sim, verdadeiros criadores do Direito. Desse modo, como instrumento utilizado para impor limites a essa atividade interpretativa, Kelsen estabeleceu que tal processo seja condicionado a uma “moldura”, em que devem estar inseridos somente os resultados possíveis dessa interpretação.

Com essa alusão, a positivação do Direito natural nos leva a duas considerações. O primeiro raciocínio é que de acordo com a teoria científica de Kelsen, ao se positivarem os Direitos naturais no corpo de uma Constituição, podemos nas linhas dessa teoria afirmar que tais bens humanos básicos de alguma forma se tornaram o próprio Direito posto, pois são normas globalmente eficazes e que se alinham a toda a teoria científica do Direito de Kelsen. Com a exaltada positivação, aplica-se o sistema dinâmico de Kelsen, aonde a fonte produtora é que exercerá os limites para a atividade cognitiva do exegeta. A segunda consideração que podemos fazer é a de que quando se reconhece o Direito natural como Direito posto pela vontade humana, a consequência desse ato é da inserir esses Direitos na moldura kelseniana. Assim, nesse aspecto, a conclusão que podemos fazer é a de que com a tão exaltada positivação dos Direitos naturais, a moldura interpretativa de Kelsen se alarga em demasia, tornando os Direitos

humanos, em razão de sua generalidade e abstração, uma fonte inesgotável para a fundamentação das decisões judiciais. Que fique claro que essa observação jamais foi despercebida ou negligenciada por Kelsen, que sempre considerou que, se a moldura possui o ponto positivo de fomentar a busca pela melhor aplicação do Direito nesse contexto metodológico, possui em outra perspectiva, o lado negativo de criar também uma previsível insegurança jurídica, o que ficou ainda mais latente com a exaltada positivação.

Assim, parece-nos que a teoria de Finnis, como a de Kelsen, realmente se apresentam como relevantes para esse debate jurídico, pois, se pela teoria kelseniana podemos considerar um Direito natural como Direito válido, incontroverso, o jusnaturalismo finissiano presta sua contribuição quando orienta justamente como esses Direitos naturais devem de fato ser avaliados, pois o grande problema que se pode destacar desse Direito natural inserido em uma Constituição, reside justamente em como o intérprete deve extrair a melhor aplicação do Direito ao caso concreto. Então, a noção de todos os requisitos de razoabilidade prática, por exemplo, auxiliam tanto aqueles que fazem as leis, mas o mais importante, a orientação a aqueles que realmente criam o Direito nesse processo. Essa função é exaltada por Jeremy Waldron em “A Dignidade da Legislação”, na seguinte passagem:

Porque é o Direito feito pelos juízes, não o Direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “Direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de Direito” evocam? Porque é esse o nosso conceito de Direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito? (WALDRON, 2003, p. 13)

Por fim, realmente aqui encontramos inegável aproximação entre o Direito natural e o Direito positivo, na medida em que se positivam, pela atual Constituição Federal, conceitos dotados de forte carga moral, como liberdade, propriedade, vida, dignidade da pessoa humana etc. Desse modo, não queremos dizer que a concepção dualista do Direito, em positivista e naturalista, seja algo superado, pois mesmo com a tão difundida positivação de Direitos naturais em nada prejudica a noção de que essas duas disciplinas sejam de fato autônomas, contudo o que realmente se observa como destacado por Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, é que, quando se operacionaliza o Direito, essa dicotomia se desfaz,

ocorrendo uma “trivialização” dos Direitos naturais. Podemos concluir que ao se positivizar o Direito natural em um texto constitucional, o que o positivismo jurídico fez foi justamente minimizar o jusnaturalismo, de fato, imputando ao mesmo, certa banalização, pois, como adverte Eduardo C. B. Bittar, “Em tempos em que a vontade do legislador impera, vale mais pensar naquilo que se vê, do que naquilo que se possa imaginar como sendo a natureza humana”⁵.

5.1.2.

A dicotomia entre o Positivismo e o Direito natural: uma versão dramatizada e equivocada?

Frequentemente no referimos, na presente dissertação, à alegada falta de coesão teórica que gira em torno do Direito natural, como forma de alertar que essa instabilidade teórica contribuiu de fato para que o jusnaturalismo fosse duramente criticado pelo juspositivismo. É nesse cenário de indeterminação quanto ao jusnaturalismo que trouxemos a análise John Finnis. Como expresso no presente trabalho, este autor traça em “*Lei natural e Direitos naturais*” o foco de sua teoria, a de demonstrar que as críticas dos positivistas ao Direito Natural denotam um entendimento superficial dessa vertente, bem como que o debate em torno do Direito natural, segundo sua metodologia, é imprescindível a uma correta leitura e compreensão do Direito, seja na produção das leis, sua interpretação, como também quanto ao relevante questionamento que se possa fazer quanto às leis, já que em seu Direito natural há a substituição de uma natureza vulgar por uma natureza toda peculiar ao autor, expressa pelo “razoável”. Desse modo, novamente trazemos um relevante ponto já abordado nesta dissertação, quando da análise das leis injustas sob a perspectiva de John Finnis, que trata das teses principais da corrente jusnaturalista. Nesses termos, destacam-se uma primeira tese que conhece o Direito natural como fundamentação de princípios morais e de justiça como universalmente válidos, e uma segunda tese, que determina que o sistema normativo ou uma norma não podem ser qualificados de “jurídicos” caso não

⁵ BITTAR: O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos. Disponível em: http://www.panoptica.org/artigosjulout08/PANOPTICA_013_001_017.pdf. Acesso em 15 de junho de 2010.

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 Direito⁶”.

Trazendo novamente ao foco, destacamos que, 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.

O interessante é que, se o Direito natural foi incapaz de desenvolver um significado coeso quanto aos seus principais aspectos, tal constatação também é perfilhada pela corrente juspositivista. Como ressalta Noel Struchiner, a “expressão positivismo jurídico é intoleravelmente ambígua. A extensão de significados dessa expressão comporta uma pluralidade de teses heterogêneas, e muitas vezes incompatíveis⁷”. Contudo, como no Direito natural, podemos também, em sede de Direito positivo, individualizar suas “teses centrais”, como destaca Adrian Sgarbi:

Como “teses centrais”, podem ser destacadas as seguintes: 1) o Direito é produto de atividade humana; 2) o Direito impõe obrigações; 3) essas obrigações não são espécies de deveres morais. Como “teses incidentais” encontram-se as particularidades acrescentadas por cada teórico que parte das teses centrais e que, em última análise, servem para distingui-los como teóricos (SGARBI, 2007. p.716).

Desse modo, ao nos referirmos a Kelsen na presente dissertação, fazendo uso de sua ciência pura do Direito, ficou evidente que o autor, ao propor uma descrição do fenômeno jurídico desprovido de avaliações morais, com seu plano discursivo limitado a uma descrição do Direito, evidencia a utilização do positivismo conceitual, identificado na primeira tese, com reconhecimento do

⁶ STRUCHINER, 2005, p. 401.

⁷ STRUCHINER, Noel. “Algumas proposições Fulcrais acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo” em “Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito”.. Rio de Janeiro: Lumen Júris 2005. p.402 e 403.

Direito como sendo uma atividade humana. Essa ramificação do positivismo jurídico sustenta que seu foco é a fonte das leis, ou seja, o critério metodológico que a torna válida e que não se submete a qualquer escrutínio moral nesse processo. Trazendo uma conceituação à dissertação do que seja “positivismo conceitual”, citamos novamente Noel Struchiner:

Trata-se de uma tese do positivismo conceitual, segundo a qual o Direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos objetivos. O traço marcante do positivismo conceitual é a neutralidade com a qual é possível identificar e descrever o Direito de um grupo social sem se comprometer valorativamente com o conteúdo das normas jurídicas. (STRUCHINER, 2005, p.409)

O que queremos aqui enaltecer é que, ao reconhecer um determinado texto normativo como sendo Direito, pode-se depreender que o positivismo conceitual de Kelsen não impõe a aplicabilidade irrestrita dessas leis.⁸ Tanto é assim que na doutrina de Kelsen, encontramos espaço para discussões em torno da moral, mais precisamente em sua moldura, a qual contempla resultados possíveis em uma interpretação. Esse aspecto é novamente explicitado por Struchiner da seguinte maneira:

Após a identificação de uma norma válida, ainda permanecem questões importantes acerca do significado dessa norma, se ela deva ser obedecida pelos sujeitos jurídicos e aplicada pelos juízes, se ela ajuda a realizar os propósitos do Direito se é justa, apenas para citar algumas das indagações que devem ser tratadas se o objetivo é criar uma teoria capaz de abarcar todos aspectos da natureza do Direito, e não só a sua validade. Atribuir validade a uma determinada norma não significa, automaticamente, que essa norma não deva ser repudiada, afastada ou declarada inútil. A tese do positivismo conceitual deixa as portas abertas para o aparecimento de outras teses sobre como se deve lidar com o Direito válido, ou até mesmo se devemos nos importar com o Direito válido (STRUCHINER, 2005, p.412).

Nesses termos, parece haver mais no positivismo jurídico do que a redundante ideia de que tal vertente do pensamento jurídico é aquela que somente defende uma posição contrária ao Direito natural, de forma que dizer que os

⁸ Portanto, “aplicar o direito” é antes de tudo, aplicar um material reconhecido como jurídico na solução dos casos apresentados ao órgão de aplicação. Nesse particular, deve se manter atenção para a diferença entre “aplicabilidade” e “aplicação”. Porque enquanto a primeira importa na atividade de analisar e selecionar o material jurídico que pode solucionar o caso (se o material está em vigor, se é válido, se apresenta algum conflito, se existe lacuna e o que fazer nessa situação, ou seja, a questão afeta à seleção do material jurídico habilitado, ainda que apenas formalmente etc), a segunda implica em seu concreto uso (o que a norma selecionada como instrumento de resolução do caso deduzido em juízo (SGARBI, 2008. p. 41).

juspositivistas em sua avaliação do Direito prescindam de conceitos morais nesse processo é comprovadamente falaciosa. Martín D. Farrel propõe uma imprescindível abordagem quanto à diferença entre Direito natural e Direito positivo no que se refere à análise da moral, sob a assertiva de que eventual dicotomia entre as duas teorias está realmente minimizada e em termos rompida. Isso porque, segundo o autor, o Direito positivo não pode ser visto como disciplina jurídica que se dissocia por completo de conceitos morais, nem mesmo o Direito natural, como também disciplina jurídica que somente reconhece uma determinada lei como Direito na medida em que essa reflita conceitos morais. Esse contexto é extraído do artigo “*Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico*”, de autoria do autor em análise, na seguinte passagem:

Entender, por la teoría del derecho natural a aquélla que sostiene que no puede identificarse a algo como derecho – que no puede, en otras palabras, identificarse a una norma como jurídica – sin recurrir a conceptos morales. El contenido del derecho tiene que ajustarse al contenido del moral. Si la norma es inmoral no es jurídica no existe el derecho injusto, puesto que tal expresión es contraditria. La teoría puede inclinarse también, desde logo, por una versión más débil, puede aceptar que un sistema jurídico contenga alguna norma inmoral, pero que el sistema mismo – en general – debe ajustarse a los preceptos de la moral. Entender –a su vez – por la teoría de positivismo jurídico a aquélla que sostiene que puede identificarse a algo como derecho – que puede identificarse a una norma como jurídica- sin necesidad de recurrir a conceptos morales, el contenido del la moral. Una norma jurídica puede ser que ajustare –en ningún grado – al contenido de la moral. Una norma jurídica puede ser inmoral existe derecho injusto, y la expresión no es para nada contradictoria. También esta teoría puede inclinarse por una versión más débil, y aceptar que el derecho requiere un mínimo ajuste com la moral, por una simple cuestión de eficacia. Pero nos es necesario – em general- que el sistema juridico se ajuste a los prectos de la moral de acuerdo al critério positivista⁹.

Como vimos na presente dissertação quanto à aferição da justiça, o que diferencia o Direito positivo e o Direito natural é o momento em que tal processo avaliativo é realizado. Esse panorama, de fato é explícito tanto em Kelsen quanto em Finnis. Desse modo, para o positivismo jurídico, a avaliação da moral é realizada após a produção dos atos normativos e no Direito natural, durante o processo de produção das leis, conforme Martín D. Farrel: “*El positivista jurídico evalúa moralmente al derecho, a efectos de determinar su obligatoriedad, tanto*

⁹ Martín D. Farrel. *Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_10.pdf?portal=4>. Acesso em 01 de julho de 2010.

*como lo hace el partidario Del derecho natural. La única diferencia entre ambos es el momento en que esa evaluación se lleva a cabo*¹⁰. Essa referência é explícita quanto aos dois autores aqui em destaque e se mostra flagrante quando lembramos que a avaliação da moral jamais foi negligenciada por Kelsen,¹¹ tanto que desenvolveu uma metodologia própria para que se possa aferir a justiça das leis no ato de aplicação das mesmas pelos juízes. Quanto a esse aspecto, novamente citamos Adrian Sgarbi, na seguinte passagem de “Hans Kelsen – Ensaaios Introdutórios”:

Nesses termos, pode-se retomar o caso do Juiz *J* e seu dilema. Empregando a teoria de Kelsen, sabe ele o Juiz *J*, identificar as normas do regime golpista e, considerando o caso, pode aplicá-la, basta seguir o estatuto pelas normas de competência firmadas de assalto. Mas também sabe o Juiz *J* que não precisa ser necessariamente assim. Porque, como já consignou, uma coisa é “conhecer” as normas (tarefa da ciência jurídica) do regime golpista; outra, “ter” que “obedecer-lhas” (questão política e moral). No primeiro ato utiliza o juiz o “conhecimento” técnico que possui; no segundo ato, pode atuar ou não sua adesão ao regime. Dessa forma, a sorte da ordem jurídica, segundo Kelsen, está a depender, em última análise, do comportamento do Juiz *J*, dos demais juízes da ordem jurídica, e dos destinatários gerais das normas em apreço. É a partir do ato deles que se firmará ou não novo referencial de validade (SGARBI, 2007. p.23).

É evidente em Finnis que o autor estabelece que a lei posta, seja ela justa ou injusta, possui inegável aptidão em criar uma obrigatoriedade quanto ao seu cumprimento, tanto é assim que a sanção é reconhecida pelo autor como meio a se garantir justiça, na medida em que o cumprimento da lei, “grosso modo”, leva a um bem comum. Assim, ainda em Finnis, a grande contribuição que presta o autor é a de justamente orientar o legislador à confecção de boas leis, já que ao defender uma versão mais fraca do Direito natural, jamais sustentou que leis injustas não são leis. Esse autor se foca no legislador, no qual em sua função, deve sempre se pautar com a referência de bens básicos evidentes e conceitos de razoabilidade

¹⁰ Martín D. Farrel. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_10.pdf?portal=4>. Acesso em 01 de julho de 2010.

¹¹ Quanto a avaliação da moral pela corrente positivista, novamente citamos Martin D. Farrel: “El positivista jurídico realiza esa misma evaluación al final de su trabajo, luego de aplicar su test preferido para determinar si algo es derecho, test que varía de autor en autor, pero que siempre tiene em comum que prescinde de La moral, el positivista evalúa moralmente el derecho. Necesita hacerlo porque le interesa saber, entre otras cosas, si el derecho es justo o injusto. Y hay algo que le interesa especialmente, puesto que no es um positivista ideológico: le interesa saber si existe una obligación de obedecer al derecho.” Martín D. Farrel. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_10.pdf?portal=4.

prática, ou seja, a lei deve ser sempre um apelo à razão.¹² Quanto a essa apreciação moral no momento de produção das leis, Tércio Sampaio de Ferraz Júnior apresenta a tese do legislador racional da seguinte maneira:

O próprio recurso ao legislador racional embute uma determinada ideologia política segundo a qual somente ao poder legislativo, como representante do povo, cabe a determinação das soluções prévias para os conflitos dentro de uma comunidade, não sendo dado nem ao juiz, muito menos ao jurista (como um função meramente teórica) modificá-las (justiça como legalidade) (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 74).

Novamente citando Farrel, destaca o autor que a diferença entre o Direito positivo e o Direito natural, sob o argumento de que aquele é desprovido de conceitos morais, e este somente reconhece algo como Direito na medida em que reflete preceitos de justiça como uma versão dramatizada. Fixa o autor que a discussão relativa às diferenças existentes entre o Direito natural e o Direito positivo perdeu sua importância, pois a moral passa inquestionavelmente a permear as duas disciplinas do Direito, sendo que a controvérsia passa a ser restrita somente quanto ao momento em que esta avaliação deve ser realizada.

Tanto o Direito positivo como o Direito natural, se analisados sob o enfoque de suas próprias particularidades e limites metodológicos, se mostrarão de maneira inequívoca como insuficientes ao debate em torno do Direito, pois a realidade jurídica aponta para uma fusão entre ambas as correntes. A justiça é o ponto focal dos dois autores, pois, mesmo em Kelsen, ao levantar seu positivismo conceitual a uma teoria descritiva do Direito, o faz dessa forma, justamente para desvencilhar o conhecimento do Direito de prerrogativas morais. Assim, como essa consideração é a constatação de que há certa “trivialização” dos Direitos naturais em virtude de sua positivação, pergunta-se: O que sobrou de Finnis?

Para nós, o jusnaturalismo finissiano se apresenta como metodologia jurídica auxiliar ao Direito posto, pois tal função, mesmo que por uma via difusa, é reconhecida pelo autor, ao apresentar uma “versão fraca” do seu Direito natural

¹² Quanto a avaliação do moral pela corrente jusnaturalista, também citamos Martin D. Farrel: “El partidario del derecho natural realiza esa evaluación al comienzo de su trabajo; antes de permitir que una sea considerada derecho, el iusnaturalista la somete a un escrutinio moral: si la norma no se ajusta a los dictados de la moral, la norma no es jurídica. (Como he dicho, hay versiones más permisivas, que avalúan al sistema como un todo y no norma por norma). Martín D. Farrel. Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Disponível em http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_10.pdf?portal=4.

que não desconsidera o Direito positivo quando este se dissocie de critérios morais. Tanto é assim que a afirmação de que “leis injustas não são leis”, tanto para Kelsen como para Finnis, é uma asserção falaciosa, por refletir uma visão por demais simplista do Direito. O jusnaturalismo de Finnis, ao se apoiar na razão humana e nos bens básicos evidentes, constrói, em sentido oposto de Kelsen, uma complexa definição de justiça, a qual se apóia em conceitos de igualdade, razoabilidade, bem comum etc. Traz, assim, uma metodologia com forte apelo àqueles responsáveis pela feitura das leis, justamente pela importante mensagem em se racionalizarem as regras, pois elas, como vimos, devem ser um produto fiel da razão, tornando-se assim, aptas a garantir justiça. Assim adverte Tércio Sampaio de Ferraz Júnior que: “Essa relação entre justiça e racionalidade é importante para nossos propósitos. Afinal, é inegável que, na tradição cultural do Ocidente, os princípios de justiça, tanto formal como material, foram, via de regra, considerados como encarnações da razão¹³”.

Enfim, essa nos parece ser de fato a melhor lição deixada por Finnis, a de ter se embrenhado por um caminho aonde Kelsen propositadamente e por razões bem definidas não foi. O Direito natural finissiano, assim, em sua busca por uma natureza humana universal, tocou o ser humano de maneira positiva, extraindo da conduta humana verdadeiras balizas de direcionamento do indivíduo, como os bens básicos e princípios de razoabilidade prática, demonstrando ainda, que, por mais criticável que seja o Direito natural, tal vertente jamais poderá ser totalmente excluída do debate jurídico, pois demonstrou a importância de se conhecerem as inclinações naturais do ser humano, tudo para que o Direito natural e o Direito positivo sejam como faces de uma mesma moeda em perfeita harmonia.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 232.