



**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA  
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA  
PROGRAMA DE MESTRADO**

FABRICIO DOS SANTOS VIEIRA

**A RETOMADA DA ÉTICA ARISTOTÉLICO-TOMISTA PELA FILOSOFIA DO  
DIREITO: O DIREITO NATURAL EM DESTAQUE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia *Stricto Sensu* da Universidade de Caxias do Sul como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Idalgo José Sangalli.

CAXIAS DO SUL

2016

S237r Santos Vieira, Fabrício dos

A retomada da ética aristotélico-tomista pela filosofia do direito : o direito natural em destaque / Fabrício dos Santos Vieira. – 2016.

100 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2016.

Orientação: Idalgo José Sangalli.

1. Ética. 2. Filosofia do Direito. 3. Direito Natural. 4. Hermenêutica. I. Sangalli, Idalgo José, orient. II. Título.



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

*“A retomada da ética aristotélico-tomista pela filosofia do direito: o direito natural em destaque”*

Fabricio dos Santos Vieira

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Conceitos Fundamentais de Ética.

Caxias do Sul, 10 de agosto de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Idalgo José Sangalli (orientador)  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. João Carlos Brum Torres  
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Roberto Hofmeister Pich  
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**CIDADE UNIVERSITÁRIA**

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.uces.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço a todos aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho, de modo especial:*

ao professor Doutor Idalgo José Sangalli, pela preciosa orientação;

aos professores e colegas do Mestrado em Filosofia, pela adorável convivência;

à Daniela Bortoncello, pela disponibilidade e atenção;

e, por fim, à minha esposa Sabrina, pela compreensão e apoio.



## UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
COORDENADORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

### ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos dez dias do mês de agosto de dois mil e dezesseis, às dezesseis horas e trinta minutos, no Auditório do Bloco E, Cidade Universitária, sob a presidência do professor Dr. Idalgo José Sangalli, orientador, foi apresentada a Dissertação de Mestrado de **FABRICIO DOS SANTOS VIEIRA**, intitulada “*A retomada da ética aristotélico-tomista pela filosofia do direito: o direito natural em destaque*”. A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Dr. Idalgo José Sangalli (presidente – UCS), Dr. João Carlos Brum Torres (UCS) e Dr. Roberto Hofmeister Pich (PUCRS). Aberta a sessão, o mestrando foi convidado a fazer a apresentação de sua dissertação, seguida de arguição pelos examinadores. Logo após, a sessão foi suspensa e a Banca Examinadora reuniu-se reservadamente para avaliar o trabalho apresentado, conferindo ao candidato o grau final QUATRO, com o que faz jus ao título de **Mestre em Filosofia**. O Presidente da Banca encerrou as atividades comunicando ao mestrando que a presente Ata tem validade por noventa dias, como documento comprobatório de conclusão do curso. Durante esse período, deverá entregar três exemplares da versão final impressa e a versão digital, com as correções sugeridas pela Banca Examinadora, assim como, deverá entregar um artigo científico de até trezentas linhas que sintetize o trabalho, e solicitar à Secretaria Geral de Pós-Graduação o encaminhamento do Diploma. Nada mais havendo a constar, a presente Ata, lida e considerada conforme, vai assinada pelas autoridades acadêmicas elencadas acima.

Caxias do Sul, 10 de agosto de 2016.

Dr. Idalgo José Sangalli  
(presidente - UCS)

Dr. João Carlos Brum Torres  
(UCS)

Dr. Roberto Hofmeister Pich  
(PUCRS)

#### CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – B. Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil  
Telefone / Telefax (54) 3218 2100 – www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul – CNPJ 88 648 761/0001-03 – CGCTE 029/0089530

## RESUMO

A crescente complexidade das relações intersubjetivas faz com que a criação e a forma de aplicação à norma jurídica evoluam superando a esfera da legalidade. Como parâmetro supralegal, destaca-se a formulação do direito natural em Aristóteles e Tomás de Aquino por fornecer características muito importantes para o panorama atual ao tratar da *phronesis/prudentia* e da mutabilidade da natureza humana. Tal formulação busca uma atitude pensada e adaptável às conjunturas sem descuidar dos princípios básicos atemporais e dos requisitos da razoabilidade prática definidos por Finnis. Nesse ínterim, a ideia de pré-compreensão em Gadamer, que afirma existir uma compreensão prévia funcionando como pressuposto subjetivo hermenêutico presidindo toda a compreensão, caso for adaptada ao direito, constata que, no processo de tomada da decisão jurídica, a ação interpretativa parte de um conjunto de conceitos e conhecimentos prévios, os quais, de certa forma sedimentados, possibilitam alcançar suas conclusões com um mínimo de previsibilidade. O pensamento de Finnis acerca da lei natural, fundada na razoabilidade prática, e a construção de uma hermenêutica filosófica, como a de Gadamer, levam a crer na possibilidade de uma fundamentação ética para a hermenêutica e para o direito, sem olvidar do caráter contingencial e temporal das suas estruturas de compreensão e aplicação.

**Palavras-chave:** ética; jusnaturalismo; hermenêutica; razoabilidade prática.

## ABSTRACT

The increasing complexity of intersubjective relations makes the creation and application way to the legal rule develops overcoming the sphere of legality and, as supralegal parameter, highlights the natural law formulation in Aristotle and Thomas Aquinas, for providing very important features to the current situation when dealing with *phronesis/prudentia* and the mutability of human nature, looking for a thoughtful and adaptable attitude to the situations without neglecting basic timeless principles and practical reasonableness requirements defined by Finnis. In the meantime, the idea of pre-understanding in Gadamer, who says there is a prior understanding working as hermeneutic subjective assumption presiding over all understanding, in case is adapted to the law, appear that, in making the legal decision to the interpretive action as a part of a set concepts and prior knowledge, which somehow sedimented, reaching its conclusions with a minimum of predictability. The thought of Finnis about natural law, based on practical reasonableness and the construction of a philosophical hermeneutics as Gadamer, lead us to believe in the possibility of an ethical foundation for hermeneutics and to the right, without forgetting the contingent and temporary nature of their understanding and application of structures.

**Keywords:** ethics, natural law, hermeneutics, practical reason

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 O DIREITO NATURAL</b> .....	10
2.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE DIREITO NATURAL .....	12
<b>2.1.2 Funções do direito natural</b> .....	21
2.2 JUSNATURALISMO MEDIEVAL E A INFLUÊNCIA DE TOMÁS DE AQUINO ...	24
<b>2.2.1 Escolástica espanhola</b> .....	27
<b>2.2.2. Escolástica jurídica</b> .....	33
2.3 O JUSNATURALISMO MODERNO COMO RESPOSTA AO ARBÍTRIO DA LEI ...	35
<b>2.3.1 Direito e política no pensamento moderno</b> .....	35
<b>2.3.2 Aspectos relevantes do jusnaturalismo moderno</b> .....	39
<b>3 A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL COMO BASE AXIOLÓGICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA</b> .....	44
3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL .....	45
3.2 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A QUESTÃO DA PRÉ-COMPREENSÃO GADAMERIANA .....	50
3.3 A INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS .....	58
<b>4 A RETOMADA DO DIREITO NATURAL ARISTOTÉLICO-TOMISTA NA ATUALIDADE</b> .....	66
4.1 O HORROR DA GUERRA E A NECESSIDADE DA REINTRODUÇÃO DE VALORES COM A ASCENSÃO DO PÓS-POSITIVISMO .....	66
4.2 A TEORIA DO DIREITO NATURAL DE JOHN FINNIS .....	76
4.3 O DIREITO NATURAL COMO INFORMADOR DE UMA CONCEPÇÃO PRÉVIA DE APLICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO .....	85
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	93
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	95

## 1 INTRODUÇÃO

A escolha do título de um trabalho acadêmico certamente não é tarefa fácil, mas, no presente estudo, ele resume bem a sua intenção. Na elaboração do projeto, a problemática proposta foi muito abrangente, de textura abstrata, quase relatando uma sensação. Ao questionar sobre a possibilidade de que princípios de direito natural pudessem ser usados como conceitos estruturantes na elaboração e justificação das decisões judiciais, duas grandes vertentes de pesquisa vieram à mente: o direito natural em si e a influência dos processos hermenêuticos na interpretação da norma jurídica. Pré-estabelecidas tais balizas, buscou-se demonstrar a hipótese de que, diante da multiplicidade cultural da sociedade atual, a variedade casuística pode levar ao aumento exponencial das arbitrariedades legislativas e jurisdicionais, e, como método balizador, surgem princípios supralegais sob o rótulo genérico de ‘direitos naturais’ os quais estabilizam o sistema ao serem observados pelos operadores jurídicos, tanto na fase criadora da legislação quanto na fase aplicativa. Com relação a esse aspecto, é de relevante interesse a existência de uma hermenêutica voltada à consecução de princípios, através da construção de uma compreensão prévia desse tema.

Com tal intento, busca-se demonstrar a retomada dos estudos sobre o direito natural promovida por filósofos morais e filósofos do direito, por meio de reinterpretações e atualizações das teorias de Aristóteles e Tomás de Aquino, considerando que elas fornecem descrições consistentes sobre a natureza humana, o direito, a justiça e outras virtudes. Tais autores vêm sendo redescobertos por filósofos contemporâneos, especialmente John Finnis, no ambiente de pós-positivismo, com o aumento da importância dos princípios em detrimento do texto legal.

Baseado no estudo bibliográfico de obras de Tomás de Aquino e Aristóteles e as explicações e interpretações de autores como Gertrude Anscombe, Hans-Georg Gadamer, Étienne Gilson, Alasdair MacIntyre, além de filósofos do direito como Michel Villey, John Finnis, Michel Bastit, Gustav Radbruch, Leo Strauss, Luis Fernando Barzotto, Wilson Engelmann, dentre outros, topicamente, alguns pontos do presente estudo se destacam. Desses aspectos, enfatizam-se a evolução histórica dos conceitos de direito natural, a discussão constante das inter-relações entre o direito e a moral, que ajudaram na retomada do direito natural diante da complexidade das relações sociais e, especialmente, a contextualização da hermenêutica filosófica no processo de criação e aplicação do direito, demonstrando como ela pode ser útil na consecução dos princípios de direito natural, especialmente na construção de uma concepção prévia favorável à efetivação do mesmo.

Com esse fato, no primeiro capítulo, ressalta-se a importância do estudo do direito natural e busca-se antagonizar os conceitos de direito natural promovidos pelos antigos e pelos modernos. Nos antigos, destacam-se as formulações de Platão e Aristóteles, tendo como destacado defensor Michel Villey, que demonstra a superioridade dos conceitos antigos ao passar por cima da disputa entre o positivismo jurídico e o moralismo abstrato que caracteriza a modernidade. Já os modernos, eles criticam a antijuridicidade das teorias de direito natural clássicas e sua intensa dependência de uma cosmologia hierárquica incapaz de atender às exigências universalistas surgidas com a doutrina dos direitos humanos e a formação dos estados.

Nessa distinção, foi utilizada a obra de Leo Strauss, que estabelece uma linha temporal sobre o pensamento acerca do direito natural, tomando o cuidado para distinguir as diferentes formas como o tema foi abordado, tanto pelos filósofos gregos quanto pelos cristãos, com foco na aparente complementaridade entre o direito natural e o direito positivo, demonstrando as diferentes abordagens dos pensadores em relação à lei. Nessa parte, também reafirma-se a importância da complexa formulação aristotélica sobre justiça, sua divisão e sua importância no estabelecimento da *epieikeia*.

Na sequência, é colocado um breve elenco de funções do direito natural, quais sejam: a corretiva (o direito positivo, que possui aqui caráter de equidade), a fundadora (que alicerça as bases sobre as quais as leis positivas são construídas) e a criadora (quando o direito positivo mantém conceitos indeterminados que serão interpretados pelos aplicadores fundados em parâmetros éticos).

Após, busca-se demonstrar a importância do jusnaturalismo medieval, mormente a doutrina jusnaturalista de Tomás de Aquino, que está na base das formulações modernas do direito internacional e dos direitos humanos. Nesse ponto, destaca-se a contribuição da escolástica espanhola que, com a descoberta das Américas, propôs-se a discutir questões até então inexistentes no mundo europeu, sistematizando a temática e lançando as bases do jusnaturalismo moderno.

Com relação ao jusnaturalismo moderno, observa-se a complexidade das relações sociais, o advento do Estado e a regulação das atividades humanas em um ambiente de aprimoramento dos sistemas de produção e circulação de mercadorias e seus impactos nos direitos subjetivos, sobressaindo-se as diferenças dos modelos absolutista hobbesiano e o liberalismo lockeano. Não se pode olvidar da importância, nesse momento histórico, da obra de Grócio, que marcou um ponto de distensão entre o mundo jurídico e a teologia, e de Pufendorf,

que indica o fim da virtude como ponto de partida da ética a qual deve concentrar-se nos problemas da liberdade.

Na segunda parte do trabalho, intenta-se demonstrar a aproximação entre o direito e a moral, consubstanciada em discussões recentes demonstrativas da retomada da dimensão moral na formação e aplicação do direito. Para tanto, efetua-se a contextualização histórica da relação entre o direito e a moral, embasada principalmente na obra de Miguel Reale. Em seguida, como forma de introduzir o ponto central do capítulo, aborda-se a temática da hermenêutica filosófica, que é o entendimento do conceito de pré-compreensão formulado por Gadamer, considerado de extrema importância para o objeto de estudo. Esse ponto de vista permite vislumbrar a formação de uma concepção prévia a ser utilizada na aplicação da norma jurídica, de certa forma automatizada, alimentada pelos princípios da razão prática os quais são açambarcados pelo direito natural na formulação elaborada por Finnis, a ser esmiuçada no capítulo posterior.

Não parece pertinente tratar do tema deste presente estudo sem apresentar a influência da ideologia na interpretação das normas, especialmente por ser o direito, desde a formulação até a sua aplicação, extremamente sensível à ideologia dos agentes envolvidos. Nesse sentido, abordam-se alguns aspectos sobre a teoria do conhecimento com o objetivo de contextualizar como se dá esse processo de influência.

No terceiro capítulo, os apontamentos trazem a retomada do direito natural aristotélico-tomista, baseado na *phronesis/prudentia*, consubstanciados na teoria de direito natural formulada por John Finnis, especialmente quando considerados os princípios da razão prática.

A ascensão do direito natural originou-se, notadamente, das discussões ocorridas no pós-Guerra, no ambiente filosófico do pós-positivismo, surgido após o ápice do positivismo jurídico que levou a uma série de atrocidades perpetradas sob a égide da legislação então vigente. Esse processo de reintrodução dos aspectos morais levou ao reforço da aplicação principiológica e a revalorização de princípios interpretativos embasados em aspectos relacionados com a ideia de justiça, muito enraizada no conceito de razão prática.

Nesse contexto, surge a formulação da teoria do direito natural de John Finnis que busca o fornecimento de critérios para a reflexão prática a partir do estabelecimento de bens humanos básicos por ele enumerados, assim como os requisitos básicos da razoabilidade prática.

Com tal intento, Finnis busca, no tomismo, inspiração, reafirmando a sua atualidade diante do radicalismo dos conceitos de valor e obrigação promovidas pelas filosofias éticas precedentes. Nesse ponto, segue na esteira do revolucionário artigo de Anscombe, que sugere um

retorno à ética das virtudes, tendo em vista o esvaziamento do sentido do conceito de obrigação na ética, diante do cenário atual.

Por fim, a partir da ideia de complementação do direito positivo pelo direito natural e do fato de ele oferecer critérios interpretativos para aplicação da norma jurídica, não seria possível imaginar a formação de uma pré-compreensão do operador jurídico que levasse à consecução dos princípios da razoabilidade prática apontadas por Finnis em sua teoria do direito natural? A resposta parece ser positiva, como procurar-se-á demonstrar.

## 2 O DIREITO NATURAL

Entre os grandes temas do direito, o do direito natural ocupa posição privilegiada. Durante séculos, ele constituiu e ainda constitui um dos pontos de chegada de toda a filosofia do direito. O mesmo ocorre em filosofia moral ou política, pois ambas são, em algum momento, levadas a indagar-se sobre a essência da juridicidade. Nesse sentido, afirma Finnis:

Uma sólida teoria do direito natural é uma teoria que explicitamente [...] realiza uma crítica dos pontos de vista práticos, a fim de 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 é importante apenas por sua posição ao que é realmente importante, ou por sua manipulação desarrazoada do que é realmente importante (2006A, p. 30-31).

Para efeito metodológico, ressaltar a oposição entre antigos e modernos, sem dúvida, é uma eficiente maneira de fazer uma apresentação clara de alguns dos principais debates que dividem os teóricos do direito. Do lado dos partidários dos antigos, entre os quais se destaca o filósofo francês Michel Villey, a defesa do ‘direito natural’ antigo, nos termos de Aristóteles, é o meio mais eficaz de mostrar as dificuldades constitutivas do direito moderno que se formou através do crescimento paralelo do direito público estatal e do direito privado liberal. A filosofia de Aristóteles, nessa diretriz, escapa à oscilação entre o positivismo jurídico e o moralismo abstrato que caracteriza a modernidade, o que permite fundamentar, de maneira satisfatória, a distinção entre direito e moral, graças a uma concepção ampla da *natureza* que atende à diversidade das situações jurídicas e dos critérios de justiça, mas sem incidir no relativismo. Porém, essa posição, por vezes, é mal compreendida. Segundo Villey,

Aristóteles é o pai da doutrina do direito natural; ele deu destaque ao termo (*dikaion physikón*); construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador dessa doutrina à qual inúmeros juristas, ao longo dos séculos, viriam a aderir. Mas o direito natural de Aristóteles é algo bem diferente do que a maioria dos nossos contemporâneos imagina. As soluções do direito natural seriam, pensam eles, *deduzidas* de princípios: de princípios *a priori* da razão prática (escola kantiana) ou de definições abstratas da natureza do homem (escola do direito natural moderno). [...] realista e nem um pouco idealista (Aristóteles), pratica um método de observação. [...] *O direito natural é um método experimental* (2009, p. 53-54).

Já entre os melhores advogados dos modernos, a referência aos antigos aparece como um engodo e como uma barreira ilusória contra as tendências antijurídicas que marcaram, às vezes tragicamente, a história política moderna e contemporânea. Defendem que o direito natural

dos antigos está irremediavelmente marcado por uma cosmologia hierárquica, incapaz de atender às exigências universalistas que apareceram com as doutrinas dos direitos dos homens e que constituem, atualmente, relevante tema da reflexão jurídica (STRAUSS, 2009, p. 137-141).

Entretanto, também é verdade que o debate entre antigos e modernos não poderia se reduzir a uma oposição entre duas concepções do direito natural (simplicemente entre a natureza e a liberdade). No próprio âmbito do pensamento moderno, de fato, as referências à filosofia, à política ou ao direito dos antigos muitas vezes são, de um lado, um meio privilegiado de criticar a ‘positividade’ em nome de um ideal cívico ainda vivo, e, de outro, um poderoso instrumento para mostrar os limites das concepções modernas e fundamentar assim uma autocrítica da modernidade, mesmo sem renegá-la.

O primeiro caminho, que foi o de Maquiavel, de Rousseau e do jovem Hegel, desempenha um papel importante na constituição do republicanismo moderno, que, às vezes, se apresenta como alternativa ao liberalismo (STRAUSS, 2009, p. 151). O segundo, está em autores como Leibniz e o Hegel, da obra *Princípios da Filosofia do Direito*, que retomam elementos importantes da herança aristotélica, mesmo deixando lugar a certas técnicas jurídicas antigas, no âmbito geral de uma filosofia que satisfaz a descoberta moderna da subjetividade e que, como é o caso de Hegel, se esforça em pensar, ao mesmo tempo, sobre os direitos do indivíduo e em fundamentar a autoridade do Estado moderno (STRAUSS, 2009, p. 81; VILLEY, 2009, p. 65).

De qualquer forma, nenhuma filosofia ou doutrina do direito que pretenda realmente pensar seu objeto pode limitar-se por muito tempo a uma simples oposição entre antigos e modernos, pois, de fato, cada uma das duas partes deve esforçar-se por, pelo menos, entender as pretensões de seu adversário. Nesse sentido, os adeptos dos antigos devem poder mostrar que seus conceitos continuam fecundos para a interpretação do direito e da política da modernidade, enquanto os modernos mais radicais devem, se quiserem continuar fiéis a seu programa racionalista e universalista, reconhecer outro sentido, que não apenas o histórico, nas concepções antigas de justiça e direito.

A seguir, serão abordadas as concepções do direito natural clássico e do jusnaturalismo moderno e a influência da Segunda Escolástica na formação deste, a partir de um breve estudo da situação da lei e do direito, assim como as principais diferenças entre os antigos e os modernos, no que tange ao modo como eles pensam as relações entre o direito e a política.

## 2.1 A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DO DIREITO NATURAL

A melhor maneira para compreender o direito pela filosofia antiga é tratar do nascimento da filosofia e da ética, ou seja, no surgimento da filosofia prática com Aristóteles, que pode ser considerado coincidente com a reorientação socrática da filosofia para o estudo das questões humanas, sendo também inseparável da crise e do declínio do modelo da *pólis* após a guerra do Peloponeso.

A compreensão plena da doutrina clássica do direito natural exigiria a compreensão plena da mudança no pensamento que foi efetuado por Sócrates. Tal compreensão não está ao nosso alcance. [...] Sócrates afastou-se do estudo da natureza e limitou as suas investigações às coisas humanas (STRAUSS, 2009, p. 105).

Conforme recorda Leo Strauss, o interesse de Sócrates pelos assuntos humanos é inseparável de uma interrogação sobre o todo, no qual eles se situam, e seu ensino decorre, assim, da descoberta anterior da filosofia que substituíra a autoridade das convenções, que são os costumes e as leis (*nómoi*) pela autoridade da natureza (*physis*).

Nesse quadro geral, a filosofia política será, primeiramente, uma investigação sobre a justiça, baseada na compreensão da natureza do homem, e seu primeiro objetivo será elucidar as relações entre o justo por natureza e o justo legal. Nesse aspecto, não lhe falta certa pretensão normativa que aparece como avaliador da positividade em nome de um padrão de natureza que ela mesma define e que não se confunde com as tradições religiosas ou com a consciência moral.

Seria um grande erro reduzir a contribuição da filosofia antiga à descoberta de uma ideia do direito natural, que sempre seria possível opor ao positivismo moderno. O ‘justo por natureza’ de Platão e Aristóteles traz uma reflexão sobre a justiça e o direito, que é infinitamente mais rica do que deixa supor a simples oposição entre direito natural e direito positivo. Sobre a questão clássica das relações entre a natureza e a lei, Platão e Aristóteles defendem uma posição em parte idêntica: a natureza é o padrão que permite julgar se as leis são justas, mas a lei também tem uma função positiva, que é a de ajudar a natureza a realizar seus fins, guiando os cidadãos para o caminho que leva ao mesmo tempo à virtude e à felicidade (VILLEY, 2009, p. 15ss)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Villey divide a história da filosofia do direito na Grécia em três períodos: as origens, a crise cética do século V e a reação de Sócrates. No período arcaico, o senso de justiça exprime-se, inicialmente, de uma forma mitológica, tendo Platão especial predileção pela linguagem mítica, apropriada para exprimir o caráter transcendente do direito. A crise do século V é caracterizada pelo autor como a época das reformas constitucionais introduzidas por Sólon e Clístenes e suas consequências: “Ao costume tradicional – ao *nomos* de Atenas, e seu direito – eis que agora, numa crise de confiança, opõe-se a justiça (*dike*) ou então a natureza e sua ordem (*physis*)” (VILLEY, 2009, p. 18). Por fim a reação de Sócrates é constituída pela tentativa inaugural de “fundar racionalmente a autoridade das regras do direito, em resposta a crise cética da sofística” (VILLEY, 2009, p. 21).

A filosofia dos antigos mantém uma relação ambivalente com a lei: a lei só vale plenamente se estiver de acordo com a natureza, mas ela também é indispensável à realização da justiça, que é indissolavelmente um caráter da *pólis* e uma virtude do indivíduo. Por esse motivo, de modo geral, um regime legal será quase sempre preferível a um regime no qual as leis não existam ou não sejam respeitadas.

Entre Platão e Aristóteles, porém, também há diferenças evidentes em virtude das quais esses dois autores acabam por dar origem a duas tradições: em Platão, encontram-se os elementos de uma concepção alternadamente régia e legalista da autoridade política (que exerceria muita influência sobre os pensadores cristãos), já a reflexão de Aristóteles abre, ao contrário, caminho para certa autonomia do direito, claramente distinto da lei (e da moral).

O pensamento de Platão sobre a lei associa três temas distintos, cada um dos quais está no fulcro dos três maiores diálogos políticos por ele escritos: 1) *A República*, que mostra os limites da autoridade da lei em relação à autoridade da natureza; 2) *O Político*, que desenvolve uma crítica geral da inevitável imperfeição das leis; e 3) *As Leis*, que mostra os benefícios de um regime no qual o objetivo da lei é realmente guiar os homens para a vida boa (MORRISON, 2012, p. 41-47).

De certo modo, *A República* pode ser vista como uma crítica à ortodoxia tradicional dos gregos que viam no poder da lei o caráter distintivo de sua organização política e o fundamento de sua superioridade sobre os bárbaros. Platão não é hostil à lei, que é indispensável ao estabelecimento da justiça, mas tende a relativizar sua autoridade, vendo a justiça na cidade como equivalente ‘em tamanho grande’ da justiça no indivíduo, no qual a razão deve comandar o desejo:

O diálogo da República tem a característica, desconcertante para os intérpretes modernos, de ter por objeto tanto a política como a moral individual. Inicia-se com uma discussão sobre o que é o indivíduo justo; comporta-se em seguida, paralelamente ao retrato da *pólis* justa, livros inteiros dedicados à educação; prossegue ainda com o paralelo entre as *pólis* degeneradas e os homens degenerados que lhe correspondem; termina, enfim, com a imortalidade da alma (VILLEY, 2009, p. 27).

Ressalte-se que a obediência às leis não pode ser o critério da justiça, interpretação que emana do intelectualismo socrático no qual se infere que o homem justo é aquele que conhece a justiça, pois a virtude da justiça é certa disposição interior da alma, e não uma maneira de se comportar com outrem. Disso decorre que o mal, os atos injustos são frutos da ignorância.

*O Político* aprofunda essa crítica da lei a partir de uma teoria da ‘arte régia’, segundo a qual o verdadeiro político, se existir, só pode estar acima das leis. A ideia central é a da

imperfeição essencial da lei, que provém de sua incapacidade de adaptar-se à diversidade das circunstâncias singulares. A lei, por certo, desempenha funções importantes na cidade, mas o verdadeiro político não pode ficar amarrado a seus mandamentos, assim como o verdadeiro médico não é atado a suas prescrições anteriores ou por sua coleção de preceitos e prescrições. O melhor regime seria, pois, aquele no qual reinasse um homem régio, que não seria apenas legislador, mas que tivesse também, a cada instante, o poder de mudar a lei e mesmo de derogá-la, baseado em seu saber das coisas singulares e no domínio dos conceitos (universal). Tal sabedoria da justiça é personificada no filósofo-rei da *República*.

Contudo, essa crítica da lei não é a última palavra do *Político* que, ao lado do regime perfeito, ou seja, o reino do ‘homem régio’, propõe uma classificação dos regimes políticos imperfeitos, em que o critério da legalidade distingue finalmente os regimes justos (realeza, aristocracia) de sua forma corrompida (tirania, oligarquia), estando a democracia, por sua vez, sempre próxima da corrupção devido à fraca autoridade das leis. Assim se manifesta Platão:

Eis, pois, como nasce o tirano, o rei, a oligarquia, a aristocracia e a democracia: pela aversão que os homens sentem contra o monarca único de que falamos. Recusam-se a acreditar que alguém possa jamais ser bastante digno de tal autoridade para pretender e poder governar com virtude e ciência, distribuindo a todos, imparcialmente, justiça e equidade, sem injuriar, maltratar e matar a quem lhe aprouver, em todas as ocasiões. Pois um monarca como descrevemos seria aclamado, regeria e governaria com felicidade por uma única constituição de absoluta retidão (PLATÃO, *O Político*, p. 421).

Assim, Platão chega a defender uma concepção rigorosamente legalista da ordem política, exatamente quando parecia preconizar a ideia do governo absoluto, e mesmo arbitrário, de um príncipe esclarecido. Pode-se afirmar, não sem o devido cuidado, que o *Político* também pode ser lido como uma defesa paradoxal da democracia, que é certamente o pior dos regimes legítimos, pois nela a lei é fraca, mas também é o melhor dos regimes corrompidos.

A *pólis* das *Leis* é, como se sabe, bem diferente da *pólis* da *República*, pois vive sob um regime moderado, que combina traços aristocráticos e democráticos, baseando-se em diversas cidades gregas: “O comunismo parece ser abandonado assim como o sonho, utópico demais, de confiar o governo apenas ao filósofo” (VILLEY, 2009, p. 23). Nela, as leis exercem um império constante sobre a vida dos homens, e sua função essencial é guiar os homens para a vida boa, desempenhando o papel de substituto da razão para os espíritos fracos, ao mesmo tempo que esclarece aqueles que podem sê-lo em seus preâmbulos. A lei, portanto, não é apenas um mandamento, pois tem sua autoridade calcada na racionalidade que motivou a sua criação, mas nem por isso é fruto da vontade dos cidadãos que devem observá-las.

Outro aspecto importante das *Leis* é a conotação religiosa bastante utilizada pelo cristianismo, conforme síntese de Villey:

É ao término de uma longa ascese purificadora, sob a inspiração divina (à qual a obra faz constantes alusões), que, apaixonado pelo mundo das ideias, o filósofo descobre as leis. O justo reside num outro mundo, mais verdadeiro que o nosso, onde talvez vivemos numa vida anterior, e do qual nos recordamos (2009, p. 31).

A filosofia de Platão, portanto, apresenta uma teoria da justiça e uma doutrina da lei que fixam com bastante rigor os limites de sua reflexão sobre o direito. Nesse aspecto, pode-se adotar a visão de Michel Villey, para quem Platão tende a reduzir o direito à lei, tomada em sua função educativa: “É digno de nota que Platão, tendo partido de tão alto, acabe terminando, no fim das contas, numa espécie de positivismo jurídico bastante grosseiro” (VILLEY, 2009, p. 37).

Em todo caso, isso é particularmente verdadeiro no *Político*, em que, de maneira significativa, a crítica da imperfeição essencial da lei não acarreta nenhuma extensão do poder dos juízes e coincide, ao contrário, com uma desvalorização indubitável da arte judiciária (a *dikastiké*): a função dos juízes só tem sentido nas constituições imperfeitas, em que o poder da lei não deve sofrer exceção nem entrave, e a arte judiciária só pode ser uma arte de aplicação, que nunca deve transgredir a prescrição dos legisladores.

A situação é mais complexa nas *Leis*, onde, como magistrado, o juiz dispõe de certo poder governamental, ao mesmo tempo que desempenha um papel propriamente judiciário quando, num processo, restabelece a justiça por ocasião de um litígio. Ressalta o aspecto racional da criação legislativa:

A obediência racional, e não o medo das sanções, é o método mais eficiente para se obter obediência, razão pela qual cada artigo da lei deve conter um preâmbulo para explicar a racionalidade desta e, espera-se, tornar redundante o elemento repressor do direito positivo. É melhor que uma pessoa se abstenha de cometer crimes, ou adote um certo modo de agir, não por medo das consequências de seus atos, mas por estar convencida de sua legitimidade (MORRISSON, 2012, p. 47).

No entanto, caberia a Aristóteles distinguir com mais clareza o direito e a moral, bem como repensar as relações entre o direito e a lei.

A doutrina de Aristóteles sobre *dikaion*, que pode ser traduzido ao mesmo tempo como justo e como direito, é inseparável de sua filosofia prática, que se baseia numa crítica geral do pensamento de Platão. Nos dois autores, a lei tem por função ajudar os homens a tornarem-se virtuosos e felizes, e a legislação é uma arte que, como tal, imita a natureza. Mas a natureza de

Aristóteles não é exatamente a de Platão, o que não deixa de ter consequências para a ordem política.

Para Platão, a natureza confunde-se com a arte divina que introduz ordem na matéria valendo-se da necessidade mecânica, mas, sobretudo, imitando um modelo racional e inteligível que transcende o mundo natural. Da mesma maneira, os verdadeiros políticos, se quiserem imitar a natureza, só poderão fazê-lo tentando imprimir no mundo humano uma ordem cujo modelo é exterior ao mundo dado. É o que afirma o filósofo:

Talvez seja um paradigma estabelecido no Céu para aquele que quer ver e, tendo visto, funda uma *pólis* dentro de si próprio. Não faz diferença se a *pólis* existe em algum lugar, ou se irá existir um dia. Ele só praticará os atos peculiares a essa *pólis*, e nenhum outro (PLATÃO, *A República*, 592b).

Parece ser essa a concepção da natureza que embasa a preferência teórica de Platão pela monarquia absoluta do ‘homem régio’, o filósofo-rei, e, no *Político*, o filósofo equipara a autoridade política à autoridade do rei, sem distinguir essa da autoridade do senhor ou do chefe de família, a não ser pela extensão maior ou menor do domínio sobre o qual ela se exerce.

A teologia natural e a física de Aristóteles, nesse ponto, se opõem às de Platão, e isso é o que lhe permite desenvolver uma doutrina totalmente diferente sobre a autoridade política. Em Aristóteles, o mundo natural sublunar certamente continua a ser pensado em referência ao Cosmo, cuja ordem tem causa em Deus, como primeiro motor não movido que move um segundo motor. O fato principal, porém, reside na cisão que separa o mundo celeste (cujos movimentos são de uma necessidade e de uma regularidade que dão indícios do divino) do mundo sublunar, o nosso mundo, permeado pela contingência.

Nesse quadro, a tarefa dos homens que procuram superar a cisão que separa a natureza de si mesma não será imitar a arte divina, mas utilizar a contingência contra ela mesma para regularizá-la, para fazer com que a natureza, apesar de sua contingência, corrupção e imperfeição, imite a ordem que reina na dimensão superior.

Se o bem, predicado de várias coisas em comum, é na verdade uma unidade ou alguma de existência independente e absoluta, fica claro que não pode ser praticado ou alcançado pelo homem. Mas o bem que aqui procuramos é um bem que está ao alcance do ser humano (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1096b).

A primeira consequência dessa inversão é levar a concepções políticas muito mais próximas da tradição dominante entre os gregos em alternativa ao dualismo platônico. *Política*

começa, portanto, com uma análise que contradiz rigorosamente as teses de Platão: Aristóteles recusa sua comparação entre família e cidade, o que lhe permite distinguir rigorosamente o poder político, que é exercido sobre homens livres e iguais, do poder do chefe de família, que está próximo do poder régio: “Com efeito, uma casa é administrada pelo membro mais velho da família, que tem uma espécie de poder real” (ARISTÓTELES, *A Política*, I, 1, 7).

Além disso, a crítica ao platonismo se traduz por uma redefinição geral das tarefas da filosofia, que passa pela redescoberta da dimensão do provável e tem consequências consideráveis para a teoria do direito.

A concepção aristotélica de direito (ou do justo, *dikaion*) é desenvolvida no livro V de *Ética a Nicômaco*, no âmbito de uma reflexão geral sobre a virtude de justiça (*dikaiosunê*). Aristóteles define-a como uma disposição que “torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo” (*Ética a Nicômaco*, V, 1129a5). Nesse sentido, justiça confunde-se com virtude em nossas relações com outrem: a justiça ‘total’ é a própria virtude moral, tornada em seu modo de existência política (que, de resto, é o mais conforme à essência do homem, animal político). Mas também cabe distinguir, no próprio cerne dessa virtude, uma justiça ‘particular’, que é sua parte da justiça total e que está ligada, mais particularmente, às trocas e à repartição dos bens na *pólis*: é no exame dessa virtude particular que se encontrarão os elementos de uma reflexão nova sobre o direito.

A justiça particular compreende duas partes ou espécies: a justiça distributiva refere-se à repartição dos bens e dos cargos honrosos na *pólis*, enquanto a justiça corretiva visa simplesmente à realização da retidão nas transações privadas. A justiça distributiva é relativa à constituição da *pólis*, e seu princípio é o da igualdade proporcional (*Ética a Nicômaco*, V, 3).

Os bens e as honras não devem ser repartidos de maneira rigorosamente igualitária, mas em função de dois critérios complementares: a necessidade e o mérito. Nesse sentido, o justo é dar a cada um segundo sua contribuição para a *pólis*, o que supõe que o critério último depende da constituição ou do regime desta, pois a justiça distributiva não obedecerá às mesmas proporções numa cidade igualitária como Atenas e numa cidade aristocrática.

O justo é, pois, uma espécie de termo proporcional (sendo a proporção uma propriedade não só da espécie de número que consiste em unidades abstratas, mas o número em geral). Com efeito, a proporção é uma igualdade de razões, e envolve quatro termos pelo menos. [...] e a razão entre dois deles é a mesma que entre os outros dois, portanto há uma distinção semelhante entre as pessoas e entre as coisas (*Ética a Nicômaco*, V, 1131a30).

A justiça particular corretiva, por sua vez, tem objeto mais limitado, que é precisamente o do direito propriamente dito: ela tem apenas o objetivo de restabelecer a igualdade quando esta tiver sido desfeita durante uma troca ou na ocorrência de dano, que é o papel próprio ao juiz nos processos nos quais ele intervém como terceiro entre as partes em conflito.

Eis aí porque as pessoas em disputa recorrem ao juiz; e recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada; e procuram o juiz como um intermediário, e em alguns Estados os juízes são chamados de mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio termo, conseguirão o que é justo (*Ética a Nicômaco*, V, 1132a20).

Aristóteles é, assim, levado a reconhecer a especificidade do direito ao distingui-lo claramente da moral, mas também ao ressaltar as condições políticas nas quais ele pode ser buscado ou protegido.

De um lado, o direito, como tal, é indiferente aos méritos ou à posição social dos cidadãos submetidos à justiça quando se trata de reger as transações privadas ou de reparar danos, porque o seu objetivo próprio não é guiar os homens para a realização da sua natureza, favorecendo a aprendizagem das condutas justas. Há uma diferença de natureza entre a lei e o direito, em virtude da qual, por um lado, o juiz tem certa autonomia em relação à lei, e, de outro, o sentido propriamente jurídico da lei (que consiste em proteger a igualdade) se distingue de sua função ético-política (trabalhar para a felicidade dos homens, ensinando-lhes a virtude).

Já, por outro lado, o direito só existe numa cidade específica cujo regime ou cuja constituição já regraram a questão essencial dos critérios de distribuição dos bens, das honras e dos cargos. Esses critérios decorrem, portanto, da natureza política da cidade e não do direito propriamente dito. Aliás, é por isso que a doutrina de Aristóteles, que reconhece a especificidade da função do juiz (*dikastés*), fixa também limites rigorosos para seu poder ao afirmar que o direito oriundo da lei é, em geral, superior àquele que nasce dos julgamentos particulares, e o lugar dos tribunais depende da constituição da cidade e do modo de escolha dos juízes, cuja competência será mais reduzida quanto mais democrático for seu recrutamento.

O alcance das teses de Aristóteles aparece de maneira especialmente clara em sua sutil análise da equidade (*epiēkeia*), justiça que parece mais que justiça, porque ultrapassa a lei escrita e faz que o juiz nem sempre possa limitar-se ao justo legal. Essa análise, evidentemente, deve muito às críticas que Platão fazia à lei em *Política*, mas redundante em conclusões estritamente inversas às dele. Enquanto o político platônico podia, a cada instante, modificar leis de que era autor, o equitativo aristotélico é simplesmente convidado a suprir as insuficiências da

lei, guiando-se por ela e procurando descobrir o que o legislador teria dito, se estivesse presente. Isso ocorre porque a lei positiva, ao encaixar uma justiça flexível em uma regra rígida, afastou-se da sua ideia original. Portanto, o juiz está autorizado, algumas vezes, a adaptar o texto da lei às circunstâncias, às condições próprias de cada causa em particular. Nesse sentido,

[...] (o equitativo) é uma retificação da lei onde a lei é lacunar em função de sua generalidade. Com efeito, essa é a razão porque não são todas as coisas determinadas pela lei; pelo fato de haver alguns casos (e situações) em relação aos quais é impossível estabelecer uma lei, é necessária a existência de um decreto especial; pois aquilo que é ele próprio indefinido só pode ser medido por um padrão indefinido, como a régua plúmbea usada pelos construtores de Lesbos; tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso (*Ética a Nicômaco*, V, 1137a25-34).

A crítica às imperfeições da lei já não redundava na apologia à realeza supralégitima, mas, ao contrário, na ideia de que os próprios regimes legais devem, às vezes, para o interesse próprio da lei, autorizar os magistrados a afastarem-se da letra da lei para melhor realizar os objetivos do legislador. Platão e Aristóteles, portanto, traçam para a filosofia do direito duas vias cujos equivalentes poderiam ser facilmente encontrados em toda a história ulterior do pensamento jurídico.

Ambos os filósofos têm em comum, porém, duas teses fundamentais que os levam a atribuir ao direito apenas uma posição subordinada: pensam a questão do direito através da questão da justiça, e a posição relativa ocupada pelas diversas fontes do direito (o príncipe, a lei, o juiz) só tem sentido para eles no âmbito de uma constituição cujos princípios fundamentais são políticos e não jurídicos (MORRISON, 2012, p. 51).

Seja qual for a amplitude das mudanças que depois vieram a afetar a concepção antiga do direito, desde o nascimento do mundo helenístico até a formação do império romano, pode-se considerar que, desse ponto de vista, há certa unidade nos antigos. Isso significa que, mesmo quando privilegiam a universalidade da lei natural ou, ao contrário, quando enfatizam a utilidade particular buscada pelos grupos humanos ao adotarem leis convencionais, em geral, pensam o direito a partir da política, o que não ocorre com os modernos que tenderão, na maioria das vezes, a colocar a filosofia política na dependência da filosofia do direito.

Nesse contexto foram frutíferas as teorizações sobre o direito natural realimentado na Idade Média, sob a influência do cristianismo, pois, sejam quais forem as suas tendências ou origens, as teologias tradicionais, para as quais Deus é, ao mesmo tempo, Princípio e Fim do universo, também são conduzidas a discernir sua presença numa ordem natural das coisas. Os juristas, por fim, nunca desdenharam de basear no direito natural a maioria dos grandes institutos

jurídicos: casamento, propriedade, contrato, Constituição, etc. A ideia de direito natural, antes de mais nada oriunda da filosofia e da teologia, foi assim recepcionada pelo direito.

Anteriormente analisadas as questões relativas ao justo em Aristóteles, cumpre destacar que também a noção de direito natural aparece de maneira explícita primeiramente em sua obra, com a distinção dos dois tipos de justiça política, adjetivadas como justiça natural e justiça legal (*Ética a Nicômaco*, V, 1134b), ensinando que, algumas vezes, os sujeitos devem contentar-se com a regra de justiça natural a qual “tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo” (*Ética a Nicômaco*, V, 1134b20). É o direito natural (*dikaion phisikon*) que adquire uma existência independente de sua positivação, mesmo que se deva tentar buscar sempre uma solução que abranja as duas fontes, natural e legal, não opostas, mas complementares, pois as leis do Estado devem expressar e complementar o justo natural (FINNIS, 2006A, p. 286).

Aqui, com o intento de demonstrar a relação de complementaridade entre os justos, cabe a transcrição da célebre passagem:

Algumas pessoas pensam que todas as regras de justiça são meramente convencionais, porque enquanto uma lei da natureza é imutável e tem a mesma validade em todos os lugares, como o fogo que queima tanto aqui como na Pérsia, observa-se que as regras de justiça variam. Afirmar que as regras de justiça variam não é verdadeiro em termos absolutos, mas apenas com a presença de (certas) qualificações. Com efeito, entre os deuses talvez não seja verdadeiro de modo algum; mas em nosso mundo, embora haja isto que chamamos de justiça natural, todas as regras de justiça são variáveis (*Ética a Nicômaco*, V, 1134b25-30).

Nessa passagem, pode-se pensar de duas maneiras: as transformações do direito devem-se ao fato de que o direito também depende da convenção ou àquilo que a própria natureza tem de movente? O trecho a seguir parece seguir o segundo sentido.

Mas, não obstante isso, há o que reputamos ser a justiça natural, bem como a justiça que não é determinada pela natureza, e (afigura-se) fácil ver quais regras da justiça, embora não absolutas, são naturais e quais não são, mas legais e convencionais, ambos esses tipos sendo igualmente mutáveis. A mesma distinção será aplicável em todas as outras matérias; por exemplo, a mão direita é naturalmente mais forte que a esquerda; no entanto, é possível que qualquer homem se torne ambidestro (*Ética a Nicômaco*, V, 1134b30-35).

Salienta-se que não foi intenção de Aristóteles formular regras de direito natural, pois o justo natural não teria forma de lei expressa. A observação da natureza não parece conduzir a soluções concretas, e seu estudo é apenas o primeiro momento da elaboração do direito, fornecendo quadros vagos a serem preenchidos pela experiência que originaria as leis escritas:

“A ideia de justo natural partilha com a de um direito universal a exigência de um dever-ser, mas, inversamente a este último, que permanece abstrato, uma norma é sempre a de uma realidade concreta determinada” (VERGNIERES, 1999, p. 205).

Para Tomás de Aquino, por sua vez, é bem clara a harmonia entre o direito natural e a sociedade civil e a característica da imutabilidade das proposições fundamentais da lei natural, pois, para ele, os princípios da lei moral (em especial a segunda parte dos mandamentos) não abrem exceções, a menos que haja intervenção divina. A doutrina da *sindérese*<sup>2</sup> explica porque é que a lei natural pode ser em todas as circunstâncias devidamente promulgada para todos os homens e, portanto, universalmente obrigatória (STRAUSS, 2009, p. 141), o que será visto mais detidamente na terceira parte do estudo, podendo-se adiantar que “Tomás de Aquino consegue ligar a noção de lei ou ‘regra dos atos humanos’ àquela de fim último ou ‘beatitude/’felicidade” (PICH, 2011, p. 117), sintetizando a doutrina das virtudes com a da lei natural.

### 2.1.1 Funções do direito natural

Pode-se afirmar que, mais por uma questão de retórica do que por convicção filosófica, as referências ao direito natural encontram-se nas disposições jurídicas oficiais, e o *Corpus Iuris Civilis*, o Código Civil Francês de 1804, e a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789) são exemplos célebres. O fato é que, mesmo em nossos dias, o que antigamente se convencionava designar por “direito natural” mantém sua força dentro da ciência jurídica.

Assim, assumindo que o direito dos juristas sempre foi, no mínimo, o direito positivo – o direito que emana das instâncias oficiais –, a presença do direito natural se revela por meio de três atividades jurídicas típicas: 1. correção; 2. fundação; e 3. criação do direito positivo.

*1. Função corretiva* – em relação ao direito positivo, o direito natural se defende de qualquer tentativa de desvio, mantendo a pureza e a coesão da ordem jurídica. Nesse contexto, aparece como ‘equidade’, visto como o justo meio, o justo em si, o que está conforme a natureza das coisas. O direito natural como equidade aparece também em expressões mais aceitas em direito, sendo vista pelos juristas como um corretivo do direito positivo, particularmente das leis.

---

<sup>2</sup> “Da mesma forma que a razão no que é matéria de especulação se deduz a partir de alguns princípios evidentes (*per se nota*) acerca dos quais se fala do hábito do intelecto, assim também é necessário que a razão prática se deduza a partir de alguns princípios evidentes, como por exemplo, ‘o que é mau não deve ser feito’, ‘deve-se obediência aos preceitos de Deus’, etc. O hábito desses princípios é a *sindérese*. Donde, digo que a *sindérese* se distingue a partir da razão prática, não precisamente pela substância da potência, mas pelo hábito, que é de certo modo inato na nossa mente pela própria luz do intelecto agente, como acontece a respeito do hábito dos princípios da especulação, por exemplo: ‘qualquer todo é maior que sua parte’, embora, para a determinação do conhecimento deles precisemos dos sentidos e da memória. Por isso, conhecidos os termos, são imediatamente conhecidos por nós” (ALBERTUNI, 2006, p. 47).

A lei arbitrária formulada pelo legislador competente, expressa sob certas condições para precisar e complementar o justo natural, é a segunda fonte indispensável para a ordem completa da justiça. Cada uma das regras de que o direito faz uso decorre, em definitivo, dessas duas fontes, que não são excludentes, mas complementares: a natureza e a lei positiva (VILLEY, 2009, p. 196).

Também aparece por meio da equidade guardando relação com a ideia de caridade ou de solidariedade, ultrapassando o mero direito, pois se verifica a justiça para um caso particular, não podendo ensejar a elaboração de uma regra geral. Além disso, pode-se ver a ideia de direito natural na aplicação de outros institutos, como o abuso de direito, a boa-fé, a fraude à lei, os princípios gerais do direito, que possuem como característica comum a correção, no caso concreto, de comportamentos individuais que, mesmo apegados à regra, se tornam injustos.

2. *Função fundadora* – o direito natural exerce com facilidade a sua função corretiva porque, tradicionalmente, é considerado pelos juristas como um dos fundamentos mais seguros do direito positivo. Porém, o positivismo utilizou como bases outros fundamentos, como a ética e a política. Autores passaram a defender que o fundamento do direito, mais do que um direito natural, é ético, surgindo os conceitos de bioética e ética negocial. Interessante observar que os primeiros a introduzirem a ética como fundamento do direito utilizavam a judaico-cristã, que foi sendo substituída, contemporaneamente, pela ética kantiana (a exemplo de Hans Jonas). Como destaque do autor, que buscou a fundamentação do direito sob o viés político, pode ser citado Hans Kelsen para quem o direito natural, ao deixar de configurar o direito positivo, não pode ser considerado direito:

Não são, portanto, normas que – como as normas do Direito positivo – sejam postas por atos da vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas normas que nos são dadas pela natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e mutáveis (KELSEN, 2001, p. 245).

Porém, se o direito positivo adota determinada concepção de justiça, o faz em nome de valores políticos que o superam, ou éticos ou políticos, e esses novos fundamentos pretendem ser extrajurídicos. Porém, o fundamento extraído do direito natural é tipicamente jurídico oferecendo uma perspectiva apropriada à atividade jurisdicional. O direito natural alimenta o direito positivo. Ele alicerça as bases sobre as quais as leis podem ser construídas.

Outra aplicação interessante do direito natural está nas relações entre os Estados, porque faltam instâncias superiores aos Estados soberanos, e as normas que regem suas relações são fundamentadas, basicamente, na equidade e na razão. O direito internacional público atual é

originado do desenvolvimento do *ius gentium* dos séculos XV e XVI, ou seja, daquele direito que, por ser natural, é aplicado a todas as nações. Em ambos os casos, trata-se de direitos transnacionais constituídos independentemente das fronteiras, considerando que são necessários para a organização interna dos estados.

Um Estado pode sofrer uma ruptura no ordenamento jurídico, especialmente nos casos de revolução, com a substituição da legislação vigente por uma nova ordem jurídica, com novos fundamentos que, por refundarem o padrão legal, somente podem falar explicitamente se falam em nome do direito natural, ou seja, nem que seja por um instante de razão, toda a ordem anterior deve ser abolida, e a nova ordem positiva deve vincular-se explicitamente a um início mítico. Isso é visto claramente nas múltiplas referências aos direitos naturais na Revolução Francesa e, principalmente, na Declaração de Independência dos Estados Unidos ao referir:

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as **leis da natureza e as do Deus da natureza**, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.

Consideramos estas verdades como **evidentes por si mesmas**, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade (DECLARACAO DE INDEPENDÊNCIA AMERICANA, 1776).

3. *Função criadora* – as funções anteriores já demonstram o papel criador do direito natural. Porém, certas regras positivas devem a ele a sua própria existência. Por vezes, o próprio direito positivo delega ao direito natural sua vocação à positividade ao se exaurir diante da variabilidade dos casos apresentados, pois tal circunstância leva à criação dos chamados conceitos indeterminados, cujo preenchimento caberá ao juiz especificar no caso concreto. Como, por exemplo, devem-se aplicar medidas ‘normais’, ‘razoáveis’ ou ‘necessárias’, termos muitas vezes observados na lei positiva e nos critérios de sua aplicação, como o princípio da razoabilidade. Esses conceitos indeterminados permitem que os juízes interpretem as disposições legais num sentido condizente com a justiça natural que vai se reafirmando com a jurisprudência.

Como visto anteriormente, com mais clareza que seus predecessores, Aristóteles dessacraliza a vida ética e política da cidade. O fundamento da ordem social já não é a vontade mais ou menos misteriosa dos deuses, mas leis inscritas nas coisas que a razão humana está apta a descobrir (VILLEY, 2009, p. 68).

Por tais fundamentos, o cristianismo poderia ter se oposto, pois a religião judaica, da qual se originou por tradição, enfatizava o Querer Divino, e seguir essa tendência seria natural.

Porém, após um período de relativa indiferença a respeito, o cristianismo assimilou a cultura filosófica greco-romana. As etapas decisivas, porém, só foram transpostas em fins da Idade Média, momento em que Tomás de Aquino recapitula as aquisições filosóficas anteriores e as integra numa dinâmica mais ampla.

## 2.2 JUSNATURALISMO MEDIEVAL E A INFLUÊNCIA DE TOMÁS DE AQUINO

No tocante à delimitação histórico-temporal, é comum, embora não consensual, designar como início da Idade Média a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e seu termo o fim do Império Romano do Oriente com a queda de Constantinopla no século XV (1453 d.C.).<sup>3</sup>

Com a ascensão do Império Romano e do cristianismo na Idade Média, grande parte da filosofia desse período esteve comprometida com questões teológicas. Escreve Inezil Penna Marinho que “o cristianismo absorveu os princípios do direito natural e, ao mesmo tempo, tornou-se a principal fonte de sua irradiação, durante a Idade Média” (MARINHO, 1979, p. 9). O trabalho dos pensadores do jusnaturalismo era, basicamente, revelar o direito natural, no sentido de que ele já fora dado por Deus, sendo essa a característica marcante dos estudos sobre o direito natural na época da escolástica medieval.

O maior expoente, Tomás de Aquino, elaborou uma doutrina jusnaturalista que:

[...] confiere a la ley natural una capacidad de organizacion sistemática de la práctica jurídica. Las leyes positivas ya no calibrarán su Justicia directamente de la ley eterna, como em San Augustin, sino que han de medirse por la racionalidad de la ley natural. Esta nos es sólo la posibilidad humana de oír intimamente a Dios, sino uma auténtica norma que el hombre tiene em su razón, a la que tiene que someterse em sus actos y en su voluntad. Así, pues, la ley natural, aunque deducida de la ley eterna, posee uma capacidade organizativa e reguladora jurídica propia (MARTINEZ, 2004, p. 753).

Resumidamente, segundo a doutrina tomasiana, podem ser distinguidos quatro tipos de leis: 1. Lei divina; 2. lei eterna; 3. lei natural; e 4. lei humana. A lei eterna seria expressão da razão divina que rege o mundo de um modo que não se concebe no tempo, porque eterno (STh. I-II, q. 91, a. 1.). A lei divina é a parte da lei eterna, revelada e expressa na Sagrada Doutrina. Por sua vez, a lei natural consistiria na “participação da lei eterna na criatura racional” (STh.I-II,

---

<sup>3</sup> Aqui vale a observação de Irwin de que as comparações correntes entre temas antigos e modernos relacionados a ética aristotélica, dão pouca atenção as teorias medievais omitindo cerca de 1500 anos da história da filosofia moral (IRWIN, 2009, p. 297).

q. 91, a. 2.), de maneira que o ser humano, por ser dotado de racionalidade, tem a capacidade de conhecer a lei natural. Já a lei humana, o direito positivo, seria o produto da razão humana, que deve proceder a partir da lei natural (STh. I-II, q. 91, a.3.).

Conforme observa Sangalli, Tomás de Aquino demonstra-se otimista sobre a capacidade do homem tomar decisões racionais, pois o homem pode conhecer, mesmo sem a revelação, o que é bom e que ele, como natureza dirigida a um fim, é por si mesmo o próprio princípio de suas ações:

O homem – e neste conceito já está implícito o de ser racional – é capaz de agir com sabedoria, prudência, deliberação, disposição previa e responsabilidade em vista do seu fim particular e da coletividade, na medida que é orientado e dirigido pela razão prática, iluminada pela lei natural que participa da lei eterna. É na atividade da razão prática, como uma espécie de *phronesis* aristotélica, que se apresenta o momento decisivo do agir moral. Em última análise, cabe ao próprio homem e só a ele, como se fosse um dever, uma obrigação, a decisão – e aqui o contingente pode manifestar-se como fracasso, como queda para o mal – de agir eticamente, de efetivar as suas potencialidades em vista de uma vida bem-sucedida, isto é, o seu fim último (SANGALLI, 1997, p. 324).

O direito natural, por sua vez, serve como critério de correção moral, ou de justiça em relação ao direito positivo. Conforme Tomás de Aquino sustenta, “algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão” (STh. I-II, q. 95, a. 2.). Dessa maneira, o direito natural seria o direito justo, ou o direito racional, de modo que o direito positivo não pode dele discordar. Caso a lei humana esteja em desacordo com o direito natural, “já não será lei, mas corrupção de lei” (STh.I-II, q. 95, a. 2.).

Para marcar a diferença existente entre lei natural e direito natural é importante lembrar a frase de Jorge Martinez: “Ley natural e derecho natural no son exatamente los mismo: la primera tiene sentido moral, y la segunda valor juridico” (MARTINEZ, 2004, p. 757). Para o autor, Tomás de Aquino faz com que os fins da perfeição humana, alcançada com a regra da lei natural manifestada pela *sindérese*, coincidam com as virtudes, especialmente a da justiça, tanto a distributiva quanto a comutativa. Já quando a razão humana enuncia as leis da natureza, não se limita à preservação da vida, à procriação e à educação, das quais se extraem outros preceitos primários e secundários que constituem o direito natural:

La distinción entre primeros principios del orden juridico, que son captados inmediatamente por la razón natural, y las conclusiones derivadas de dichos principios, sirven a Santo Tomás para perfilar elius gentium, que los juristas romanos identifican com el derecho natural, común a personas e animales. Para el santo domínico elius gentium esta formado por conclusiones derivadas de los primeros principios a lo largo da historia (MARTINEZ, 2004, p. 758).

Esse direito natural comum a pessoas e animais é tomado em sentido absoluto. Também há um sentido relativo no termo, no qual, como próprio da razão, o direito é natural ao homem.

Assim:

Destarte, o Direito Natural, no sentido absoluto, é aquilo que é comum ao homem e aos animais; ao passo que, aquilo que a razão natural constitui entre todos os homens, isso é observado por todos os povos e é chamado de “direito das gentes”. [...] o que Santo Doutor designa como Direito Natural corresponde ao conceito de bem para o qual a Lei Natural inclina todos os animais (COSTA, 2004, p. 307).

Outro ponto a se destacar na teoria tomasiana é a relação que pode ser inferida entre prudência e *sindérese*. A virtude da prudência que irá aplicar as regras gerais aos casos particulares, dando os meios corretos para atingimento do fim, este estabelecido pela *sindérese* enquanto razão natural do homem. Tal questão é colocada por Tomás de Aquino da seguinte maneira:

O fim das virtudes morais é o bem humano. Mas o bem da alma humana consiste em estar regulada pela razão, como disse Dionísio. É, pois, necessária a existência prévia das ditas virtudes morais na razão. E como na razão especulativa existem coisas conhecidas naturalmente, das que se ocupa a inteligência dos primeiros princípios, e outras que se conhecem por meio delas, que pertencem à ciência, assim na razão prática preexistem certos princípios naturalmente conhecidos, que são os fins das virtudes morais, já que, como temos dito, o fim na ordem da ação é como o princípio da ordem do conhecimento; e, por sua vez, tem conclusões, que são os meios, aos quais chegamos pelos mesmos fins. Disso se ocupa a prudência, que aplica aos princípios universais às conclusões particulares da ordem da ação (STh. II-II, q. 47, a. 6).

Nesse ponto, a ideia de existência prévia das virtudes morais e de princípios naturalmente conhecidos como fins deixa margem para a complementação de sentido na consecução do direito natural. Entretanto, pode ser levantada a hipótese de o próprio direito natural agir como informador da aplicação do direito positivo, pois, na teoria tomasiana, duas são as formas pelas quais o direito positivo deriva do direito natural: “[...] como conclusões dos princípios, e como algumas determinações do que é geral. [...] Mas aquelas que são do primeiro modo, são contidas na lei humana não apenas enquanto são impostas somente pela lei, mas tem também um vigor da lei natural” (STh.I-II, q. 95, a. 2.). Exemplo da primeira forma é a proibição de matar uma pessoa inocente, que deriva de maneira lógica do direito natural. Contudo, a maior parte do direito positivo não deriva do direito natural dessa maneira, mas pressupõe uma colaboração criativa do legislador, a exemplo do arquiteto que deve projetar uma forma determinada e específica para a figura de uma casa.

Assim, afasta-se a objeção segundo a qual o direito positivo seria supérfluo em face da perfeição do direito natural (KELSEN, 2001, p. 142), já que caberia à lei humana não somente declarar as conclusões semelhantes a demonstrações advindas do direito natural, como também realizar a função de determinação, especificação ou concretização do direito natural.

Nesse período, merece destaque os trabalhos da denominada escolástica espanhola dos séculos XV e XVII (Suarez, Vittoria, Molina) a qual aprofundará certos aspectos da doutrina tomasiana relativa aos *ius gentium* (direito das gentes), base do direito internacional moderno (BASTIT, 2010, p. 378).

### 2.2.1. Escolástica espanhola

A descoberta do Novo Mundo e de comunidades que viviam sob regras radicalmente diferentes daquelas creditadas como universais; a ruptura da unidade cristã dada pela Reforma; o advento de formas políticas parcialmente novas; a formação dos estados nacionais, cuja pretensão a uma soberania sem igual abalava a harmonia da *respublica christiana* são os acontecimentos ocorridos no momento crucial da história do pensamento europeu denominada Segunda Escolástica. Foi nesse período que os teólogos tentaram encontrar as respostas para a multiplicidade de questões novas colocadas. Por vezes, a segunda escolástica também é denominada de escolástica espanhola por ter grande parte de seus pensadores ligados à universidade de Salamanca que “torna-se o centro de um debate filosófico, teológico, jurídico e político da maior importância e, num certo sentido, torna-se a precursora do jusnaturalismo moderno, ainda que de fato esteja direta e explicitamente ligada à escolástica e ao tomismo” (LOPES, 2002, p. 183).

As questões acima arroladas, que impulsionaram a renovação do pensamento teológico, permitem compreender a importância essencial que hoje lhe é atribuída na evolução dos principais conceitos da ciência jurídica. Mas o reconhecimento dessa influência passou por uma longa fase de esquecimento, demonstrando a medida das dificuldades do pensamento jurídico-político moderno para definir os elos que ligam a essa herança escolástica multiforme, que é a herança contra a qual ele se construiu, mas também aquilo sem o que ele não poderia ter-se construído.

Durante mais de dois séculos, a partir de aproximadamente 1650, os nomes dos grandes filósofos-teólogos do século XVI quase desapareceram da memória jurídica, especialmente anulados na Europa protestante. Do ponto de vista de seus historiógrafos, a ciência do direito natural teve uma espécie de começo absoluto com a obra de Hugo Grócio, que lhes parece criá-la

em sua totalidade. Nas Universidades Católicas, em compensação, especialmente nos estabelecimentos dependentes da ordem dos jesuítas, o ensino dos teólogos continuou fiel à tradição de pensamento cuja síntese fora feita por seus predecessores no século XVI. Mas, por mais real que seja, sua influência agora parece limitada no campo da reflexão jurídica e política, o que faz com que somente a leitura de um grande número de obras de doutrina jurídica possa dimensionar o papel essencial desempenhado pelo direito canônico na transmissão dos princípios provenientes da teologia. É o que aponta Villey:

Até muito recentemente os historiadores deram prova de muita injustiça no que se refere a essa escolástica católica do século XVI: é a herança dos preconceitos antirreligiosos dos séculos XVIII e XIX. Lançou-se indevidamente um véu sobre aquilo que tanta importância teve para a educação de nossos ancestrais do Antigo Regime, sobre Cajetano, Vitória, Belarmino, Suárez. Exemplos: por muito tempo fizeram de Grócio o inventor do direito internacional na Europa moderna – ou de Althusius, colocando em posição de destaque pelos alemães, o criador do direito constitucional; ambos tinham a vantagem de ser pelo menos protestantes de tendência muito laicizante. Era imprescindível que o ponto de partida de qualquer cultura estivesse fora da Igreja Católica (2009, p. 365-366).

Somente a partir do século XIX é que os especialistas em direito internacional público resgataram o importante papel exercido pelos mestres espanhóis do século XVI no surgimento e fundamentação de sua disciplina. No período da segunda escolástica surgiram diversos conceitos-chaves sobre os quais seria construído o pensamento jurídico moderno, tais como o direito definido como faculdade moral, a propriedade concebida como uma expressão da liberdade e da razão humanas, a lei positiva reduzida a uma dedução da lei natural e a soberania vinculada à comunidade humana como fonte dela. Havia uma preocupação em demonstrar a legitimidade da ação legisladora do homem, a exemplo do seguinte pensamento de Vitória:

Para Vitória, a principal causa da qual dependem todas as outras é a final. E a tese apresentada por ele é que a finalidade da autoridade pública ou da autoridade civil é o bem comum da comunidade social. Os princípios são os seguintes: i) o ser humano é um animal social e político (já o dizia Aristóteles, e Vitória referenda); ii) a necessidade de conviver e de agrupar indivíduos e sociedades diferentes é causa necessária à formação do Estado, mas não suficiente; iii) para a formação do Estado ou da sociedade civil é necessário, também, um fundamento natural (daí as ideias de Vitória serem contrárias a um positivismo jurídico que faz derivar o Estado da mera vontade dos homens): “Deus constituiu os homens de tal natureza e condição que sem sociedade não poderiam viver”<sup>13</sup>; iv) a sociedade é necessária para a vida humana; v) a sociedade não pode conservar-se sem o poder público; vi) é exigência natural e necessária a existência de um poder público (SANGALLI, STEFANI, 2012, p. 36).

Todos os conceitos foram formulados enquanto os pensadores buscavam, mesmo com todas as divergências, encontrar o critério de verdade na conformidade de seu pensamento com o pensamento de seus predecessores. Essa questão demonstra a modernidade de suas posições para o direito. Embora seja um pouco contestável que neles se encontram a maioria dos princípios e dos conceitos que estruturarão a nova figura do direito e do estado, essa modernidade, encravada que está numa reflexão que pensa o direito humano sobretudo em sua relação com Deus, permanece tradicional.

Foram essencialmente os mestres da faculdade de teologia, que também se ocupavam da filosofia, que enunciaram os princípios segundo os quais era preciso pensar a legitimidade do Direito e do Estado, construir suas regras e definir seus fins. Junto com os professores de direito civil e de direito canônico, seus ensinamentos, muitas vezes comuns às três disciplinas na apresentação dos fundamentos do direito, tornava difícil saber quem enunciava e quem repetia, e esse vaivém tradicional se amplia no século XVI.

Grande número de asserções e princípios atribuídos à segunda escolástica parecem resultar de um diálogo e, em certos pontos, a contribuição dos canonistas não é desprezível. Além disso, como as questões para as quais lhes pediam respostas eram cruciais e punham em jogo não só os fundamentos, mas também as próprias formas de direito, os grandes teólogos daquele tempo fizeram questão de adquirir um verdadeiro conhecimento das regras jurídicas e não hesitaram em realizar verdadeiras dissecações da obra dos legistas e dos canonistas. Assim, o conjunto da tradição escolástica de reflexão sobre o direito forneceu toda a argumentação por meio da qual os teólogos-juristas espanhóis construíram sua reflexão que foi importante para delineamento de alguns conceitos jurídicos modernos (VILLEY, 2009, p. 364).

Uma das causas que levaram às indagações dos escolásticos, ou seja, a descoberta da América, levantava a questão sobre a validade do direito que cabia às comunidades humanas totalmente estranhas à cultura cristã e, por conseguinte, sobre o papel de Deus no fundamento do direito humano. Nesse sentido, estabeleceram-se disputas de pontos de vista entre os filósofos sobre a defesa dos indígenas aqui encontrados, destacando-se, por exemplo, a divergência entre Vitoria e Sepúlveda:

Enquanto a teoria teológico-tomista embasava as ideias de Las Casas e de Vitória, parece que era nos textos aristotélicos que Sepúlveda buscava fundamentos para seu pensamento, especialmente o da justa causa da guerra contra os índios. Tal fundamento aristotélico é percebido, por exemplo, no que Sepúlveda considera como sendo o conteúdo do direito natural: considerações pautadas pelo que pensam os homens mais sábios e virtuosos. Dessa forma, o perfeito é superior ao imperfeito e deve, pois, governá-lo, seja no âmbito subjetivo, seja no intersubjetivo, seja entre povos (SANGALLI, STEFANI, 2012, p. 38).

Para legitimar a colonização europeia, partiu-se de certa interpretação da visão cristã do fenômeno político. Desde a Idade Média, os filósofos-teólogos lecionavam que o mundo pertence ao Deus que o criou e, por conseguinte, todos os direitos que os homens possam exercer sobre as criaturas que os cercam devem ser concebidos como formas de participação nesse *dominium divino*. A situação do ser humano que, para eles estava posto no ápice da hierarquia das criaturas terrestres, confirma aquilo que a Escritura traz ao afirmar que todos os direitos que o homem exerce sobre os outros seres repousam, por um lado sobre a ordem inscrita por Deus na ordem natural que estrutura a criação e, por outro, sobre a concessão expressa pela qual ele a deu ao homem. Como esse domínio que o Criador comunicou ao homem remete, no discurso teológico, tanto ao poder com o qual Deus tirou o mundo do nada, quanto ao poder com o qual Ele o mantém e o governa, o princípio vale para o poder sobre as coisas. Por isso, desde sempre, as interrogações decorrentes sobre o destinatário dessa concessão divina e sobre os caminhos pelos quais ela opera. Sobre esse aspecto, indaga Lopes:

[...] (os índios) São escravos por natureza? Mas antes dos espanhóis quem eram seus senhores? Não havia. São infiéis e pecadores, dizem os conquistadores e por isso podem ser submetidos à força. O pecado, replica Vitória, não faz ninguém perder os poderes naturais, logo não faz perder o poder civil, que inclui o de ter para si as coisas, ter organização, ter família, etc [...] A imagem de Deus no homem não se apaga pelo pecado, prossegue – o homem continua racional, continua responsável, por isso pode sempre converter-se (LOPES, 2002. p. 184).

Mesmo diante desse entendimento, se considerada a concessão divina baseada, acima de tudo, numa hierarquia inscrita na natureza das coisas, ela valerá para a totalidade dos seres humanos, e a atribuição dos direitos assim concedidos se dará por intermédio da história e da ação dos homens. Mas, se vinculada essa concessão a uma vontade expressa do Criador, como o texto Sagrado indica, não caberá deduzir que ela diz respeito apenas aos eleitos de Deus? Isso levou a doutrina de alguns canonistas medievais, que afirmavam que o domínio das coisas criadas, pertencentes tanto a Deus quanto a Cristo, deveria caber, desde a encarnação, somente aos cristãos, com a eventual consequência de que eles são as autoridades as quais o Filho de Deus transmitiu o poder. Forjadas pela corrente curialista<sup>4</sup> para justificar o controle espiritual sobre o temporal, essas teses foram retomadas pelos legistas para legitimar o *dominium mundi* reivindicado pelo imperador espanhol sobre as novas terras.

---

<sup>4</sup>Os curialistas concebiam o Imperador como instância de poder delegado, competente para executar as sanções materiais em benefício dos fins espirituais da Igreja como seu braço armado.

Essas teorias levaram a edição da *Bula Inter Caetera*, de maio de 1493, no qual o Papa Alexandre VI dividiu entre espanhóis e portugueses o Novo Mundo que ainda seria descoberto:

Os monarcas espanhóis podiam ocupar as novas terras desde que essas ‘não estivessem já na posse de um outro rei ou príncipe cristão antes do dia da natividade de nosso Senhor Jesus Cristo há pouco transcorrido, a partir do qual começa o presente ano de 1493’. Assim, como a legitimidade da posse baseava-se na cristandade do príncipe, essa concessão permitia também a conquista militar das novas terras não submetidas aos príncipes cristãos. Estava desse modo juridicamente legitimada a ‘Conquista’ contra os povos autóctones sul-americanos: quase uma continuação também etimológica da ‘Reconquista’ contra os muçulmanos, que acabara de ocorrer, e uma celeste recompensa ultramarina para os artífices da vitória cristã no Mediterrâneo (LOSANO, 2007, p. 234).

Compreende-se porque, para demonstrar a legitimidade das comunidades e possessões indígenas, os teólogos foram levados a enfatizar fortemente os fundamentos naturais dos direitos humanos, pois, embora todo o domínio e todo o poder do homem derive de uma concessão divina, em sua realidade histórica, eles não podem ser vinculados à existência de um elo, direto ou indireto, entre Deus e os homens. Eles são vinculados apenas à natureza do ser humano, ao conjunto de qualidades com as quais o Criador dotou o homem para dominar as outras criaturas. É o que refere Sangalli e Stefani.

A influência de Vitória com sua evangelização humanizante através de suas *Relecciones*, assim como as ideias de Las Casas, que eram próximas às de Vitória, se sobrepuseram às de Sepúlveda e uma das principais consequências da disseminação desse pensamento foi o término das guerras de conquista. Com menos guerras, entra em cena um velho e eficaz instrumento: a palavra, isto é, o discurso persuasivo e as pregações evangélicas (2012, p. 42).

Então, a necessidade do discurso teológico, amplificado pelos filósofos-teólogos do século XVI, consistente na afirmação de que o domínio pertence ao homem segundo a razão, põe em evidência novamente a questão do livre-arbítrio. Nesse aspecto, começa a surgir o conceito de propriedade como expressão da razão e liberdade humanas. A ligação com o direito se dá na teorização de que esse domínio não é um poder de fato que as circunstâncias fariam aparecer ou desaparecer, é um *dominium juris*, um poder-direito e como está ligada à natureza humana em virtude de uma vontade superior a qualquer outra, não poderia ser dela desligado, é inalienável (VILLEY, 2009, p. 389-392). E então parecem ganhar forma a noção de direito subjetivo, assim como o conceito de direitos naturais do homem, de acordo com a afirmação abaixo.

Importa levar em consideração que, no seu tratado *De Iure*, Santo Tomás fixou-se mais no objeto do dever moral da virtude em não violar o seu de cada um do que no reflexo

subjetivo do dever sobre o titular doo “*suum cuique*” – e isso é também um aspecto da realidade “Direito”, aquilo que, em linguagem moderna, tomou o nome de direito subjetivo. O Doutor Angélico esmerou-se em considerar aquilo que a pessoa deve fazer dando a cada um o que lhe é devido, a fim de ser justo diante de Deus. Ora, receber o seu que lhe é devido, bem como poder pleitear o seu que não deve ser violado, isso não é, decerto, parte nem expressão da virtude moral, mas uma recompensa ou uma expressão de exigir (COSTA, 2004, p. 310).

Outra contribuição importante do período se deu pela alteração da ideia de lei promovida principalmente por Suarez, pois, enquanto no pensamento e na prática proveniente do realismo tomista, as leis, diversificadas pelos elos que as vinculam a cada nível de realidade, estavam unidas apenas por uma hierarquia de fins e exigiam, para ser aplicadas aos casos particulares, as regras da discussão jurisprudencial. Já na apresentação do teólogo jesuíta, as leis passam a ser pensadas apenas como simples aplicação de uma única lei superior (a de Deus) com a consequência essencial de que, para serem aplicadas, o trabalho da razão jurídica pode, em última análise, reduzir-se à simples dedução.

A reflexão de Suarez em *De legibus* inicia com uma crítica da definição de lei de Tomás de Aquino, a qual reputa ser ampla demais e imprecisa especialmente por introduzir na definição da lei, além das leis naturais, os conselhos.<sup>5</sup> Para ele, a noção de lei deveria ser restringida, e a ideia de uma lei cósmica é apenas metafórica, pois designa apenas a ordem natural das coisas, mas não uma obrigação, e a lei tem como campo próprio a moral e as inclinações naturais das coisas e dos homens não são leis, tanto porque não concorrem para a moralidade quanto porque não são regras coercitivas, mas condicionamentos:

A lei concernirá primeiro ao homem e à sua ação moral, um homem separado do cosmos. Se foi preciso separar a lei propriamente dita das inclinações naturais, foi porque elas já não têm sentido de modo algum para Suarez o mesmo sentido que para Santo Tomás; são estados de fato dos quais se pode dizer que são obrigatórios (BASTIT, 2010, p. 384).

Nessa linha vislumbra-se o surgimento moderno do direito e do Estado, pois essa dissociação era necessária para que os primeiros grandes pensadores modernos (Grócio,

---

<sup>5</sup>Definición de ley según Santo Tomás - Santo Tomás describe así el contenido del término ley: Ley es una determinada regla y medida según la cual es uno inducido a obrar o apartado de obrar. Esta descripción parece demasiado amplia y general, porque en este sentido la ley tendrá lugar no sólo entre los hombres o criatura racionales, sino también entre las otras, pues cada cosa tiene su regla y medida según la cual obra y es inducida a obrar o apartada de obrar. Además la ley tratará no sólo de las cosas Morales sino también de las técnicas, ni sólo de las buenas y rectas sino también de las malas, porque también las artes técnicas – tanto las lícitas como las ilícitas – tienen sus reglas y medidas conforme a las cuales son inducidas a obrar o abstenerse de obras. Finalmente – y esto parece más difícil – se sigue que el consejo queda comprendido en la ley, puesto que él es una determinada regla e medida de las buenas obras que induce a las mejores y aparta de las menos buenas; ahora bien, conta por la fe que los consejos se distinguen de los preceptos y que, por consiguiente, no son verdaderas leyes (SUAREZ, 1967, p. 62).

Pufendorf, Hobbes, Locke) construíssem sua obra, calcadas na liberdade do indivíduo. A teorização de Suarez se caracterizou como um trabalho de rompimento entre os elos que vinculavam a ação humana a uma vontade constante, originada pela forma como os teólogos pensavam o direito em sua relação com Deus.

### 2.2.2. Escolástica jurídica

Embora ligado a estudos teológicos, o substantivo escolástica, de modo mais amplo, expressa o renascimento intelectual do século XII, sendo o método que organiza toda a pesquisa. Não seria possível defini-la pela matéria a qual é aplicada (aplicação da razão filosófica à fé religiosa para torná-la acessível ao espírito humano), mas sim como um método racional de explicação e concordância de textos, pondo as técnicas da retórica e lógica antigas a serviço de obras consideradas *autoritates*, textos de referência.

Descrever a história do método jurídico na Idade Média, é demonstrar os meios que estavam disponíveis aos juristas, que possibilitaram a invenção, sem a influência teológica de uma escolástica autônoma, porém oriundo do mesmo tecido cultural. Os juristas medievais compartilhavam com as outras disciplinas científicas a abordagem dos textos com os quais trabalhavam, considerados como manifestações da razão, tanto pela origem quanto pela forma.

Era o que ocorria com os canonistas, e o decreto de Graciano (aproximadamente 1140) apresentava a particularidade de ser a aplicação a *auctoritates* do método escolástico que, por sua vez, tornava-se *auctoritas*. Já os civilistas baseavam-se no *Corpus Justiniano*, mas, aos poucos, foram integrando os direitos lombardos e feudais (meados do dec. XII) e até mesmo os costumes e direitos particulares, no caso dos pós-glosadores (LOSANO, 2007, p. 52-53).

Para concretizar o trabalho de exegese, os autores dispunham das próprias autoridades, e a cultura latina medieval se utilizava da lógica e da filosofia clássicas. A literatura do tempo somente servia para dar conhecimento da dialética clássica. Em outros termos, enquanto filósofos e teólogos estavam preocupados com descobertas metodológicas, os romanistas faziam uma seleção entre aquilo que os estudos lhes apresentavam, usando como critério a utilidade imediata para seu trabalho exegético e para a prática jurídica: “[...]o mundo jurídico moderno pôde nutrir-se sem escrúpulos do direito romano, desenvolver sua própria doutrina, e suscitar ademais o progresso da legislação real” (VILLEY, 2009, p. 290).

O ensino nas universidades se dava através de duas grandes linhas, e os homens poderiam ser treinados em artes liberais ou artes mecânicas. Para os juristas, cabia o estudo das artes liberais, própria daqueles que trabalhariam com leitura e escrita, que tinham por objetivo

libertar a alma da ignorância. As artes liberais eram aprendidas inicialmente nas escolas monásticas e conventuais e dividiam-se em duas grandes partes, conforme Lopes:

A primeira compunha-se de três disciplinas: lógica (ou dialética), retórica, e gramática. Tudo, naturalmente, em torno do latim. A gramática era a regra do latim e as regras da língua eram regras da lógica do discurso. Essas três disciplinas compunham o *trivium*. [...] Ao lado delas, ainda como artes liberais, encontravam-se outras quatro disciplinas, que formavam por isso o *quadrivium*: aritmética, geometria, astrologia (astronomia) e harmonia (música) (2002, p. 121).

A influência do *trivium* foi decisiva na apresentação material, o vocabulário, os gêneros literários lhe devem muito, mas também a técnica de análise textual. Assim se explica a grande unidade da ciência jurídica medieval que, em todos os países, dava mostras de notável uniformidade literária, com exceção das diferenças de nível das escolas das quais provêm os escritos. Essa unidade também é observada no tempo. O progresso dos conhecimentos em lógica contribuía com novos instrumentos e com um aumento da tecnicidade, enquanto avanços do saber jurídico lhe contrapunham novas exigências de profundidade analítica.

O que vale destacar é que a primeira experiência do ensino jurídico, utilizando a metodologia escolástica dentro do ambiente universitário, está articulada em torno do conceito de direito natural. No método, o direito medieval subordina-se a um enfoque filosófico-metafísico de influência aristotélica. Isso quer dizer que a pergunta do jurista medieval, quando se depara com o problema jurídico, é pela natureza do instituto, conforme citação de Lopes:

Pergunta-se pelas causas (formal, material, final e eficiente) e pergunta-se sobretudo pelo direito natural e pela natureza da coisa. Ora, o direito natural é o permanente, enquanto as leis podem ser contingentes. Para valerem de modo racional é preciso buscar aquilo em que podem firmemente ancorar-se, ou seja, o direito natural. No direito natural clássico, a razão prática é deliberativa e está implicada na razão especulativa que tem a capacidade de conhecer a realidade objetivamente dada fora do sujeito cognoscente (2002, p. 131).

O direito acadêmico que está se constituindo como linguagem comum aos juristas, devido à aproximação de seus estilos deliberativos e casuísticos, pois os juristas buscam um mínimo comum em todo o direito e quanto é possível objetivar as regras jurídicas, faz com que esses estudos escolásticos formem o arcabouço teórico da incipiente doutrina do direito, influenciando os pensadores posteriores os quais buscaram a fundamentação de um direito natural centrado nos direitos fundamentais do homem.

## 2.3 O JUSNATURALISMO MODERNO COMO RESPOSTA AO ARBÍTRIO DA LEI

Após o impulso dado pela sistematização escolástica do estudo da filosofia clássica, as doutrinas filosóficas sobre o direito natural tiveram sucesso também com o humanismo e o racionalismo, as quais buscaram o rompimento com as dimensões teológicas que impregnavam as doutrinas anteriores e a referência suprema do direito passando a ser o homem. Nesse caso, o direito natural, concebido como direito da razão humana, apresenta-se como instrumento conceitual dessa revolução.

Vários pensadores da época se esforçaram por estabelecer racionalmente os fundamentos da ordem jurídica com rigor da matemática tida como a ciência por excelência, conforme o paradigma cartesiano-newtoniano. De certa forma, a mesma ideia influenciou os teóricos do contrato social, mormente Hobbes, Locke e Rousseau, que também procuraram garantir um sistema político racional. Neles, porém, o direito natural é concebido em termos individuais, tornando-se o direito que cada homem tem por natureza, antes da instauração da vida política que objetiva mantê-lo. Assim estão lançadas as bases da doutrina dos direitos naturais do homem (MORRINSON, 2012, p. 206).

Apesar desses sucessos, as filosofias do direito natural são profundamente eclipsadas no fim do século XIX e XX. A filosofia jurídica contemporânea prefere remeter-se a Kant, porém a doutrina kantiana reduziu o direito ao fenômeno coercitivo, como objetivo de garantir a justaposição das liberdades individuais. Assim, dá espaço para os positivismos de todas as gradações, que tem em comum pensar o direito como um conjunto de regras coercitivas e, além disso, os grandes filósofos modernos não kantianos quase não deram atenção ao fenômeno jurídico.

Porém, as consequências nefastas de um positivismo exacerbado vieram a ser percebidas e o direito natural reabilitado na esteira da ética aristotélico-tomista, como será visto adiante.

### 2.3.1. Direito e política no pensamento moderno

Em um primeiro contato, verifica-se que o pensamento jurídico dos modernos não apresenta mais a unidade vista no pensamento dos antigos. A teoria do Estado soberano, ao agir pela promoção de uma legislação racional, é figura moderna, mas a do liberalismo, que supõe a limitação dos poderes do Estado e a promoção de uma justiça independente também o é.

Ademais, no que se refere à filosofia do direito, o direito natural implicado nas teorias dos direitos do homem é tão moderno quanto o positivismo jurídico.

Nas origens do pensamento político moderno, encontram-se dois temas mais complementares que opostos, ambos tendentes a conferir ao direito uma nova importância. Esquemáticamente, pode-se considerar que a modernidade jurídica nasce do encontro entre a emergência da figura do Estado, que se traduz especialmente pela invenção do conceito de soberania, e a afirmação da prioridade, ontológica ou metodológica, dos direitos subjetivos no âmbito do direito. Essas duas figuras têm em comum a pressuposição da proeminência política do jurídico, o que não existia nas concepções anteriores.

O Estado moderno e a soberania nascem da instabilidade da ordem medieval, marcada pelas rivalidades entre as diversas autoridades habilitadas a produzir direito na cristandade e fundam sua autoridade no reconhecimento formal de sua competência sobre dado território. Quanto aos direitos subjetivos, sua ascensão progressiva é atribuída por alguns estudiosos, como Michel Villey, à emergência do nominalismo de Guilherme de Ockham. Nesse sentido, Villey afirma:

Ainda que alguns germes do nominalismo possam ser encontrados em alguns filósofos heterodoxos da Antiguidade, sua plena eclosão, ligada ao nome de Guilherme de Ockham, é, a nosso ver, solidária da mística do cristianismo, da ideia cristã de poder absoluto de Deus, da ideia cristã de pessoa. E, em Guilherme de Ockham, já vimos o nominalismo engendrar o positivismo jurídico e a ideia de direito subjetivo. É de fato com o nominalismo de Guilherme de Ockham que se abrem oficialmente as portas da filosofia moderna (2009, p. 292).

Ao mesmo tempo cristão na origem e potencialmente favorável ao poder temporal, o efeito do nominalismo é o de enfraquecer a ideia de ordem jurídica preexistente ao estabelecimento de um direito positivo pelo poder político. Assim ocorre quando existe, ao mesmo tempo, a prioridade ontológica e o valor jurídico de direitos, os quais não devem nada à existência prévia de uma comunidade política qualquer ainda que, para serem garantidos, exijam que os homens criem um poder superior ao dos indivíduos associados.

Assim, seria possível mostrar facilmente que, entre os primeiros pensadores modernos contemporâneos do Renascimento, a promoção da figura do Estado avança lado a lado com a crítica da tradição clássica e com a descoberta de uma ideia nova de liberdade, ou mesmo com a invenção dos direitos do homem. No entanto, dois exemplos mais tardios são mais esclarecedores para esse estudo, pois são considerados representativos de duas figuras

concorrentes: o absolutismo clássico (Hobbes) e o liberalismo inglês (Locke) (STRAUSS, 2009, p. 144).

Hobbes é considerado o maior crítico da tradição clássica e um dos principais promotores do positivismo jurídico moderno. Sua filosofia é construída sobre a negação metódica do conjunto da herança aristotélica, na qual combate tanto o nominalismo rigoroso quanto o artificialismo político, baseado na rejeição a qualquer ideia de natureza política do homem. As teses propriamente jurídicas de Hobbes expressam perfeitamente seu antiaristotelismo básico, marcado ao mesmo tempo pelo sentido que ele dá à lei, pelo seu desprezo ao conceito de prudência e pelo lugar que atribui ao juiz. Isso significa que Hobbes é um crítico feroz das pretensões dos juízes, cuja autoridade decorre de uma autorização do soberano e cujas pretensões à prudência não passam de sofismas destinados a velar sua propensão à usurpação. Ademais, a superioridade da lei, nele, não provém de sua capacidade de guiar os homens para a virtude ou para a felicidade, mas do fato de que só ela pode organizar a coexistência pacífica entre os homens.

É o que afirma Strauss:

[...] o soberano é soberano não por causa da sabedoria, mas porque o pacto fundamental o tornou soberano. Chega-se assim à derradeira conclusão de que o comando ou a vontade, e não a deliberação ou a argumentação, é o cerne da soberania, ou que as leis são leis em virtude, não da verdade ou da razoabilidade, mas apenas da autoridade. No ensinamento de Hobbes, a supremacia da autoridade em contraposição à razão decorre de uma extensão extraordinária do direito natural do indivíduo (2009, p. 160/161).

A verdade é que essa hostilidade à herança do direito natural dos antigos (e a suas réplicas cristãs) se enquadra numa filosofia que, no fundo, tende a exaltar o direito muito mais que a negá-lo. Por um lado, se o estado de natureza, cuja superação deverá ser permitida pela criação do soberano, é um estado de guerra de todos contra todos. Também é a expressão da prioridade ontológica dos direitos subjetivos que se encontram na raiz da autorização conferida ao poder soberano. Por outro lado, se o soberano é a fonte última de todo direito positivo, único que determina as competências das outras autoridades, isso ocorre também porque ele é o único terceiro imparcial capaz de pôr fim à série indefinida de litígios que opõem os homens no estado de natureza.

Assim, para Hobbes,

[...] a única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam

alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade (1983, p. 105).

Opondo-se a Hobbes, tem-se a posição defendida por Locke nos *Dois Tratados Sobre o Governo Civil*, publicados em 1690 para saudar a Gloriosa Revolução de 1688. Ainda que a criação do poder político, tanto para Locke como para Hobbes, se tome necessária devido aos conflitos que dividem o estado de natureza, para Locke, a função do governo civil é muito diferente daquela que se encontra em *Leviatã*. Entende ele que o estado de natureza era imperfeito, mas já conhecia certa ordem jurídica em razão da autoridade da lei natural, e os homens só o abandonaram para proteger-se da arbitrariedade, o que exclui neles o desejo de transferir para um poder absoluto o poder de ser juiz e parte. Nesse sentido, Locke afirma:

É bem provável que surjam objeções a esta estranha teoria, isto é, que no estado de natureza todo o mundo tem o poder executivo da lei da natureza – que não é razoável que os homens sejam juízes de suas próprias desavenças, que o amor-próprio tornará os homens parciais a seu próprio favor e de seus amigos; e também, que a inclinação para o mal, a paixão e a vingança os induzirão a excessos na punição a outrem, advindo disso tão somente confusão e desordem; e que, por isso, certamente foi Deus quem estabeleceu o governo com o fito de restringir a parcialidade e a violência dos homens. Por fim, concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que devem certamente ser grandes, se os homens têm de ser juízes em causa própria (2006, p. 28).

A crítica liberal ao absolutismo redundava no reforço da prioridade do direito afirmada por Hobbes, pois estado de natureza já tinha uma estrutura jurídica antes mesmo do nascimento de uma autoridade política, e a sua função é proteger os direitos. Se, ao contrário, Locke parece retomar a teoria tradicional da lei natural, é porque essa se mostra como o fundamento mais sólido de nossos direitos: a política liberal visa a subordinar a política ao direito (*Law*) para melhor proteger os direitos (*rights*). Nesse sentido,

[...] a doutrina da lei natural de Locke pode então ser compreendida na perfeição se admitirmos que as leis naturais que ele aceita são, como disse Hobbes, apenas conclusões, ou teoremas acerca do que conduz à preservação e à defesa do homem contra outros homens. [...] A lei natural, como Locke entende, formula as condições de paz ou, em termos mais gerais, da felicidade pública ou da prosperidade de qualquer povo. Existe, portanto, uma espécie de sanção para a lei natural neste mundo: o desrespeito pela lei natural conduz à miséria pública e à penúria (STRAUSS, 2009, p. 196).

Mesmo considerando que o diálogo entre o absolutismo hobbesiano e o liberalismo lockiano define bem algumas alternativas fundamentais da modernidade, percebe-se que ele não

as exprime por inteiro. Para a compreensão, que constitui a unidade do pensamento jurídico moderno, é necessário abrir mão de algumas representações demasiadamente homogeneizantes. Ao contrário do que afirma a tradição crítica, a modernidade não é uniformemente legicentrista ou hostil aos poderes do juiz: a crítica ao conservadorismo judiciário é de fato uma tendência forte nos séculos XVII e XVIII, mas a redescoberta progressiva do Poder Judiciário obedece a exigências internas do direito moderno.

Como metodologia, pode-se apreender melhor a unidade da modernidade com a comparação entre os grandes autores modernos com os da Antiguidade. O direito natural antigo é muito pobre em regras universais e baseia-se mais em certa articulação entre a natureza e a lei, visto que o vínculo político é considerado natural. Isso é uma precondição essencial da realização dos fins naturais do homem, e a lei não aparece apenas como o meio de reger a coexistência entre eles, mas também e sobretudo como a grande educadora que possibilita conduzir os homens à virtude e à felicidade. É precisamente nesses dois pontos que os modernos se distinguem com nitidez dos antigos. A relação entre natureza e lei não pode ser a mesma quando a natureza é compreendida sem referência à finalidade (Hobbes), ou quando é sobretudo portadora de direitos (Locke), ou mesmo quando o que define o homem é precisamente sua perfectibilidade e sua capacidade de não se deixar encerrar numa natureza preexistente (Rousseau).

Verifica-se um lento e inevitável declínio da ideia clássica da lei como instrumento da vida boa em proveito das concepções utilitaristas (a maior felicidade do maior número) ou kantianas (a proteção da dignidade humana). De modo mais geral, poder-se-ia dizer que o ponto de partida da experiência moderna está num ceticismo sobre os fins do homem que está na raiz, tanto do positivismo jurídico quanto da democracia, mas que também pode ser contrabalançado por um dogmatismo dos direitos, ideia amplamente difundida pelo positivismo jurídico e duramente criticada no pós-Guerra, o que será tratado adiante.

### 2.3.2 Aspectos relevantes do jusnaturalismo moderno

No século XVII, com a modernidade, a filosofia, negando as raízes ontoteológicas do direito natural, viu nele uma expressão da razão humana. Por isso, aceita-se, na maioria das vezes, a ideia de que esse gesto intelectual, que marca uma guinada no pensamento ocidental, teria feito uma equação entre a modernidade do direito natural e sua racionalidade.

Mesmo admitindo-se que o racionalismo de Grócio e Descartes abriu caminho para a modernidade, a antiga ideia do direito natural não encontrou de imediato seu lugar eminente na

razão humana. Várias reminiscências vindas da escolástica tardia continuaram presentes ao lado das intuições novas do direito natural. O exemplo de Grócio é, nesse aspecto, extremamente significativo, pois se o tratado *De jure belli ac pacis* marca incontestavelmente um ponto sem retorno na evolução de um mundo jurídico que se apegava à teologia e busca novas fundamentações para seus ditames, também são características suas tanto o grande número de referências às Escrituras e de reminiscências eclesiásticas quanto os modos de pensamento provenientes dos autores medievais, que afloram durante suas análises (LOPES, 2002, p. 188).

Deve-se ressaltar que o nascimento das concepções do direito natural qualificadas como modernas não resultou de uma ruptura intelectual que teria feito tábua rasa do passado. No entanto, esse fenômeno tem um caráter tão geral que não esclarece aquilo que a doutrina jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII tem de específico. Por outro lado, é mais original e tem maior alcance filosófico observar que a razão, mesmo encontrando expressão maior nesse período da história das ideias, é o fio condutor de tendências doutrinárias diversificadas que dificilmente seriam provenientes de uma única mesma inspiração.

Hugo Grócio e Samuel Pufendorf são, geralmente, apresentados como mestres da escola do direito da natureza e das 'gentes'. Abordando ambos, em seus tratados mais destacados, *De jure belli ac pacis* e *De jure naturae et gentium*, respectivamente, o problema do direito natural, eles renovam sua compreensão inscrevendo-o no projeto epistemológico de uma ciência do direito fundamentada na racionalidade moderna. A importância dos autores para o jusnaturalismo moderno é destacada, mas cabe a observação feita por Sangalli e Stefani:

Todavia, o reconhecimento de Vitória como o fundador do direito internacional só ocorreu a partir do século XIX, pois, até então, tal mérito era atribuído a Hugo Grócio (1583-1645). Hoje se atribui a Grócio a sistematização do saber de seus antecessores – especialmente do pensamento de Vitória – no tocante aos princípios internacionalistas, mas não a sua primeira elaboração (2012, p. 31).

Grócio e Pufendorf tem a grande ambição epistemológica de dar ao universo jurídico forma racional e sistemática. As regras metodológicas sobre as quais eles constroem seus tratados são eloquentes nesse sentido. No entanto, desde o enunciado de seu projeto racionalista de uma ciência do direito, os autores não concebem os seus programas de pesquisa do mesmo modo, o que os distancia. Segundo Grócio, é importante conduzir os pensamentos por ordem, a fim de conferir à ciência do direito um aspecto sistemático e a procedimentos demonstrativos e hipotético-dedutivos. Mas, em vez de valorizar um modo operacional nesse procedimento,

Grócio não hesita em reconhecer que, para além da regra metodológica, o *dictamen rationis* é princípio regulador e unificador das ações humanas.

Segundo ele (Grócio), o justo só pode estar no homem e sua fonte também está no homem, na sua razão, já que a razão é a essência da natureza humana. O direito procede *'ex principiis homini internis'*. O direito natural é o *'dictatum rectae rationis'*. Estamos aí na medula da doutrina. Mais uma vez, nada de novo em todos esses princípios; as ideias novas são raríssimas; mas Grócio terá a força de ser consequente consigo mesmo (VILLEY, 2009, p. 651).

Para Grócio, os preceitos da razão são ontologicamente fundamentais e até fundacionais e, no âmbito jurídico, nada mais são que o direito natural no qual nem mesmo Deus poderá mudar nada, pois o direito que se funda na natureza humana “teria lugar mesmo que se admitisse aquilo que não pode ser admitido sem cometer um delito: que Deus não existe ou que não se preocupa com as coisas humanas” (*De jure belli ac pacis*, Prol., § 11). A consciência da racionalidade fornece o fio condutor do universo jurídico, a tal ponto que *De jure belli ac pacis* aparece com uma grande defesa da independência racional do direito, conceituado como aquilo que é, mesmo que Deus não existisse: “O que vimos dizendo teria algum grau de validade (*locum aliquem*) mesmo que devêssemos admitir (*etiamsi daremus*) aquilo que não pode ser admitido sem a maior iniquidade, que não há um Deus, ou que os assuntos dos homens não são do interesse dele” (FINNIS, 2006A, p. 53).

Pufendorf é considerado continuador de Grócio, mas também autor de obra original sobre o direito natural. Assim como Grócio, ele considera a possibilidade da relação entre o direito e a aritmética: os princípios de direito natural são de evidência perfeita, como axiomas da matemática e, por isso, é fundamental estabelecer princípios para a dedução do direito natural (SCHURR, 2013, p. 31).

Na obra *Elementa jurisprudentiae universalis*, o autor explica que, para compreender o direito, é necessário somar ao rigor demonstrativo da dedução euclidiana a contribuição da observação experimental do *Novum organum* de Bacon. Insiste em *De jus naturae et gentium* e *De officio humanis et civis*, na necessidade de não equiparar o princípio fundamental do direito natural a um postulado de tipo euclidiano, pois este somente pode ser formulado após a observação e a análise do homem no estado de natureza. O exame analítico da realidade humana é indispensável para o estabelecimento da lei fundamental do direito natural (LOPES, 2002, p. 197ss).

A ideia de direito natural constitui, sem dúvida, o ponto forte que há em comum nos dois sistemas que, adotando a divisão entre direito natural e direito positivo, atribuem ao direito

natural prioridade sobre todas as leis positivas. Mas os dois não estabelecem da mesma maneira os prolegômenos de suas doutrinas respectivas: segundo Grócio, o direito natural é um requisito racional puramente humano; já para Pufendorf, o direito natural é inerente à obrigação que a lei natural divina impõe aos homens. Segue-se que as duas doutrinas enfatizam ou o racionalismo ou o voluntarismo (SCHURR, 2013, p. 280).

Grócio, em *De jure praedae*, definia de modo bastante clássico o direito natural como aquilo que Deus dita através da natureza, mas, em *De jure belli ac pacis*, considera que o direito natural está inscrito na natureza humana, porquanto ela tem o privilégio da razão. Esse direito não comporta nenhum elemento voluntário, pois é a lei intrínseca da natureza racional do homem. Imanente à razão, ele é a voz interior que indica aquilo que é moralmente necessário, portanto justo, e que deve ser cumprido, assinalando simultaneamente aquilo que, em desacordo com a razão, é injusto e não deve ser cumprido. O efeito imediato dessa regra puramente racional é tornar certas ações ou obrigatórias ou ilícitas. Não se pode olvidar que:

Grócio é o continuador da jurisprudência humanista e sobretudo da doutrina do direito dos escolásticos espanhóis, totalmente impregnada de humanismo. Os tratados de direito da jurisprudência humanista têm particularidade de neles haver referência tanto aos textos jurídicos romanos como às fontes antigas literárias e filosóficas (VILLEY, 2009, p. 639).

O erro que Grócio e Hobbes cometeram, segundo Pufendorf, foi situar o direito natural na natureza humana, ao passo que ele está relacionado com a força normativa inerente à lei da natureza divina, e ao homem cabe livremente querer (ou não querer) observá-lo. Em outras palavras, enquanto a razão é o instrumento do conhecimento do direito natural, cabe à vontade determiná-lo como tal. Em primeiro lugar, à vontade de Deus, porque ela é criadora do ser e da ordem do mundo e, em segundo lugar, à vontade do homem, porque cabe a ela cumprir a obrigação vinculada à lei fundamental da natureza. Sobre isso, afirma Lopes:

A razão natural é a que concilia as liberdades contrastantes restringindo-as: o direito é uma limitação de liberdades, imposta por autoridade, que se entende por referência ao egoísmo natural dos homens. A autopreservação é o primeiro bem de cada indivíduo, sua sociabilidade é mais instrumental do que uma necessidade de humanização propriamente dita (2002, p. 199).

A filosofia de Pufendorf também indica o fim da virtude como ponto de partida da ética que deve concentrar-se nos problemas da liberdade. O dever jurídico age como um refreamento das liberdades individuais, e as normas são um limite e dão a condição da convivência das

liberdades: “[...] a vontade de um legislador, expressa em ordens, é essencial para a obrigação e, por conseguinte, para as exigências morais” (IRWIN, 2009, p. 301). Também arrola alguns deveres naturais absolutos, de todos para com todos, que fundamentam o direito natural, como não causar dano a ninguém, tratar o outro como igual e a promoção do bem do outro.

Inobstante as divergências entre os autores do jusnaturalismo moderno, o que se pode observar é a relegação da doutrina da virtude a um papel secundário na teoria moral (DUTRA, 2011, p. 159).

Tal fato abre uma série de possibilidades interpretativas, e tem extrema importância na discussão filosófica jurídica que virá nos séculos posteriores. Se imiscuirá na discussão sobre a influência da moral no direito e se perderão os postulados, levando à supremacia do legal, o que colaborará com as atrocidades cometidas no século XX. Por isso, é muito importante a discussão dos fundamentos do direito positivo e da formação de uma concepção prévia alimentada pela discussão sobre a eticidade do direito que tem, sem sombra de dúvida, no contexto da discussão sobre o direito natural seu maior balizador.

### **3 A APROXIMAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL COMO BASE AXIOLÓGICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

As relações entre direito e moral constituem um dos problemas fundamentais da filosofia do direito. Da maneira mais geral possível, ele pode ser formulado do seguinte modo: direito e moral constituirão universos distintos ou um único domínio unificado? Se sim, em qual medida? A resposta que for dada a essas questões também possibilitará dizer como convém resolver eventuais conflitos localizados (o problema de Antígona, objeção de consciência, direito de resistência à opressão) ou genéricos (problema do direito nazista), ou dizer como caberia limitar ou estender a esfera de intervenção do direito (em que medida o direito deve tornar obrigatórias certas concepções morais, como a aceitação ou a proibição de relações homossexuais, da eutanásia, da inteira liberdade de mercado, etc?). Essas interrogações pressupõem que a questão principal está resolvida. Também são geralmente tratadas em filosofia política ou em ética aplicada, e não serão abordadas aqui.

As eventuais relações entre direito e moral muitas vezes são vistas como elos de inclusão ou exclusão. Pergunta-se, então, se é possível ou mesmo necessário que eles compartilhem dados comuns. Mas essa questão, por sua vez, é decomposta em dois problemas: a) os dados morais condicionarão a validade ou, atenuando, a aplicação de normas jurídicas? A união é, então, concebida como uma relação de dependência, e a separação, inversamente, como a respectiva independência estrita de dados normativos de natureza diferente; b) os dados morais ou, pelo menos, alguns deles, são como tais normas válidas da ordem jurídica? A inclusão é então concebida como soma dos dados ao direito explicitamente posto. O problema da unidade das esferas é abordado de diferentes maneiras por diferentes teorias filosóficas. Encontra-se no cerne do debate em torno do positivismo jurídico e do direito natural, estando presente em toda tentativa de definir o objeto direito. No entanto, parece que realmente há certa dissimetria. Se cada concepção do direito determina os limites do domínio jurídico em relação a outros tipos de obrigações, o inverso não parece evidente: nem sempre uma concepção da moral permite deduzir uma delimitação em relação ao direito.

Pode-se perguntar qual é a natureza ou o conteúdo da obrigação moral sem evidenciar se tal obrigação é, como tal, uma obrigação jurídica. Porém, uma teoria moral da prioridade das obrigações respectivas não nos dá, necessariamente, critérios que permitam identificar a obrigação jurídica, porém influenciam de forma marcante a nossa interpretação da norma, pois alimenta uma certa compreensão da mesma que se torna o fundamento inicial da experiência

jurídica, no momento que alimenta a concepção prévia que temos sobre o aparato legal, normalmente influenciada ideologicamente.

### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

No começo da civilização humana, inexistia uma clara distinção entre os campos da conduta humana. Nas sociedades arcaicas, havia somente um costume indistinto, um composto indiferenciado de normas com conteúdos ao mesmo tempo morais, jurídicos e religiosos (DEL VECCHIO, 1979, p. 336).

Os romanos, embora tenham tido uma percepção da questão, não chegaram a teorizá-la adequadamente, o que só iria acontecer em tempos modernos com Christian Thomasius, no começo do século XVIII, que foi o primeiro jurista a enfrentar diretamente o problema, motivado por razões de ordem política.

Com o advento da Reforma Luterana e Calvinista, travaram-se lutas violentíssimas na Europa e até mesmo na América havia conflitos entre católicos e protestantes e entre os protestantes das diversas correntes existentes. Os chefes de Estado passaram a intervir na vida particular dos cidadãos a fim de indagar suas convicções religiosas. Houve, então a necessidade de uma delimitação clara da zona de interferência do poder público, o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo moral e religioso (REALE, 2002, p. 53).

Segundo Miguel Reale, Thomasius foi o primeiro estudioso a apresentar uma diferença prática entre o Direito e a Moral, de maneira a tutelar a liberdade de pensamento e de consciência, e sua doutrina correspondia a uma aspiração da época, qual seja, nenhum cidadão poderia ser processado pelo simples fato de pensar, nem pode ser obrigado a ter esta ou aquela crença. Seu objetivo era restringir a esfera de atividade do Estado, delimitando um campo de atuação impenetrável, onde o indivíduo pudesse determinar sua conduta com exclusividade, sem ingerências do poder público. Para ele, esse campo era a moral, ou “foro interno”, que não se confundia como “foro externo”, o direito (REALE, 2002, p. 54).

Para Giorgio Del Vecchio, Thomasius intuiu o ponto capital da distinção entre moral e direito: a primeira diz respeito à consciência subjetiva e o segundo ao ordenamento objetivo da consciência (DEL VECCHIO, 1979, p. 369). Em outras palavras, as normas morais nascem da

consciência de um sujeito, ao qual sempre farão referência, ao passo que as jurídicas pressupõem a coordenação das condutas de dois ou mais sujeitos.

Partindo das ideias de Thomasius, Kant fala em autonomia e heteronomia.<sup>6</sup> A autonomia expressa a necessidade de adequação entre a regra moral e a vontade pura do sujeito: essa vontade precisa estar direcionada ao fim moral, sob pena de não ser reconhecida como pura, e o ato que a realiza, como moralmente válido. Assim, se alguém ajuda outra pessoa por vaidade ou para se mostrar caridoso e não simplesmente por dever, sua ação não possui valor moral. Tal valor só está presente quando a vontade é pura, isto é, adequada à regra moral. Nesse sentido, a regra moral é autônoma, porque o agente a reconhece como sua, aplicando-a por dever.

O direito, por sua vez, prescinde desse reconhecimento, pois basta ao Estado que as pessoas cumpram suas regras jurídicas, mesmo que não conformem suas intenções a elas. Como diz Reale: “A Moral deve ser autônoma, enquanto o direito se contenta com a conformidade exterior à regra, sem envolver necessariamente a adesão da consciência: o Direito é heterônimo ou de legalidade extrínseca” (REALE, 2002, p. 659).

Sobre o fato de o direito só cuidar daquilo que se exterioriza, não levando em conta o mundo da intenção, Reale faz algumas ressalvas. A primeira é que o direito só aprecia a ação enquanto projetada no plano social, mas o jurista deve apreciar o mundo das intenções, ou seja, o foro íntimo é de suma importância nas ciências jurídicas, vide a distinção existente, por exemplo, no direito penal entre dolo e culpa (REALE, 2002, p. 54-55).

Miguel Reale, na obra *Lições Preliminares de Direito*, faz um apanhado entre a relação do direito com a moral, referenciando alguns pontos essenciais, inclusive pelo papel que desempenham no processo histórico, consubstanciados nos seguintes tópicos:

a) *Teoria do Mínimo Ético* - instituída por Jeremy Bentham (1748-1832) e desenvolvida por Georg Jellinek (1851-1911), que é o autor da expressão para quem o direito é o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Nas palavras de Reale:

A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como

---

<sup>6</sup>A tese kantiana aqui é aquela apresentada no teorema IV da *Crítica da Razão Prática*: “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a elas: contrariamente, toda a heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma, mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade. Ou seja, o único princípio da moralidade consiste na independência de toda a matéria da lei (a saber, de um objeto apetezido) e, pois, ao mesmo tempo na determinação do arbítrio pela simples forma legislativa universal, da qual uma máxima tem que ser capaz” (KpV, 2011, 55/56).

as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social (2002, p. 42).

A teoria do “mínimo ético” coloca-nos o direito como uma forma encontrada pela humanidade, quando socialmente organizada, de garantir que seus valores morais não sejam relegados a segundo plano pela conduta de alguns de seus membros em desacordo com os objetivos coletivos. Deste modo, o direito busca proteger a moral dessa coletividade, consistente nos seus valores considerados primordiais e sem os quais a organização social restaria impossibilitada. O desrespeito a tais valores perpassa a esfera da sanção moral e pode configurar-se como delito prevista em leis positivadas. Nessa configuração, o “Direito não é algo de diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas” (REALE, 2002, p. 42).

A crítica que Reale faz à teoria do mínimo ético reside na “amoralidade”, ou mesmo na “imoralidade” de alguns atos jurídicos e, portanto, o direito não poderia estar englobado pela moral. Para elucidar tal crítica, o autor usa o exemplo as regras de trânsito que obedecem a imperativos técnicos e não sofrem influência do campo da moral.<sup>7</sup>

Assim, esclarece que o direito tutela muita coisa que não é moral, muitas relações amorais ou imorais, porém lembra que existe o desejo incoercível de que o direito tutele somente o “lícito moral”, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo direito.

*b) Cumprimento das regras sociais* – Um ponto de referência que serve para diferenciar o direito e a moral encontra-se no cumprimento espontâneo, obrigatório ou forçado das regras sociais. Reale analisa o fato de algumas regras sociais serem cumpridas de maneira espontânea e afirma:

Podemos dizer que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo, realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha a consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude (REALE, 2002, p. 44).

---

<sup>7</sup> “Uma regra de trânsito, por exemplo, aquela que exige que os veículos obedeçam à mão direita, é uma norma jurídica. Se amanhã o legislador, obedecendo a imperativos técnicos, optar pela mão esquerda, poderá esta decisão influir no campo da moral? Evidentemente que não. São razões puramente técnicas, de utilidade social, que resolvem muitos problemas de caráter jurídico. Não é exato, portanto, dizer que tudo o que se passa no mundo jurídico seja ditado por motivos de ordem moral [...] Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral. Lembre-se do exemplo de uma sociedade comercial de dois sócios, na qual um deles se dedica, de corpo e alma, aos objetivos da empresa, enquanto que o outro repousa em trabalho alheio, prestando, de longe em longe, uma rala colaboração para fazer jus aos lucros sociais. Se o contrato estabelecer para cada sócio uma compensação igual, ambos receberão o mesmo quinhão” (REALE, 2002, p. 42/43).

Para o autor, não resta senão que os atos morais, para assim serem classificados, devam contar com a adesão espontânea do indivíduo, ou seja, não há moralidade que parta da coação do indivíduo, porquanto um ato moral parte da espontaneidade, da livre adesão do espírito à norma, em fazer por satisfação pessoal, visando a tão somente sentir-se bem consigo mesmo, e, portanto, a moralidade é incompatível com a força de coação. Por exemplo, um filho abastado que nega ajuda aos pais necessitados pode ser coagido pela sentença de um juiz a pagar alimentos, mas esse ato, de forma alguma, pertencerá ao campo da moral enquanto não o fizer em livre e espontânea vontade. O cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio ao campo propriamente moral (REALE, 2002, p. 48).

c) *Direito e coação* – Seguindo a linha do item anterior, outro modo para diferenciar o direito e a Moral é a coercibilidade, pois, enquanto o direito é coercível, a moral é incoercível. Coercibilidade é uma expressão técnica que serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o direito e a força (REALE, 2002, p. 49). O autor tenta nos mostrar a relação entre o direito e a força com a qual ele conta para fazer cumprir as normas essenciais ao perfeito funcionamento da sociedade.

Reale refere existirem três posições diferentes em face da relação entre direito e força: uma teoria sustenta que o direito nada tem a ver com a força e com a intervenção do poder público; uma segunda teoria vê no direito uma efetiva expressão da força; e, uma última teoria refere que a coação já é, em si mesma, um conceito jurídico dando-se a interferência da norma em virtude da norma que a prevê, a qual, por sua vez, pressupõe outra manifestação de força e assim sucessivamente até se chegar à pura coação ou a uma norma pura (REALE, 2002, p. 48).

d) *Direito e heteronomia* - O direito é heterônomo, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir (REALE, 2002, p. 49). Nem todos pagam os impostos de boa vontade, no entanto, são obrigados a fazê-lo. O autor concebe a ideia de um *homo juridicus*, que é modelado segundo o direito e destinado a praticá-lo com rigorosa fidelidade às estruturas normativas. Segundo ele, existe um caráter de “alheidade” do indivíduo com relação à regra, e assim o direito poderia ser classificado como a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana (REALE, 2002, p. 49).

As normas jurídicas são consideradas heterônomas por derivarem do Estado e não da consciência de um sujeito. As normas morais são ditas autônomas por nascerem da consciência do indivíduo, e a principal consequência da adoção desse critério está na coercibilidade das normas. As normas jurídicas podem ser impostas pelo Estado, fazendo-o atuar com coerção quando houver descumprimento.

Críticas, porém, foram dirigidas a esse critério. Radbruch rejeita-o com veemência, alegando que “obrigação heterônoma” é uma contradição lógica, pois o que obriga não é a norma externa em si mesma, mas sua aceitação. Em outros termos, uma norma jurídica só possuirá validade quando aceita pelas consciências individuais como imperativa. O que implica dizer que ela, de algum modo, precisa ser convertida em “autônoma”. Segundo ele, “a heteronomia do direito significa somente que a consciência aceita como próprio um complexo de normas desenvolvido de forma desvinculada à suas próprias leis” (RADBRUCH, 2010, p. 55).

Ainda distinguindo a moral e o direito, Reale explana acerca da bilateralidade atributiva, que corresponde à posição de outros jusfilósofos contemporâneos como, por exemplo, Del Vecchio que esclarece que a distinção entre direito e moral funda-se na diferente posição lógica das duas categorias. A moral impõe ao sujeito uma escolha entre diversas ações possíveis. Conclui-se que a ação moral é unilateral: embora se realize com referência a outra pessoa, esta nada pode impor, pois a escolha fica inteiramente com o agente. Já o direito, o autor afirma possuir bilateralidade atributiva, como a obrigatoriedade estabelecida pela lei a dois ou mais indivíduos, tornando a inobservância das obrigações intersubjetivas por qualquer um destes, passível de coação (DEL VECCHIO, 1979, p. 371/372).

Assim, distinguindo o direito e a moral, importa ter em mente que os vínculos jurídicos realmente derivam de normas objetivas, irredutíveis às vontades vinculadas, fato que as torna capazes de gerar uma exigibilidade completamente ausente no campo das relações morais. A menção de Reale à intersubjetividade recorda-nos que o direito existe para coordenar condutas de pessoas que, por serem igualmente dignas, precisam compatibilizar suas liberdades por meio de vínculos que reconheçam o outro como igualmente digno.

Observa-se que direito e moral devem ser considerados como bastante próximos e secantes em alguns pontos, mas, também, como duas existências distintas na atividade cultural humana. Um dos principais momentos em que ocorre a influência da moral no direito é o da interpretação. O indivíduo carrega consigo pré-compreensões que auxiliam o entendimento dos fenômenos humanos, entre eles o fenômeno jurídico, sendo essencial buscar o conhecimento sobre tal conceito com o objetivo de perceber como essas compreensões prévias são alimentadas pela moralidade e como estão presentes critérios intrínsecos de razoabilidade que podem, de certo modo, apontar para a existência de códigos prévios dados pela doutrina do direito natural.

### 3.2 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A QUESTÃO DA PRÉ-COMPREENSÃO GADAMERIANA

O termo hermenêutica provém do grego *hermeneuin*, que significa declarar, anunciar, interpretar, esclarecer, levar à compreensão. Na tradição cultural ocidental, surge ligada às questões relacionadas à interpretação do texto bíblico (SCHIMIDT, 2013, p. 12).

No uso do termo hermenêutica, é possível distinguir três sentidos diferentes. Assim, ao lado daquele que o toma como significando de dizer, exprimir ou afirmar, existem ainda outros dois: a) hermenêutica significando explicar ou explicação, sentido este que atribui particular realce ao aspecto discursivo da compreensão, à dimensão explicativa do intérprete, mais do que à sua dimensão expressiva; b) e hermenêutica significando tradução ou traduzir de uma língua para a outra, de um sistema simbólico para outro (SCHIMIDT, 2013, p. 18).

De toda a sorte, o problema fundamental da hermenêutica é o da compreensão, próprio do mundo da cultura e das ciências, ou dos saberes que lhe dizem respeito. Isso porque, enquanto as ciências da natureza explicam, procurando determinar as relações causais que ligam os fenômenos ou a regressão causal de um fenômeno particular a leis gerais, as ciências da cultura ou do espírito compreendem as realidades culturais, apreendendo o seu sentido (SCHIMIDT, 2013, p. 19).

A experiência hermenêutica e a compreensão que a constitui apresentam uma estrutura circular chamada de “círculo hermenêutico”. A compreensão do sentido ou do conteúdo singular é condicionada pela compreensão do todo em que se integra, sendo, por sua vez, a compreensão do todo mediada ou condicionada pelo conteúdo singular. Aplicado o conceito a um texto, por exemplo, a hermenêutica indicará que o significado das palavras que o compõem só é alcançado a partir do contexto de sentido do próprio texto, o qual, por sua vez, apenas poderá ser compreendido a partir do significado das palavras que o constituem e da combinação delas (SCHIMIDT, 2013, p. 34).

No breve histórico efetuado por Grondin (1999, p. 48-87), verifica-se que a hermenêutica surgiu com as questões suscitadas pela interpretação do Antigo Testamento, tendo se desenvolvido após o advento do cristianismo para abranger também o Novo Testamento.

Ganhou maior destaque, a partir dos séculos II e III d.C, devido ao confronto entre a escola de Antióquia, que considerava, exclusivamente, o sentido literal dos Livros Sagrados, e a escola de Alexandria, que procurava neles um sentido espiritual, recorrendo, para isso, a uma exposição simbólico-alegórica do tipo da *alegorese*, inaugurada por Filon de Alexandria (25 a. C

– 50 d. C). Orígenes (185-254) e Santo Agostinho (354-430) procuraram considerar esses dois modos de interpretar, tendo Agostinho distinguido diversos sentidos no texto Bíblico.

A reforma luterana, rompendo com o ensino tradicional da Igreja Católica, defendia o regresso à pura palavra da Escritura, devendo o seu sentido ser procurado por cada intérprete, processo que o racionalismo iluminista reforçará ao excluir o caráter de revelação sobrenatural e de mistério de toda a interpretação do texto sagrado, que deveria ser entendido como mera religião racional ou num sentido exclusivamente moral.

Nessa época, surge a primeira tentativa de construção de uma teoria geral da hermenêutica, procurando determinar as regras para a compreensão de qualquer texto e não apenas das Sagradas Escrituras. Friederich Schleiermacher iniciou o estudo da hermenêutica, por ele entendida como ciência da compreensão linguística, com vistas ao uso prático do texto falado ou escrito.

Na linha metodológica da hermenêutica, inscrevem-se, posteriormente, Wilhelm Dilthey, que via nela a teoria da compreensão de formas objetivas históricas, cuja estrutura e legalidade devem ser apreendidas a partir de uma vivência. Já em meados do século XX, Emílio Betti buscou, assim como Schleiermacher, criar uma teoria geral da interpretação.

Ao lado dessa corrente, de caráter essencialmente metodológico, com Heidegger, surgiu, na primeira metade do século XX, uma corrente ontológica ou filosófica da hermenêutica, como interpretação da primeira compreensão do homem em si e também do ser, linha que prosseguiu com seu discípulo Hans-Georg Gadamer e também com Paul Ricoeur, que a concebia como hermenêutica fenomenológica.

Mais recentemente, assistiu-se ao aparecimento de uma nova corrente no pensamento hermenêutico, no âmbito da denominada Escola de Frankfurt, agora de sentido crítico e dialético, com Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas.

Para o presente estudo, reafirma-se a importância da hermenêutica filosófica de Gadamer, pois, ao afirmar a existência de condições decisivas para interpretação, pode ser cotejado com a discussão sobre a ideologia nela presente a qual justifica e reproduz uma forma de compreensão.

Hans-Georg Gadamer, partindo da ontologia de Heidegger, procurou recuperar o projeto de Schleiermacher de uma hermenêutica geral (agora de base ontológica e não mais epistemológica) e também retomar o debate sobre as ciências do espírito aberto por Dilthey.

Começando por notar que o fenômeno da compreensão e da correta interpretação do compreendido não é um problema específico da metodologia das ciências do espírito, pois o

conceito de hermenêutica transcende em muito as fronteiras do conceito de método da ciência moderna, lembra que, desde a antiguidade, houve uma hermenêutica jurídica e uma hermenêutica bíblica que respeitam mais ao modo de comportamento do juiz ou do sacerdote do que à teoria das respectivas ciências. Tal intento foi sintetizado por Lunelli:

Limitar as ciências do espírito a um método significa aprisioná-las e negar-lhes a possibilidade de existência, porque implica usurpar da compreensão a sua essência. Diante de uma realidade que precisa ser compreendida não pode existir o método. Existem, sim, diferentes e complexas formas de abordagem, que passam pela percepção do fenômeno da compreensão a partir de sua dimensão hermenêutica (2001, p. 43).

Gadamer afirmava que compreender e interpretar textos não é unicamente uma instância científica, mas algo que pertence à experiência humana do mundo, evidenciando que, na sua origem, o problema hermenêutico não é um problema metodológico.

Para o filósofo, a hermenêutica não visa a um método de compreensão que permita sujeitar os textos ao conhecimento científico, como qualquer outro objeto das ciências. Do mesmo modo, não se ocupa de constituir um conhecimento seguro, de acordo com o ideal metódico da ciência. Saber que tipo de conhecimento é esse e qual a sua verdade são os objetivos de sua obra, na qual procurou estabelecer os fundamentos de uma hermenêutica filosófica (GADAMER, 1999, p. 31).

Admitia Gadamer que o ser do homem enquanto existente é essencialmente histórico, e a compreensão, como caráter ôntico da vida humana, tem na temporalidade o seu modo de ser próprio. Isso significa que o objeto da compreensão apresenta-se como algo que pertence a outro tempo, que se encontra a uma certa distância temporal daquele que compreende e lhe é transmitido pela tradição.

Assim, a pré-compreensão seria determinada ou quedaria dependente de três elementos ou condições fundamentais: o preconceito, a autoridade e a tradição, sendo esta:

[...] reabilitada para provar que podemos encontrar nela preconceitos legítimos...as tradições legam juízos e costumes de uma geração a outra. [...] A tarefa da compreensão hermenêutica é diferenciar os preconceitos legítimos de todos os ilegítimos que precisam ser criticados abandonados (SCHIMIDT, 2013, p. 148/149).

Se é inegável que quem pretende compreender um texto não pode, desde o início, entregar-se ao acaso das suas próprias opiniões prévias e ignorar a opinião do texto, mas deve estar receptivo, desde o princípio, à alteridade do mesmo texto, também não se pode, no entanto, esquecer ou ignorar que aquela receptividade inclui uma matizada incorporação das próprias

opiniões prévias e preconceitos. Por isso a importância daquele que quer compreender se dá conta das suas antecipações, a fim de que o texto possa apresentar-se na sua alteridade e tenha a possibilidade de confrontar a sua verdade com as opiniões prévias daquele que o compreende. Somente o reconhecimento do caráter preconceituoso de toda a compreensão permite conferir a sua verdadeira dimensão ao problema hermenêutico.

Gadamer advertia, contudo, que os preconceitos, por ele considerados como primeira condição da compreensão, deveriam ser entendidos como juízos formulados antes de serem examinados ou considerados todos os elementos ou aspectos que definem ou constituem uma situação. Dessa forma, o autor afirma:

“Preconceito” não significa, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ela possa ser valorizado positivamente ou negativamente. É claro que o parentesco com o *praejudicium* latino torna-se operante nesse fato (GADAMER, 1999, p. 407).

Também a noção de autoridade teria de ser entendida como assente no reconhecimento e, conseqüentemente, numa ação da razão que, consciente dos seus limites, atribui ao outro uma perspectiva mais acertada, significando reconhecimento e não obediência. Dessa forma, o que está consagrado pela tradição e pelo passado goza de uma autoridade tornada anônima.

O ser histórico e finito está determinado pelo fato e, conseqüentemente, pelo todo do processo histórico, fazendo com que a autoridade do transmitido, mesmo do que não se aceita razoavelmente, exerça poder sobre a ação e sobre o comportamento. Desse modo, a compreensão deveria ser pensada menos como uma ação de uma subjetividade do que uma deslocação para um acontecer da tradição em que o passado e o presente encontram-se em contínua mediação (GADAMER, 1999, p. 416).

É aqui que se insere a questão do círculo hermenêutico ou da estrutura circular da compreensão, entendido não já como círculo metodológico, mas como movimento estrutural ontológico da compreensão: a compreensão do texto encontra-se continuamente determinada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão. Esse círculo não se reveste de natureza formal, não é subjetivo nem objetivo, mas descreve a compreensão como interpenetração de dois movimentos, o da tradição e o do intérprete (SCHIMIDT, 2013, p. 150).

Daí o porquê da tarefa da hermenêutica não ser o desenvolvimento de um processo de compreensão, mas a iluminação das condições em que se compreende, tendo em conta que tais condições não se reduzem a processos ou métodos, e os preconceitos e opiniões prévias, que ocupam a consciência do intérprete, são algo dado e não estão a sua disposição.

O intérprete não tem condições de distinguir, por si mesmo, os preconceitos que tornam

a compreensão possível daqueles que a impedem e geram os mal entendidos. Só a distância no tempo permite distinguir entre esses dois tipos de preconceitos, distinção que constitui a verdadeira questão crítica da hermenêutica (GADAMER, 1999, p. 400).

Por outro lado, o sentido de um texto supera o seu autor e está sempre determinado pela situação histórica do intérprete, não devendo a compreensão ocorrer como comportamento meramente reprodutivo, sendo também criativo.

Merece destaque o conceito de horizonte hermenêutico, como âmbito da visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto de um determinado ponto, como qualquer coisa no qual se penetra progressivamente e se desloca conjuntamente. A situação do intérprete implica sempre dois horizontes: o do intérprete e o próprio de cada época a que ele se desloca na sua tarefa hermenêutica, cabendo a situação hermenêutica obter o horizonte correto para as questões com os quais o intérprete se depara frente a tradição.

Notava o autor de *Verdade e Método* que:

O horizonte do presente está num processo de permanente formação, na medida em que estamos obrigados pôr à prova, constantemente, todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição de que precedemos. O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado (GADAMER, 1999, p. 457).

Assim, não existe um horizonte do presente por si mesmo, nem existem horizontes históricos a serem conquistados, pois “compreender é sempre o processo de fusão desses dois horizontes pretensamente dados por si mesmos” (GADAMER, 1999, p. 457), consistindo a tarefa hermenêutica em não ignorar ou ocultar essa tensão, mas em desenvolvê-la conscientemente, pois, na realização da compreensão, verifica-se uma verdadeira fusão horízontica.

Com efeito, o processo hermenêutico é um processo unitário, englobando a compreensão, a interpretação e a aplicação. Assim, a interpretação não é um ato complementar e posterior à compreensão, pois compreender é sempre interpretar. Ou seja, a interpretação é a forma específica da compreensão, tal como a linguagem e os conceitos constituem um momento estrutural interno da compreensão.

A esse propósito, deve-se lembrar que o estreito parentesco que ligava a hermenêutica filosófica à jurídica e à teológica assentava, precisamente, no reconhecimento da aplicação com o momento integrante de toda a compreensão. Na verdade, na hermenêutica jurídica, é

constitutiva a tensão existente entre o texto da lei e o sentido que alcança a sua aplicação no momento concreto da interpretação judicial.

A lei não exige ser entendida historicamente, mas deve ser entendida de acordo com as pretensões que ela própria mantém. Deve ser compreendida, em cada momento e em cada situação concreta, de uma maneira nova e distinta. Deste modo, para Gadamer, na interpretação jurídica, o sentido do texto e a sua aplicação a um caso concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário, uma vez que separar “a função cognitiva da função normativa é cindir, definitivamente, o que, claramente, é uno” (GADAMER, 1999, p. 464).

Gadamer ia mais longe, sustentando que a hermenêutica jurídica revestia-se de um significado paradigmático de toda a interpretação, ao recordar por si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito (GADAMER, 1999, p. 464).

O jurista toma o sentido da lei a partir e em virtude de um determinado caso concreto, tendo que pensar também em termos históricos, embora o componente histórico seja para ele apenas um meio para adaptar o sentido de uma lei a seu caráter originário. O jurista não fica sujeito à intenção dos que elaboraram a lei, podendo admitir que as circunstâncias mudaram e que, conseqüentemente, a função normativa da lei terá que ser determinada de novo, pois a tarefa da interpretação jurídica consiste na aplicação concreta da lei. Como bem observam Sangalli, Carbonara e Kuiava ao tratarem da diferença entre *phronesis* e *techne* presente na obra de Gadamer ao referir a atualidade hermenêutica de Aristóteles<sup>8</sup>:

A lei é sempre defasada, deficiente, não em si mesma, mas porque frente ao mundo humano não há como aplicá-la simplesmente de modo técnico. É por isso que o saber ético implica uma dimensão que transcende a pura teoria ou sua aplicação técnica fora de um determinado contexto (CARBONARA, SANGALLI, KUIAVA, 2010, p. 86)

Daí que, na relação entre passado e presente, na mediação jurídica que a interpretação judicial do direito realiza, o decisivo seja o significado jurídico da lei e não o seu significado histórico, pois, nos seus trabalhos prático-normativos, o que o jurista tenta realizar é a manutenção do direito como um processo contínuo e a salvaguarda da tradição da ideia jurídica (GADAMER, 1999, p. 483-486).

---

<sup>8</sup> Os autores observam que no capítulo *A atualidade hermenêutica de Aristóteles* no primeiro volume de *Verdade e Método*, Gadamer investiga, em Aristóteles, “a relação entre a concretude da ação ética e o saber teórico sobre o ser ético do homem”. Definem ser impossível um ensino de ética que fere como produto uma aprendizagem da ética como *techne* ou como *episteme* e que o saber da *phronesis* não é um saber teórico puro que independe da experiência, ou seja, “não é um saber que possa ser adquirido simplesmente por um raciocínio lógico, mas, ao contrário, é um saber que exige daquele que sabe a vivência de situações práticas, pois o afeta diretamente, enquanto sujeito do conhecimento” (2010, p. 86).

Entendia Gadamer que o processo hermenêutico-jurídico não só apresentava evidentes afinidades com a hermenêutica filosófica e religiosa, como também com a hermenêutica histórica, com a qual vinha a coincidir no essencial. Em toda a compreensão histórica está implicado que a tradição que chega ao intérprete fala sempre no presente e carece de ser compreendido na mediação entre o passado e o presente, mais ainda, como essa mediação, tal como lhe cabe realizar uma certa aplicação, pois também ela serve à validade de um sentido, na medida em que supera, expressa e conscientemente, a distância temporal que separa o intérprete do texto, superando, assim, a alienação de sentido que o texto experimentou.

A hermenêutica jurídica seria o caminho que possibilitaria reconstituir a velha unidade do problema hermenêutico, a qual radicaria naquilo que seria verdadeiramente comum a todas as suas formas. Ou seja, o sentido que se trata de compreender só se concretiza e se completa na interpretação, mas, ao mesmo tempo, esta atividade interpretativa mantém-se presa ao texto, pois a aplicação, que aparece em todas as formas de compreensão, não significa aplicação ulterior a um caso concreto, de uma dada generalidade, mas sim à primeira verdadeira compreensão da generalidade que cada texto vem a ser para o intérprete. Nesse sentido, a compreensão é uma forma de efeito reconhecendo-se a si mesma como efetiva (GADAMER, 1999, p. 403-414 e 464-488).

No que se refere à experiência, por haver se restringido à ciência, esta havia desatendido a sua historicidade interna e ignorado que é experiência da finitude humana e, nessa medida, experiência da historicidade. Daí que a hermenêutica traz a relação com a tradição, pois é ela que tem que aceder à experiência.

Notava Gadamer, contudo, que a experiência não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar, mas é linguagem, pelo que a compreensão da tradição entende o texto transmitido como um conteúdo de sentido livre de toda a dependência dos que opinam e não como manifestação vital de alguém (SCHIMIDT, 2013, p. 168/169).

Na estrutura da experiência hermenêutica, encontra-se a dialética da pergunta e resposta, já que no centro daquela está o diálogo como texto, razão pela qual o fenômeno hermenêutico encerra em si o caráter original da conversa. Daqui resultaria que o processo hermenêutico é um processo linguístico em que a linguisticidade determina não só o objeto hermenêutico, mas também a realização hermenêutica, pois a linguagem é o meio universal em que a compreensão se realiza, sendo a interpretação a forma de realização da compreensão.

Toda a interpretação desenvolve-se por meio da linguagem, a qual pretende deixar falar o objeto, sendo, ao mesmo tempo, a linguagem do próprio intérprete. Desse modo, o fenômeno

hermenêutico apresenta-se como um caso especial da relação entre pensar e falar, assim como a interpretação vem a constituir um círculo fechado na dialética do perguntar e responder, pois “a dialética da interpretação sempre precedeu a dialética da pergunta e resposta. É esta que determina a compreensão ‘como um acontecer’” (GADAMER, 1999, p. 684).

Gadamer, ao retomar o exemplo da justiça em Aristóteles, expõe que aquilo que é justo não se determina por inteiro com independência da situação que pede justiça. Ou seja:

Aquele que aplica a lei do direito, em um momento concreto, seguramente não conseguirá aplicá-la em seu sentido estrito e terá que interpretar, não porque é impossível colocar na prática, mas porque de outro modo seria injusto. Isso significa que a aplicação da lei *a priori* pode gerar injustiças condenáveis sob o ponto de vista ético. Nesse sentido nunca se poderá antecipar uma decisão sem antes confrontar com a concretude a que a lei será aplicada (CARBONARA, SANGALLI, KUIAVA, 2010, p. 88).

Para que a justiça seja efetivada, importante que o julgador tenha desenvolvido uma habilidade para o discernimento, mesmo não dispondo de uma técnica que lhe permita a precisão da decisão no campo ético. E o “saber ético da *phronesis* não remete a uma objetividade, mas a uma decisão sobre o que fazer diante da singularidade da situação” (CARBONARA, SANGALLI, KUIAVA, 2010, p. 89).

Para responder as críticas sobre a impossibilidade de um saber ético tornar-se objetivo, Gadamer enfatizou a importância do conselho que cada pessoa busca consigo mesmo:

[...] a relação entre meio e fim não aparece aqui nos moldes daquilo que se pode dispor com anterioridade dos meios idôneos, e isso pela razão de que o saber do fim idôneo não é, por sua vez, mero objeto de um saber. Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida no seu todo está orientada (GADAMER, 1999, p. 477).

O saber prévio deve estar conectado com as características ditadas pela situação no momento específico de seu acontecimento e é neste sentido que os princípios da lei natural nos termos apresentados por Finnis podem corresponder a este desiderato.

Outro ponto a se destacar, é que a aplicação da lei é precedida, no mais das vezes, a interpretação da mesma. Neste aspecto e assumindo que a experiência pessoal do agente influencia no processo de obtenção de sentido, deve-se ter em conta a ideologia como fornecedora de fundamento do sentido.

### 3.3 A INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

O ato de conhecer pressupõe três elementos: 1) o eu que conhece; 2) a atividade que o eu cognoscente desenvolve; e 3) o objeto a que se dirige a atividade desenvolvida. A relação dessa tríade é que origina o conhecimento. O sujeito cognoscente é aquele que, por ser dotado de racionalidade, revela-se sujeito ativo do conhecimento. Nesse sentido, o homem é o único ser presente da natureza capaz de criar projetos, representar algo que não está neste tempo ou neste espaço, e antecipa o que não ocorreu, ou mesmo o que não existe. No dizer de Luiz Carlos Salgado, “as representações de tudo que está em volta do homem, fá-las este por ideias, interiorização da coisa do pensamento” (SALGADO, 1996, p. 17/18).

A atividade é o elemento de ligação entre o sujeito e o objeto. Pode ser definida como tudo o que o sujeito cognoscente, comandado pela mente, desenvolve para interagir com o objeto. Por sua vez, o objeto cognoscível é intrinsecamente ligado ao sujeito, pois ambos encontram sua onticidade em um processo de mútua referência, ou seja, pela presença recíproca de um perante o outro (FALCÃO, 2004, p. 13).

O objeto pode assumir as mais variadas formas, tangíveis ou intangíveis, sendo que Falcão divide os objetos de conhecimento em quatro classes, denominando-as de ontologias regionais.<sup>9</sup>

Com relação a essa divisão, uma referência importante é o conceito de objeto cultural, sendo o direito um deles, pois se constitui na alteração da natureza humana para dar-lhe um sentido de convivência entre os homens, limitando a liberdade inerente à natureza humana.

A esta altura, faz-se necessária uma reflexão: na formação do conhecimento existem três elementos: 1) sujeito cognoscente; 2) objeto cognoscível; e 3) atividade. O sujeito somente pode ser o homem, único ser dotado de racionalidade, que realiza a conduta, tendo como fator determinante o valor, com vistas a atingir determinado objeto. O valor, segundo Falcão (2004, p. 18), é, pois, o fator determinante da conduta, preexistindo ao objeto e, satisfeitos esses requisitos, há o conhecimento.

Com relação à interpretação, tudo o que existe e passa pela mente do homem pensante a ela se submete, podendo ser considerada como atividade ou ato de captação do sentido. Percebe-se, desse modo, que a interpretação está intimamente ligada ao conhecimento, pois dela se utiliza o homem para captar o sentido, verificando-se, portanto, em um primeiro momento, o

---

<sup>9</sup> As ontologias regionais são os objetos ideias, objetos naturais, objetos culturais e objetos metafísicos (FALCÃO, 2004, p. 15).

conhecimento e, posteriormente, com a captação do sentido do objeto cognoscível, a interpretação (HESSEN, 1987, p. 17-19).

Partindo-se do pressuposto de que tudo é interpretável, pois tudo clama pelo ato ou atividade de apreensão do sentido, pode-se afirmar que a diferença entre as ciências da natureza e as ciências sociais radica-se mais no grau de relevância que o sentido tem para a verificação ou esclarecimento do ‘verdadeiro’, do que na ausência ou presença propriamente ditas da captação de sentido, pois a interpretação da natureza é mais explicativa, enquanto a da cultura (incluindo aqui o direito) é mais compreensiva (FALCÃO, 2004, p. 84).

Dentro dessa ideia de sistematização da compreensão, o círculo hermenêutico aparece como demonstração inequívoca do processo, pois ele se dá no instante em que o sujeito, por meio da pré-compreensão, participa da construção do sentido do objeto, devidamente moldado, ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete. Lamego afirma que:

A pré-compreensão representa uma antecipação de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinada pela relação do intérprete com a coisa no contexto de determinada situação. A pré-compreensão constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão (1990, p. 135).

Reafirma-se que a pré-compreensão assume especial importância em Gadamer, para quem o pré-juízo funciona como pressuposto que preside toda a compreensão. O círculo da compreensão não é um cerco em que se movimenta qualquer tipo de conhecimento, devendo pertencer, necessariamente, à estrutura do sentido. O processo hermenêutico tem, necessariamente, pressupostos subjetivos (pré-compreensão) e objetivos (contexto), estando ambos inter-relacionados no círculo hermenêutico (GADAMER, 1999, p. 81).

Também é importante analisar a relação entre conhecer, interpretar e compreender. Interpretação é a captação do sentido do objeto conhecido para depois compreendê-lo. O sentido é o que se articula como tal na interpretação e que, na compreensão, já se delineou como possibilidade de articulação. Percebe-se que os processos são intrínsecos, como afirma Belchior:

Primeiro se conhece, depois se capta o sentido, mediante a interpretação, após se compreende. A compreensão é a busca pelas interpretações. Quando se compreende, diz-se que se está tentando interpretar algo, que não é absoluto, único. Trata-se da própria manifestação da espiral hermenêutica, que a cada volta dada se tem uma nova interpretação e, conseqüentemente, uma nova compreensão (2011, p. 111).

A inserção da norma jurídica nesse ciclo ocorre quando ela é analisada na condição de objeto cultural, limitador da liberdade humana com vistas a uma convivência pacífica entre os componentes de uma sociedade. Dessa relação de conhecimento, uma vez que foi captado o sentido da convivência social, tem-se a interpretação, fazendo com que, no caso do direito, a hermenêutica possa ser conceituada como área que tem por objeto as técnicas de interpretação referentes às regras de conduta interferentes na relação interpessoal (BELCHIOR, 2011, p. 119).

Dessa maneira, o direito acaba ligado umbilicalmente com a hermenêutica, pois sua existência, enquanto significação, depende da concretização ou da aplicação da norma em cada caso concreto. Para exemplificar: quando uma lei é criada, pode-se dizer que há uma finalidade imposta pelo legislador. No entanto, como objeto cultural, a lei está submetida à inesgotabilidade do sentido, cabendo ao intérprete a captação do sentido que lhe for conveniente, de acordo com sua pré-compreensão, seja para buscar a finalidade do legislador ou não.

No que concerne à racionalidade da decisão judicial, vale mencionar o entendimento de Eros Grau ao afirmar que a interpretação do direito é constitutiva e não simplesmente declaratória, pois não se limita a uma mera compreensão dos textos e dos fatos, visto que a missão do aplicador do direito não se restringe a fazer com que a norma em abstrato estipulada pelo legislador se concretize, mas sim tem por função captar um sentido, mediante a interpretação, para determinar seu alcance (2002, p. 22).

E como o intérprete pode saber o que escolher ante a multiplicidade de sentidos da norma jurídica? A aplicação da norma é ato de cognição ou volição? Quais as razões que levarão o intérprete, ser axiológico, a optar por determinado sentido? Algumas regras da hermenêutica são hábeis para conferir condições de seletividade entre os sentidos possíveis e, nesse ínterim, a hermenêutica recebe um forte auxílio da lógica jurídica, em que pese a diferença quanto ao objeto de investigação.

A existência da lógica jurídica se justifica se forem encontradas formas ou estruturas no discurso ou linguagem normativa (no caso, jurídica) próprias do direito. São as formas apofânticas e deônticas (VILANOVA, 1976, p. 84/85).

A forma deôntica refere-se a um *dever-ser* objetivo, caracterizada pela norma, a qual traz uma estrutura lógica, cognoscente da conduta, estando assim formalizada. Isso justifica a formalidade da lógica jurídica, com o intuito de acolher o objeto jurídico, o qual é deôntico, porque normativo, agindo na formalização do direito positivo.

Entretanto, o conteúdo do direito é dinâmico, estando em constante transformação, tendo alterado o sentido na captação da norma de acordo com uma série de variáveis e, neste

momento, visualiza-se a forma apofântica do ser, do concreto, do que efetivamente ocorre na realidade, o que nem sempre corresponde à norma deôntica (BELCHIOR, 2011, p. 114).

Em uma tentativa mais clara de relacionar os dois conceitos, pode-se dizer que o apofântico é que permite justiça e equidade das decisões judiciais por meio do movimento indutivo. Ou seja, a norma é criada pelo legislador, permanece no campo deôntico, do *dever-ser*, formando uma espécie de moldura, a qual não poderá nunca ser engessada, e esse é um dos intentos do positivismo jurídico, como já visto. Isto porque caberá ao intérprete o preenchimento da moldura, com a captação de um ou vários sentidos, guiados por meio da hermenêutica jurídica.

No contexto aberto de formação do significado da norma, não se pode olvidar que o processo de interpretação é, invariavelmente, influenciado pela ideologia, cuja conceituação mais bem-sucedida é formulada por Karl Mannheim, em seu livro *Ideologia e Utopia*, quando deu à complexa significação da palavra ideologia uma certa organização sociológica. Para esse autor, ideologia é um conjunto de concepções, ideias e teorias que se orientam, ou para a estabilização, ou para a legitimação, ou para a reprodução da ordem estabelecida. Ou seja, por ideologia entende-se todas aquelas doutrinas que consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente servem à manutenção da ordem estabelecida. Já as utopias, ao contrário, são aquelas ideias, concepções, teorias que aspiram uma outra realidade, uma realidade ainda inexistente e têm, portanto, uma dimensão crítica ou de negação da ordem social existente, tendo uma função subversiva, crítica e até mesmo revolucionária (MANNHEIM, 1986, p. 16).

Diante dessa definição, é possível afirmar que ideologia e utopia são duas formas de um mesmo fenômeno, o qual se manifesta de duas maneiras distintas, podendo se expressar, num primeiro caso, ideologicamente e, em outro, utopicamente. Assim, Mannheim utiliza esse fenômeno em relação às classes sociais como “ideologia total”, definindo-o de dois modos: a) ideologia total como conjunto de ideias, formas de pensar relacionados às posições sociais de grupos ou classes; b) ideologia em sentido estrito, que é a forma conservadora que essa ideologia total pode tomar, em oposição à forma crítica que ele chama de utopia.

Portanto, Mannheim, partindo de uma concepção particular para uma total de ideologia, busca demonstrar que um grupo reunido de indivíduos tende a forçar a modificação do mundo envolvente da natureza e da sociedade, ou procura perpetuá-lo sob uma dada condição, sob um determinado aspecto. Tal conceito admite dois aspectos que são antagônicos: o primeiro é transformador, e o segundo, conservador de mundo em que ambos atuam nas formações sociais específicas, utilizados como fator de legitimação.

Ricoeur busca conceituar ideologia apontando alguns traços fundamentais: a) a partir de Max Weber, a ideologia aparece como uma ação social ou uma relação social; quando o comportamento de alguém é significativo e orientado pelo outro (o grupo a que está filiado), sendo necessário que esse grupo social saiba construir uma imagem de si próprio, isto é, saiba se representar; b) teoria da motivação social. A ideologia funciona no grupo social como aquilo que justifica e projeta certa imagem nas instituições: “[...] a ideologia é sempre mais que um reflexo, na medida que também é justificação e projeto” (RICOEUR, 2008, p. 79); c) toda ideologia é simplificadora e esquemática porque procura dar uma visão de conjunto de si como uma visão de mundo. O autor, nesse sentido, diz que:

Pode-se afirmar que toda ideologia é, por excelência, o reino dos ismos: liberalismo, socialismo, etc. É possível que só haja ismos para o próprio pensamento especulativo por assimilação a este nível de discurso: espiritualismo, materialismo, etc (RICOEUR, 2008, p. 79).

A partir do quarto traço, Ricoeur começa a tratar dos caracteres negativos geralmente vinculados a uma ideologia: d) o código interpretativo de uma ideologia é algo em que os homens habitam e pensam do que uma concepção que possa ser expressada: “Para utilizar outra linguagem, direi que uma ideologia é operatória e não temática. Ela opera atrás de nós, mais do que a possuímos como um tema diante de nossos olhos. É a partir dela que pensamos, mais do que podemos pensar sobre ela” (RICOEUR, 2008, p. 80).

O quinto traço agrava essa condição não reflexiva e não transparente da ideologia, pois refere-se à inércia que caracteriza o fenômeno ideológico: “[...] significa que o novo só pode ser recebido a partir do típico, também oriundo da sedimentação da experiência social” (RICOEUR, 2008, p. 80).

Em outro momento, ao concordar com os conceitos de ideologia e utopia formulados por Mannheim, Ricoeur afirma que a estrutura ontológica da pré-compreensão precede e comanda todas as dificuldades propriamente epistemológicas das ciências sociais sob o nome de preconceito, de ideologia, de círculo hermenêutico. Assim, ele afirma:

Essas dificuldades epistemológicas – aliás, diversas e irreduzíveis umas às outras -, possuem a mesma origem. Elas são devidas à estrutura mesma de um ser que não se encontra jamais na posição soberana de um sujeito capaz de separar de si mesmo a totalidade de seus condicionamentos (RICOEUR, 2008, p. 103).

Nesse sentido, Ricoeur busca definir uma forma de validação do discurso explicativo das ciências sociais, abandonando a ideia de reflexão total ou saber total das diferentes

ideologias e utilizando o discurso da hermenêutica da compressão histórica. Assim, ele estabelece algumas proposições com o intento de conferirem um sentido aceitável ao par ciência-ideologia.

A primeira proposição afirma que todo saber objetivante sobre a posição do indivíduo na sociedade, numa tradição cultural, é precedido por uma relação de pertença, que jamais poderá ser refletida inteiramente, pois “antes de qualquer distância crítica, pertencemos a uma história, a uma classe, a uma nação, a uma cultura” (RICOEUR, 2008, p. 103). Para o autor, ao assumir essa pertença, o homem assume o primeiro papel da ideologia, por ele definido como a função mediadora da representação de si, além do que a condição ontológica da pré-compreensão excluiria a reflexão total e, por conseguinte, a posição privilegiada de um saber não ideológico.

A segunda proposição afirma que se o saber objetivante é sempre secundário relativamente à relação de pertença, não obstante pode constituir-se numa relação de relativa autonomia. Isso porque a crítica somente é possível em virtude do distanciamento pertencente à relação de historicidade. Nesse sentido, a própria hermenêutica exige uma demarcação crítica entre pré-compreensão e preconceito. Assim:

Compete à condição de uma consciência exposta à eficácia da história só compreender com a condição da distância, do distanciamento [...] a meus olhos, a mediação dos textos é de um valor exemplar, sem igual. Compreender um dizer significa, antes de tudo, opor-se a ele como um dito, acolhê-lo em seu texto, desligado do autor (RICOEUR, 2008, p. 104/105).

E formula o enunciado da segunda proposição: “O distanciamento, dialeticamente oposto à pertença, é a condição de possibilidade de uma crítica das ideologias, não fora ou contra a hermenêutica, mas na hermenêutica” (RICOEUR, 2008, p. 106).

Na formulação de sua terceira proposição, Ricoeur afirma que todo saber está baseado num interesse, inclusive a teoria crítica das ideologias, que se funda no interesse de emancipação, de uma comunicação sem limites e sem entraves. Porém, esse interesse funciona como uma ideologia ou utopia, sendo impossível saber qual das duas, mas não se deve olvidar que não há um corte total no sistema de interesses, não havendo, portanto, verdadeiro corte epistemológico.

Eis, pois, minha terceira proposição: a crítica das ideologias, fundada por um interesse específico, jamais rompe seus vínculos com o fundo por pertença que se funda. Esquecer esse vínculo inicial é cair na ilusão de uma teoria crítica elevada ao nível do saber absoluto (RICOEUR, 2008, p. 106).

O direito, como ciência social e como produção da linguagem, encontra-se a todo momento com a ideologia e, desse encontro, cabe uma reflexão filosófica dos contornos e potencialidades dele próprio enquanto fenômeno ideológico.

Para tanto, resta ainda identificar o sentido de ideologia a partir de um ponto de vista individual, reforçando a questão da necessidade da ideologia e da ascensão ideológica, pois, atualmente, a criação do direito está muito relacionada e muito pressionada pela realidade vivencial da sociedade e, prova disso, é que as questões processuais se estruturam em modelos e atitudes utilitaristas, caracteristicamente representadas por um individualismo ideológico-representativo.

Segundo Ovídio Baptista, a ideologia, de um ponto de partida individualista, contém intrinsecamente alguns riscos, entre eles:

A tendência que temos de atribuir a nossos opositores a condição de ideológicos, na suposição implícita de que dispomos de um “Ponto de Arquimedes”, como se houvesse o acesso privilegiado à verdade absoluta [...] O “outro” é que não conseguiria atingir a “nossa” verdade, tida como única e, enquanto verdade, eternamente válida. É a marca do pensamento conservador. Tudo o que questiona a “realidade”, construída pelo pensamento conservador, é ideológico, no sentido do irreal, pois a visão conservadora supõe que nosso “mundo” seja o único possível (SILVA, 2004, p. 8/9).

E, nesse sentido, cumpre observar que o direito está tomado pelo pensamento conservador e nele, nitidamente, a ideologia, em seu sentido representativo. Esse aspecto tem grande força e se alastra por questões teóricas e científicas e até por questões práticas do cotidiano.

Esse aspecto negativo, no entanto, é um dos pontos de partida para o entendimento do direito como fenômeno ideológico, partindo do pressuposto que as ideologias, no dizer de Wolkmer:

Não são superficiais, irrelevantes ou nefastas. [...] não se pode apenas visualizar seu aspecto negativo de distorção e com isso descartar sua função e minimizar sua operacionalidade, ainda que sob novas roupagens e rotulações nos horizontes do atual estágio das sociedades pós-industriais e globalizadas (2000, p. 189).

A ligação entre ideologia e direito fica ainda mais nítida quando observada a formação epistemológica jurídica, extremamente ideologizada, mesmo tentando transparecer cientificidade, o que, por si, não garantiria a sua não influência. Afirma Raymond Boundon, ao referir-se aos efeitos epistemológicos no conhecimento científico, que “não somente o conhecimento científico está ao abrigo das crenças não demonstradas, como não poderia existir

sem elas” (BOUDON, 1989, p. 188), ou seja, a ideologia se desenvolve mesmo no coração do trabalho científico.

Portanto, retomando a proposta ideológica de Mannheim e os dois estratos em que se divide a ideologia, pode-se dizer que o direito, como fenômeno ideológico, apresenta outros dois aspectos que, de certa forma, derivam do antagonismo que foi demonstrado, um interno e outro externo que se relacionam; dizer a ideologia interna do direito é defini-lo em suas características historicamente aceitas pelo senso comum como essenciais; dizer a ideologia externa é vincular essa caracterização com as formas históricas dominantes do saber e atuar.

Embora sabendo da influência da ideologia na forma como observamos os fenômenos, e considerando a maneira eficiente com a qual se reproduz, não poderia existir uma forma de capitalizar essa perenidade imiscuindo-a com ditames práticos orientadas por uma moralidade que observe valores básicos e razoáveis compartilhados pela grande maioria das pessoas? Esse parece ser, mesmo que não centralmente, a base das teorias que buscam a afirmação de uma razoabilidade prática, como a do tomista John Finnis, que será vista a seguir.

## **4 A RETOMADA DO DIREITO NATURAL ARISTOTÉLICO-TOMISTA NA ATUALIDADE**

No embate entre jusnaturalismo e juspositivismo não existe a pretensão de revisar todos os postulados históricos que acompanham a discussão. A intenção é destacar uma teoria do direito natural que possa efetivamente servir para construir um substrato histórico para a pré-compreensão que embasa a hermenêutica de cunho filosófico e, mais precisamente, lastrear, mediante uma justificação ética, o resultado da atribuição de sentido e da própria interpretação.

O embate torna-se, de certa forma, desigual se considerarmos que numerosas gerações de juristas foram educadas no positivismo jurídico com a perspectiva de identidade entre direito e lei, aprofundando a perspectiva positivista.

Neste capítulo, verificar-se-á a mudança paradigmática ocorrida com o término da segunda Guerra, tanto na filosofia quanto no direito, especialmente no que tange à ascensão de uma nova forma de pensamento filosófico-jurídico: o pós-positivismo, que trouxe em seu bojo o retorno dos valores, como visto no capítulo anterior, tendo como marco dessa nova pragmática o denominado neoconstitucionalismo.

### **4.1 O HORROR DA GUERRA E A NECESSIDADE DA REINTRODUÇÃO DE VALORES COM A ASCENSÃO DO PÓS-POSITIVISMO**

A mutabilidade é uma característica necessária da legislação. Nesse sentido, merece destaque a interpretação constitucional, vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita a seu texto, abrangendo ainda uma dimensão que supera os aspectos linguísticos relacionada com a realidade social. A normatividade, portanto, deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva (BELCHIOR, 2011, p. 19). Por sua vez, uma nova abordagem constitucional demanda uma construção teórica que faça a devida adaptação dos institutos jurídicos aos padrões firmados pela Constituição ao fixar cânones de interpretação para as normas infraconstitucionais, surgindo, assim, um novo viés hermenêutico, daí derivando sua importância específica. Também há que se destacar a conclusão que João Carlos Brum Torres chega ao analisar as declarações de Independência Americana e de Direitos do Homem e do Cidadão quando observa que ambas

explicitam direitos fundamentais anteriores a elas próprias, tornando-se instrumentos do reconhecimento público de direitos superiores ao direito positivo:

É precisamente o reconhecimento legal desses direitos originários, anteriores e superiores ao Estados e suas ordens constitucionais, que autoriza a tese de que nas formas estatais conformadas à tradição constitucionalista o direito faz a ponte entre a moral e a política. [...] É, pois, a fundamentação em princípios normativos de caráter transcendente ao direito positivo, tanto nos direitos fundamentais quanto na exigência de que as restrições a seu exercício provenham de legislação estabelecida democraticamente, que justifica a tese aqui sustentada de que o Direito faz a ponte entre a Ética e a Política (TORRES, 2014, p. 421).

Apesar de os princípios jurídicos não estarem necessariamente expressos na ordem jurídica, nada impede que o juiz, no momento da decisão, realize a captação de um novo princípio por indução e alegue que ele foi violado pelo administrador público, pelo legislador ou pelo particular.

Essa nova abordagem do texto constitucional, que permite uma flexibilização do sentido da norma, surge num contexto de discussão denominado de neoconstitucionalismo(s) (COMANDUCCI, 2003, p. 75), o qual foi bem sintetizado, em seus fundamentos, por Humberto Ávila na seguinte passagem:

Pode-se apontar algumas discussões fundamentais desse movimento de teorização e aplicação do direito constitucional, grosso modo: princípios em vez de regras (ou mais princípios que regras); ponderação no lugar da subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); mais poder judiciário em vez de poder executivo e legislativo; maior aplicação de forma direta da constituição em substituição à lei (2009, p. 3).

Nessa esteira, é importante analisar o contexto histórico e filosófico da ascensão do neoconstitucionalismo, tendo em vista sua importância em relação à interpretação do direito, naturalmente influenciada pela nova visão do direito constitucional, aqui abordado como parâmetro à demonstração do reaparecimento da dimensão valorativa no direito.

Seu nascimento se deu na Europa, após a Segunda Guerra Mundial, sendo marcada por uma maior aproximação entre o constitucionalismo e a democracia. Tem como referências a Lei Fundamental de Bonn, de 1948, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, momento a partir do qual teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. No Brasil, o renascimento do direito constitucional ocorreu, igualmente, no

ambiente de reconstitucionalização do país, pós-ditadura militar, com a promulgação da Constituição de 1988.

O processo de formulação das constituições contemporâneas busca a reunião de duas funções fundamentais, apontadas por Santiago Sastre Arizza.

En primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario o su agresividad y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional, es decir, a la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador. En segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en que se establecen las reglas del juego democrático, pero esto no impide que pueda desempeñar una importante función directiva para el futuro, ya que en ella se establecen los principios fundamentales que deben regir la comunidad (2003, p. 240).

A perda do caráter revolucionário da constituição é explicada por Comanducci, de forma bastante clara, quando traça um paralelo entre o constitucionalismo tradicional e o neoconstitucionalismo, ao colocar a limitação do poder estatal em segundo plano e tendo por objetivo principal a garantia dos direitos fundamentais. Isso porque o poder estatal não é mais visto com suspeita e até se caracteriza pelo apoio ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, modelo com afirmação progressiva no ocidente (COMANDUCCI, 2003, p. 65).

O marco filosófico dessa nova abordagem do direito é o pós-positivismo, momento em que ocorre a superação dialética da antítese entre jusnaturalismo e positivismo, caracterizando-se pela distinção das normas jurídicas em regras e princípios com conteúdo valorativo, ou seja, além da normatividade alcançada pelos princípios, percebe-se que os valores fazem parte do direito. No dizer de Barroso:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana (2009, p. 6.)

Cabe lembrar que o jusnaturalismo moderno surge a partir do século XVI, com o intuito de aproximar a lei da razão, afastando-a da influência teológica e transformando-se na filosofia natural do direito ao fundar-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Nessa percepção, os princípios tinham uma função meramente informadora e esclarecedora do texto legal, ocupando uma esfera abstrata, inspiradora de um ideal de justiça, cuja eficácia se limita a uma dimensão ético-valorativa do direito.

Teve grande importância ao influenciar várias teorias como o contratualismo, o iluminismo e o racionalismo, os quais fundamentaram as Revoluções Liberais do século XVIII e as codificações, pois, segundo Bobbio, essas são resultado da positivação do direito natural, influenciadas pelo desejo de segurança jurídica dos particulares frente ao Estado (BOBBIO, 2003, p. 119).

Ironicamente, o movimento de codificação iniciado na Europa e influenciado pelo direito natural foi a causa de seu abandono, pois passou-se a considerá-lo metafísico e anticientífico. Houve a ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX, que aspirava à objetividade científica, equiparando o direito à lei, afastando-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça, dominando o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Nele, os princípios tinham função puramente garantidora da inteireza dos textos legais, com o intuito de suprir os vácuos normativos que as leis não conseguiam realizar (BELCHIOR, 2011, p. 19).

Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes esses que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, entretanto, a ética e os valores começam a retornar ao direito, como afirma Figueroa, e, nesse sentido, o direito adquiriu forte carga axiológica, rematerializando-se e, no aspecto material da constitucionalização, verifica-se a tendência entre os juristas em ver o sistema jurídico vinculado à moral (FIGUEROA, 2003, p. 65).

Tal fato, aliado à superação histórica do jusnaturalismo e ao fracasso político do positivismo, abriram caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. Como afirma Barroso, “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BAROSSO, 2005, p. 13).

Porém, o fato é que as especificidades das normas constitucionais levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Princípios de natureza instrumental e não material, consubstanciados em pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais.

Ainda seguindo o raciocínio de Barroso, são eles: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação, conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade. Antes de

prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo, aliás, pelo contrário,

[...] é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional (BARROSO, 2009, p. 47).

É a partir dessa constatação que se deflagrou o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, apresentando diferenças em relação ao processo interpretativo tradicional.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: a) quanto ao papel da norma – cabe a ela oferecer no seu relato abstrato a solução para os problemas jurídicos; b) quanto ao papel do juiz - cabe a ele identificar no ordenamento jurídico a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida, ou seja, a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico, e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato, pois, no modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional reassumindo uma dimensão axiológica, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias, assim: a) quanto ao papel da norma - verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra-se no relato abstrato do texto normativo e, muitas vezes, só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema e dos fatos relevantes analisados topicamente; b) quanto ao papel do juiz - já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo, pois o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Essas transformações levaram à necessidade de criação de categorias com as quais trabalha essa nova forma de interpretação constitucional, com influência sobre todo o sistema normativo, destacando-se, dentre outras, as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios no dizer de Alexy:

(Princípios) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (2008, p. 90).

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, consagrando bens jurídicos que, por vezes, se contrapõem havendo choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção, por exemplo, do consumidor.

Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o direito aplicável ao caso concreto, o que demonstra que, na verificação da existência de colisões de normas constitucionais, há a necessidade de ponderação, pois a subsunção não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos (hierárquico, cronológico e da especialização), quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária.

A ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá a escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. De qualquer forma, o conceito chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade (BARROSO, 1999, p. 163).

Certamente o destaque dado ao direito constitucional deriva da possibilidade de abertura que tal ramo do direito dá tendo em vista sua natureza de norma fundante do ordenamento jurídico, mas aos métodos surgidos para sua aplicação são, no que couber, transmissíveis as normas infraconstitucionais. Nesse ínterim, destaque-se a enorme importância da argumentação, da **razão prática**, ao controle da racionalidade das decisões proferidas mediante ponderação nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de poderes (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 65)

Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento, pois a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador. Para tanto, o intérprete deve utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, tendo pretensão de universalidade, já que decisões judiciais não devem ser casuísticas, considerando que ele deve levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Quando se trata das decisões judiciais, um dos problemas conceituais é aquele gerado pelo entendimento de que toda decisão jurídica se deriva, em última instância, de uma norma moral. Nesse ponto, vale o esquema elaborado por Comanducci (2003, p. 94/95) ao se questionar sobre qual norma moral poderia fundamentar a decisão. O autor apresenta quatro soluções possíveis: 1) que se trate de uma norma moral objetiva verdadeira (no sentido de correspondência a fatos morais); 2) que se trate de uma norma moral objetiva racional (aceitável por um interlocutor racional); 3) que se trate de uma norma moral subjetivamente escolhida; e 4) que se trate de uma norma moral intersubjetivamente aceita.

Em um segundo momento, passa a analisar as premissas apontadas: a primeira solução apresenta problemas ontológicos e epistemológicos, pois o juiz escolheria uma norma que acreditaria moral, o que redundaria na terceira hipótese. A segunda solução apresenta o mesmo problema da primeira, ressaltado o epistemológico, pois o juiz precisaria ainda escolher uma entre as várias teorias morais possíveis, ou seja, a solução também se reduz à terceira. A quarta solução, como os juízes não têm como precisar normas morais aplicáveis em uma sociedade, também remete à terceira.

A terceira solução, por sua vez, equivale a deixar completamente nas mãos do julgador o modo de fundar e justificar sua decisão. A lei seria supérflua porque inútil (caso concorde com a lei moral) ou proibida (caso a contrarie), mas essa terceira hipótese (e as duas primeiras a ela reduzidas) poderia ser interpretada de forma limitada e, no caso em que o juiz tenha que justificar a escolha de uma tese, dentre duas admissíveis juridicamente, deve escolher a opção que está justificada por uma norma moral.

Aponta que, caso superados os problemas epistemológicos, ainda permanecem dois tipos de problemas: em primeiro lugar, não existe uma homogeneidade moral na sociedade, com normas morais compartilhadas em grande número; em segundo lugar, normas compartilhadas normalmente estão afirmadas em princípios jurídicos, o que torna a justificação moral inútil, pois a justificação por princípios jurídicos já é a utilizada.

Nesse contexto, verifica-se um maior dimensionamento dos espaços de discussão sobre a interpretação das normas jurídicas, abrindo margem para a utilização de fundamentações de natureza não jurídica, como aquelas relacionadas à ética ou à economia, por exemplo, as quais informam um sistema de pré-compreensão da norma jurídica tendente a uma interpretação ligada ao sistema adotado. Porém, naturalmente, a multiplicidade de experiências interpretativas gera uma série de situações aparentemente intransponíveis e, nesse momento, parece de extrema valia a retomada da teoria do direito natural, que se consolida quando filósofos morais e filósofos do direito, principalmente os de língua inglesa, procuram dar novos sentidos às teorias de Aristóteles e Tomás de Aquino em busca de respostas a problemas contemporâneos.

Assim, a partir de meados do século XX, foi dado um novo impulso ao desenvolvimento da filosofia clássica com a publicação de inúmeros estudos sobre os pensamentos de Aristóteles e de Tomás de Aquino.

Um marco definitivo do retorno à teoria de Aristóteles é o artigo de Gertrud Elizabeth Margareth Anscombe, *Modern Moral Philosophy*, publicado em 1958, na revista *Philosophy* (v.33).

O texto de Anscombe impulsionou o desenvolvimento de uma teoria ética alternativa às concepções modernas dominantes. A autora faz uma crítica à filosofia moral moderna, argumentando que os conceitos de obrigação e dever moral foram despojados do conteúdo que possuíam no contexto da ética aristotélica. Nessa diretriz, a autora afirma:

Não podemos, portanto, procurar em Aristóteles nenhuma elucidação do modo moderno de falar em obrigação, bem, etc. “morais”. E todos os renomados escritores de ética dos tempos modernos, de Butler a Mill, parecem-me, enquanto pensadores que abordaram

esse assunto, cometer erros que inviabilizam qualquer esperança de se obter deles alguma iluminação (ANSCOMBE, 2010, p. 20).

Anscombe revela que os sentidos dados para os termos como “dever”, “precisar” ou “obrigação”, nas teorias morais modernas, de Butler a Mill, passando por Hume, Kant e Bentham, equivalem a expressões como “estar obrigado a” ou “estar compelido a”. Isso significa que, segundo a Anscombe, a obrigação ou dever moral implica, no contexto das teorias modernas, no fato de alguém estar “obrigado” ou “compelido” pela lei ou por algo que é exigido por lei.

Nesse sentido, nas teorias modernas, o dever moral deriva, necessariamente, de uma autoridade legislativa que cria e impõe seu conteúdo. A autora afirma que houve uma distorção do conceito aristotélico de dever. No início desse processo, nos sistemas éticos cristãos, o papel de legislador cabia a Deus. A partir daí, nas teorias morais mais recentes, que rejeitam a ideia de um legislador divino, a autoridade recai em outros elementos. Observa que, apesar dos esforços de filósofos como Butler, Hume, Kant, Bentham e Mill em fundamentar a obrigação moral, os conceitos de “dever” e “obrigação” presentes em suas teorias não possuem nenhum conteúdo, já que estão fora do contexto que os tornavam inteligíveis (a concepção legal de ética), derivada da crença na lei divina como fonte legislativa.

Anscombe, nesse sentido, afirma:

Ter uma concepção legalista em ética é sustentar que o que se precisa para se estar em conformidade com a virtude em cuja falha reside a marca do homem mau (não apenas, digamos, qua artesão ou lógico) – que o que se precisa para isso, é exigido pela lei divina. Naturalmente não é possível ter tal concepção a menos que você acredite em um Deus legislador; como os judeus, os estoicos e cristãos. Porém, se tal concepção foi dominante por muitos séculos, e é depois abandonada, tem-se um resultado natural que os conceitos de ‘obrigação’, de assumir um encargo ou ser exigido por uma lei, permanecem, embora tenham perdido a sua raiz (2010, p. 25).

Assim, Anscombe defende que os conceitos de “obrigação” e “dever moral” deveriam ser descartados, se isso for psicologicamente possível, pois eles são sobreviventes ou derivados de sobreviventes de uma concepção de ética que já não existe, e são apenas prejudiciais sem ela. E não fazem sentido fora de uma concepção ética ligada a uma autoridade legislativa. Por isso, segundo as teorias morais modernas, são incoerentes internamente e não se diferem consideravelmente umas das outras (ANSCOMBE, 2010, p. 25)

Nesse sentido, há uma ruptura entre os conceitos utilizados pelos teóricos modernos e aqueles presentes na ética aristotélica. Para Aristóteles, o sentido de moral tinha relação com o

que é justo ou injusto, no caso concreto, considerando o *télos* e a *adequação* por natureza, em termos de virtudes e vícios, isto é, de caráter. Nas teorias modernas, o que é injusto se torna “errado moralmente” ou “ilícito”, vinculando-se a uma prescrição legal. Esse abismo entre as duas perspectivas, segundo Anscombe só poderia ser preenchido por uma descrição da ação humana que determinasse que tipo de característica consiste a virtude e, principalmente, por uma descrição da felicidade humana (*eudaimonia*). É por isso que, para Anscombe, filósofos da cultura pós-cristã que se propõem a elaborar uma ética secular devem reconsiderar Aristóteles e Platão (ANSCOMBE, 2010, p. 27).

As proposições de Anscombe sofreram diversas críticas, como àquelas feitas por Irwin em *Tomás de Aquino, lei natural e eudaimonismo aristotélico*, porém, o autor não deixou de destacar que o artigo publicado em 1958 “tem exercido considerável influência. É uma fonte de inspiração para a recente ‘ética das virtudes’ de reivindicada tradição aristotélica, que reage a um defeito percebido nas versões mais usuais da teoria ética ‘moderna’” (IRWIN, 2009, p. 298/299), este já abordado anteriormente.

Alasdair MacIntyre, na sua obra *Depois da Virtude*, apresenta a tese de que a linguagem da moralidade encontra-se fragmentada, destruída por uma verdadeira catástrofe que levou à perda dos contextos que justificavam os conceitos utilizados no discurso moral moderno. Assim, a obra aponta para a necessidade de “identificar e definir a moralidade perdida no passado” (MACINTYRE, 2001, p. 48).

A fragmentação do discurso moral se manifesta, segundo MacIntyre, nas discordâncias intermináveis dos debates morais contemporâneos. Debates sobre a questão do aborto, a possibilidade da guerra justa e do conceito de justiça representam a situação de desacordo moral incontornável no qual a filosofia moral se encontra. O autor sustenta que os argumentos rivais apresentados nos debates se baseiam em premissas incomensuráveis, o que significa dizer que os argumentos invocados por cada posição rival são plenamente válidos. Porém, as premissas das quais derivam não possuem um ponto em comum, pois partem de conceitos completamente diversos uns dos outros. Isso impossibilita mensurar os argumentos para chegar a uma legitimação racional do debate (MACINTYRE, 2001, p. 21)

Dessa forma, MacIntyre sustenta que a única forma de tornar coerente o discurso moral é recuperar os conceitos da ética aristotélica, como virtude, vida boa, educação moral e racionalidade prática. Em seus textos mais recentes, recorre à teoria de Tomás de Aquino, a fim de identificar as falhas do debate moral contemporâneo.

Essa reabilitação da ética aristotélica na filosofia moral contemporânea possibilitou o resgate da teoria ética e jurídica de Tomás de Aquino, em especial sua elaboração do direito e da lei natural. A partir do trabalho dos autores citados, além de outros, surgiram novas reinterpretações das teorias de Aristóteles e Tomás de Aquino. Portanto, a teoria do direito natural tomista tem recebido atenção de diversos estudiosos que objetivam buscar respostas para problemas morais contemporâneos, como os direitos humanos.

Após a publicação da encíclica de Leão XIII, *Aeterni Patris*, em 1879, que incentivava uma nova leitura dos ensinamentos filosóficos e teológicos de Tomás de Aquino, houve o desenvolvimento de diversos estudos da teoria moral tomista (VILLEY, 2009, p. 369).

Com relação a esta retomada, cumpre anotar valiosa observação de Pich:

Os debates contemporâneos [...] anotam certa tensão nas teorias da ação tanto de Aristóteles quanto de Santo Tomás, a saber, naquele embate de concepções gerais, em que, por um lado, é protagonista uma análise em termos do fim último das ações ou da felicidade, vendo a escolha deliberada como a busca racional prática dos meios apropriados àquele fim, e, por outro, é protagonista uma análise em que a escolha deliberada aparece, antes, como a aplicação de princípios e regras – fundados nos princípios maiores da lei natural – a situações particulares (2011, p. 115/116).

Um grande expoente dessa tendência é John Finnis que, em sua obra, *Lei Natural e Direitos Naturais*, procura dar sua própria resposta aos problemas envolvidos nas inúmeras teorizações a respeito da lei natural e dos direitos naturais, com especial ênfase ao conceito de razoabilidade prática.

#### 4.2 A TEORIA DO DIREITO NATURAL DE JOHN FINNIS

John Finnis, australiano que fez sua carreira acadêmica em Oxford, formou-se dentro da tradição da filosofia analítica do direito, cujo expoente, Herbert Hart, foi seu colega de docência na referida universidade. Posteriormente, aproximou-se da filosofia de Tomás de Aquino e da tradição católico-platônico-aristotélica do direito natural (FINNIS, 2006B, p. 12), enfrentando a resistência dos positivistas contra os teóricos do direito natural, levando à discussão sobre o direito natural a outro patamar, não podendo mais ser olvidada dentro das discussões jusfilosóficas.

John Finnis constrói sua proposta tendo por pressuposto que o ser humano torna-se titular de direitos por ser possuidor de dignidade, dimensão que é desenvolvida com uma ideia de

direito natural. Com isso, busca definir os princípios da lei natural e as exigências da razoabilidade prática, conceito essencial à sua teoria que deixa de lado as considerações abstratas e parte para uma análise prática, reflexiva e aplicável à vida de qualquer um por intermédio da perspectiva da *phronesis*, influenciada pela tradição, conceito este retomado magnificamente por Gadamer.

O objetivo da construção é o que Castanheira Neves chama de “direito natural concreto”, no qual se conjuga o caráter histórico com uma normativa realização histórico-socialmente condicionada, concretizando-se na prática jurídica. Desse modo, o direito natural não precisaria ser visto como antagonista do direito positivo, mas, ao contrário, serviria como “fundamento axiológico-cultural, ético-humano ou crítico-racional” (CASTENHEIRA, 2003, p. 45).

Como afirma Engelmann, a proposta de Finnis encaminha-se nesta linha:

Não se trata de uma forma mágica, mas de uma tentativa para a reflexão da situação jurídica atual. [...] quem sabe a junção dos princípios da lei natural e a razoabilidade prática + o direito positivo + o substrato da hermenêutica filosófica = a um fundamento ético que responda ao relativismo da nova hermenêutica, além de dar substância mais concreta à concepção da pré-estrutura da compreensão (2007, p. 142).

Finnis utilizou-se, antes mesmo da opção pelo jusnaturalismo ou da pretensão de desenvolver alguma teoria do direito natural, a teoria analítica do direito (*analytical juris prudence*), desenhada por Herbert Hart, pois reconheceu o poder descritivo da teoria analítica, essencialmente em três aspectos: a) atenção ao fim prático; b) seleção do caso central e do significado focal; e c) a seleção do ponto de vista. Sua concepção parte da ideia de que existem regras secundárias para suprir as lacunas das regras primárias. Além do que, para Hart,

[...] o direito não é um conjunto qualquer de normas; é um sistema de normas que fornece um método (isto é, técnica) de resolver disputas com autoridade, por meio de normas que tanto (a) provêm orientação obrigatória para as “instituições primárias” (que resolvem as disputas por meio de “determinações aplicáveis obrigatórias”) quanto (b) também (“as mesmíssimas normas”) orientam os indivíduos cujo comportamento pode competir ser avaliado e julgado por essas instituições (FINNIS, 2006A, p. 21).

John Finnis afirma que o objetivo de sua teoria é o fornecimento de critérios para a reflexão prática dos envolvidos no agir humano (FINNIS, 2006A, p. 31). Dessa forma, elabora uma teoria que pretende orientar a reflexão que precede as práticas humanas em direção às decisões moralmente boas, afastando-as das ações imorais. Os critérios fundamentais para essa

reflexão prática são os princípios de direito natural, determinados pelos bens humanos básicos e pelas exigências da razoabilidade prática.

A estrutura de sua teoria pauta-se nos conceitos de “bem humano básico” e “razoabilidade prática”. Os bens ou valores humanos básicos são aspectos primários do bem-estar individual, apreendidos pelo raciocínio prático. Esses valores constituem o critério fundamental para o agir humano e serão realizados por meio da razoabilidade prática.

Finnis (2006A, p.67-103 e p. 105-135) enumera os bens básicos com os quais ele trabalha, bem como os requisitos básicos da razoabilidade prática. Para ele, existem sete bens básicos pré-morais: 1) a vida; 2) o conhecimento; 3) o jogo; 4) a experiência estética; 5) a amizade ou a sociabilidade; 6) a razoabilidade prática; e 7) a religião, todos ligados ao “florescimento humano”.

Os requisitos básicos da razoabilidade prática é que tornam a maneira de aplicar esses bens básicos na vida prática de forma a melhor dirigir as escolhas, conferindo, assim, uma dimensão moral que será aplicada ao direito. São nove: 1) a razoabilidade guia nossa busca dos bens; 2) um plano coerente de vida; 3) não ter preferências arbitrárias por valores; 4) não ter preferências arbitrárias por pessoas; 5) desprendimento e compromisso; 6) relevância limitada das consequências: eficiência dentro dos limites do bom senso; 7) respeito por cada bem básico em cada ato; 8) requisitos do bem comum; e 9) seguir os ditames da própria consciência. O produto desses requisitos é amoral.

Os bens humanos básicos ainda são autoevidentes e não deriváveis. Seu conhecimento dispensa qualquer premissa: os “princípios de razoabilidade teórica não são demonstráveis, pois são pressupostos ou empregados em tudo o que consideraríamos como demonstração” (FINNIS, 2006A, p. 76). Segundo Finnis, os bens humanos básicos e os princípios de direito natural que deles se originam não derivam de qualquer formulação factual sobre a natureza humana. O processo de determinação das normas morais inicia-se com a elucidação dos bens humanos básicos e não comum à descrição fática da essência humana e das inclinações que a constituem. O conhecimento teórico acerca da natureza humana, nesse sentido, é apenas o produto final dessa operação. A determinação dos bens humanos é, assim, objetiva, pois não se relaciona a qualquer “convenção ou a propósitos individuais de ninguém” (FINNIS, 2006A, p. 76).

A teoria tomasiana, segundo Finnis, reforça sua tese, já que os princípios primeiros do direito natural, segundo Santo Tomás, são *per se nota* (evidentes em si mesmos) e indemonstráveis (STh. I-II, q. 94, a.2). Além disso, o critério de conformidade ou oposição à natureza humana é a razoabilidade: “o bem é estar de acordo com a razão, e o mal é estar fora da

ordem da razoabilidade” (STh. I-II, q. 94). Dessa forma, Finnis sustenta que os princípios primeiros do direito natural, de acordo com a teoria tomista, não podem ser demonstrados por meio de nenhuma referência à natureza humana, precisamente porque não são derivados e, sim, autoevidentes.

Em que pese Finnis seja alçado à principal figura da vertente teórica que retoma o direito natural, vale destacar o papel do filósofo e teólogo Germain Grisez, que fornece importantes subsídios doutrinários, e o fato de que essa corrente contemporânea do jusnaturalismo tem como ponto no da “razoabilidade prática”.<sup>10</sup>

Não olvidando o fato de Finnis ter formulado uma teoria do direito, ela pode ser introduzida em qualquer discussão ética, pois as principais questões debatidas em seus escritos dizem respeito, segundo Grisez (2007, p. 189): a) à relação entre “ser” e “dever-ser”, entre metafísica e ética, entre natureza humana e razão prática; b) ao caráter evidente dos bens humanos básicos e dos primeiros princípios da razão prática e à ausência de hierarquia entre eles; c) à distinção, no universo da razão prática, entre o campo “pré-moral” dos bens básicos e o campo “moral” da razoabilidade prática; d) à contraposição entre sua teoria de pluralidade de bens básicos pré-morais incomensuráveis e as teorias morais “do fim dominante”, entre as quais a tese de origem aristotélica, mas adotada por Tomás de Aquino acerca da existência de um único “fim último” (a contemplação da verdade e, para alguns intelectuais cristãos, “glória de Deus”); e) ao modo de compreender a relação entre a moral e o conhecimento humano de seu fundamento último transcendente (Deus).

Outro aspecto de relevo, é que a formulação de Finnis não está preocupada em contrapor-se ao positivismo jurídico, porém busca demonstrar a importância dos princípios da lei natural para a própria validade da lei criada pelo poder legislativo. Para tanto, o ponto de partida é o próprio ser humano e suas carências e necessidades vividas no seu dia a dia. A obra *Lei Natural e Direitos Naturais* tenta escapar do contexto metafísico que vislumbra na maioria das explicações sobre a lei natural, considerando que desvincula a sua proposição de qualquer concepção da natureza, ao afirmar que é a utilidade dos atos humanos que constituem uma importante suposição de práticas razoáveis. Esse é o ponto de distinção de Finnis das demais propostas sobre a existência da lei ou direito natural.

---

<sup>10</sup> GRISEZ, Germain. O primeiro princípio da razão prática: um comentário à *Summa Theologiae* 1-2, Questão 94, art. 2, publicado originalmente em 1965. Revista Direito GV, n. 2, 179/218, jul./dez. 2007, p. 179. A sistemática da “razoabilidade prática”, falando de um a maneira simplificada, busca definir o melhor modo de se agir com vistas à realidade consubstanciada em princípios autoevidentes. Por ora, cabe mencionar que tal concepção se resume na fórmula de seu primeiro princípio, cunhado por Tomás de Aquino: “O bem deve ser realizado e buscado e o mal deve ser evitado”.

Uma das ideias centrais da teoria é a razão prática, vista como uma possibilidade de condução da ação individual e coletiva, e deve considerar as características do mundo e, entre elas, a característica da livre escolha e o significado da lei como caracterização da exigência além da época do comportamento que as executa. Interessante observar que a possibilidade de livre escolha como uma característica importante do ser humano, especialmente se tal escolha é feita por meios razoáveis. Outro aspecto a se destacar é a temporalidade, na medida em que as escolhas são feitas na época do comportamento executório: “Dito de outro modo, valoriza a época em que a situação ocorre e aquela em que será dada uma decisão, com a aplicação do Direito” (ENGELMANN, 2007, p. 143).

Nesse contexto, destaca-se, sobremaneira, o conceito de prático, ou seja, aquilo que é factível, uma preocupação voltada à decisão e à ação:

Razoabilidade pratica é razoabilidade na decisão, na adoção de compromissos, na escolha e na execução de projetos e, em geral, na ação. A filosofia prática é uma reflexão disciplinada e crítica sobre os bens que podem ser realizados na ação humana e nos requisitos da razoabilidade pratica (FINNIS, 2006A, p. 25).

Isso significa que se pode afirmar que a ação do homem está vinculada, mediante a interferência da razoabilidade prática, aos modos necessários para o desencadeamento da ação. A filosofia prática aparece, por sua vez, com uma forma de justificar, ou ao menos refletir, sobre as realizações humanas e sobre as próprias exigências da razoabilidade pratica. Em que pese a aparente confusão entre teoria e prática, deve-se destacar que a busca da razoabilidade prática é imprescindível à prática efetiva, pois o

[...] o próprio ponto de vista do caso central é o ponto de vista daqueles que não apelam à razoabilidade prática, mas que são razoáveis na prática, ou seja: consistentes; atentos a todos os aspectos das oportunidades e do florescimento dos seres humanos, bem como cientes da sua comensurabilidade.; preocupados em remediar as suas deficiências e colapsos, bem como cientes de suas raízes nos vários aspectos da personalidade humana, nas condições econômicas e em outras condições materiais da interação social (FINNIS, 2006A, p. 28).

A nota de rodapé da edição brasileira da obra, relativa à passagem acima transcrita, traz importante esclarecimento sobre a influência da disciplina grega atinente à ação humana, quando deriva o conceito cardeal do método aristotélico sobre o estudo dos assuntos humanos (de que os conceitos devem ser selecionados e empregados substancialmente como são usados na prática pelo *spoudaios* – o homem maduro dotado de razoabilidade prática), do argumento platônico (República, IX, 582 a-e) de que o amante da sabedoria pode entender as preocupações do homem

de caráter distinto, enquanto o inverso não é verdadeiro, ou seja, as preocupações e o entendimento do homem maduro e razoável fornecem uma base empírica melhor para a exposição reflexiva dos assuntos humanos.

Não se deve imaginar que, com tais premissas, seja a intenção formular uma doutrina que catalogue a forma de agir frente às situações, pois, conforme Finnis, “a teoria social descritiva não partilha dessa preocupação a respeito do que deveria ser feito” (2006A, p. 29). Pode-se, porém, verificar algo semelhante com relação à adoção do conceito de pré-compreensão, ressaltando o método analítico, conforme passagem abaixo, quando explica que o teórico deve descrever a situação ideal ou os aspectos não observados em uma situação que exige a imposição legal.

Isso não significa que a jurisprudência descritiva (e a ciência social como um todo) esteja inevitavelmente sujeita às concepções e preconceitos de todo teórico a respeito do que é bom e razoável na prática? Sim e não. Sim na medida em que não há como fugir do requisito teórico de que um juízo do alcance e da importância deve ser formado para que uma teoria seja mais do que um grande monturo de fatos heterogêneos descritos com uma profusão de terminologias incomensuráveis. Não, na medida em que a aquisição disciplinada de conhecimento preciso a respeito dos assuntos humanos é uma importante ajuda para o teórico reflexivo e crítico em suas tentativas de converter seus próprios “preconceitos” práticos (e os da sua cultura) em juízos realmente razoáveis a respeito do que é bom e razoável na prática (FINNIS, 2006A, p. 29)

Finnis afirma que o bem do conhecimento é algo evidente e não necessita ser provado, por isso o valor da verdade torna-se óbvio somente para quem tenha experimentado o impulso de perguntar, entendida a conexão entre a pergunta e a resposta, e entende que o conhecimento está constituído por respostas corretas a perguntas determinadas, não olvidando a possibilidade de perguntas posteriores e a existência de outros que perguntam e que também poderiam utilizar-se dos benefícios das respostas corretas (FINNIS, 2006A, p. 109).

Como alerta Engelmann, a questão central está vinculada na (im)possibilidade de se formular conceitos sobre a razão prática que, em certa medida, provém da prática constante dos homens em cada situação da vida (ENGELMANN, 2007, p. 147).

A influência do pensamento tomasiano em Finnis fica ainda mais evidente na obra *Direito Natural em Tomás de Aquino*, na medida em que esmiúça os ensinamentos de filosofia moral e política de Tomás de Aquino. Na referida obra, ele afirma que a interpretação mais adequada da filosofia moral tomista é aquela feita no contexto atual pelos filósofos que buscam uma resposta ao ceticismo radical sobre o valor e a obrigação: “uma resposta que é mais verdadeira e mais humana do que a de Kant, Bentham ou seus sucessores” (FINNIS, 2006B, p. 23).

Porém, para o autor, a teoria do direito natural mereceria uma adequada reformulação em termos de sua validade jurídica, pois, ao sugerir que o direito natural ocupa posição secundária na fundamentação do direito, parece romper com a doutrina jusfilosófica tomista que elege exatamente o direito natural, compreendido na lei natural, como referencial superior de legitimação e validação prática do direito. Porém, o sentido mais adequado a essa concepção de Finnis não conduz à negação da autoridade do direito natural, já que este continua sendo a base de princípios de razoabilidade que ordenam a vida social dos homens.

Como argumenta Cláudio Pedrosa Nunes, a proposição de Finnis sugere a negação do direito natural como elemento formal essencial da fundamentação do direito, mas não lhe suprime validade jurídica quando projeta princípios de razoabilidade prática para o direito. Nessa diretriz:

Não há que negar-se, porém, que tal doutrina de Finnis é compossível a uma reformulação da hierarquia que informa o sistema jurídico-religioso tomista. Tal concepção dessa de uma ótica teórica específica sobre o papel das teorias do Direito Natural no contexto do modelo jurídico contemporâneo, de que resulta uma revisitação da doutrina tomista no particular. Em outras palavras, em Finnis, a validade do Direito Natural apresenta contornos que sustentam um proceder migratório do Medieval tomista até os dias de hoje, isto é, evoluiu de um perfil baseado em princípios predominantemente morais para um perfil de razoabilidade prática mais ajustado ao Direito-justo da contemporaneidade (NUNES, 2011, p. 300)

Mas, ao mesmo tempo, confere a essa razoabilidade prática certos postulados ético-morais encerrados num proceder humano correto e virtuoso e, nesse aspecto, Finnis sugere que algumas teorias a respeito do direito natural mereciam, em certas circunstâncias, correções e complementos que evitariam ou reduziriam confusões a respeito de princípios jusnaturalistas como “fazer o bem e evitar o mal” etc. e, auxiliando a superação dessas confusões, estaria exatamente o direito positivo.

Em Finnis, portanto, tem-se a constatação de que a filosofia de Tomás de Aquino concebe o direito positivo especialmente a partir da análise das coisas empíricas do mundo, dotando-o de uma compreensão analítica. Disso resulta que o direito natural está contemplado na própria norma produzida pelo homem, isto é, o direito positivo, no que a norma jurídica adquire maior densidade ética e, daí, uma mais adequada eficácia normativa para o bem comunitário. Dessa forma, o autor descreve:

Tomás de Aquino é particularmente claro e explícito no sentido de que ‘natural’ é o predicado de algo (por exemplo uma lei ou uma virtude) apenas quando e porque, aquilo que é predicado está conforme a razão, a razão prática ou as exigências da razoabilidade prática. Além disso, ele emprega, através de todos os seus trabalhos, um

axioma metodológico: a natureza X é entendida pela compreensão de suas capacidades, que são entendidas pela compreensão de seus atos (atuações), que, por sua vez, são entendidos pela compreensão dos seus objetos (FINNIS, 2006A, p. 90).

Destaca ainda Finnis que os objetos das ações escolhidas são os bens intrínsecos inteligíveis, próprios do florescimento humano aos quais o homem é conduzido pelos primeiros princípios da razão prática, mostrando, que a equação entre ‘natural’ e ‘racional’ é baseada em uma distinção sofisticada entre ontologia e epistemologia, pois, na ordem do ser, o que é bom e razoável é resultado da natureza dada do homem, mas, na ordem do vir a conhecer, a noção da natureza humana é uma parcela resultante do nosso entendimento de que tipos de objetos possíveis para a escolha são bons.

Como método, Finnis parte da premissa básica jusnaturalista segundo a qual *bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum* para extrair dela uma série de premissas secundárias que poderão ser estabelecidas pelo legislador. O direito positivo representaria um instrumento para que os princípios de direito natural pudessem ser compreendidos e aplicados na comunidade humana para o seu bem social, econômico, político e jurídico. Assim é que o direito positivo em Tomás de Aquino confere instrumentalidade aos princípios do direito natural naquelas situações concretas e específicas emergentes das contingências e contendas da vida social.

O bem comum da comunidade política pode ser aquele que essa comunidade adota por meio do direito positivo. A lei jurídica positiva em Aquino conjuga, pois, aspectos de natureza socioeconômica e político-jurídica e os organiza para fins de regulação da conduta humana necessária ao bem comum e, via de consequência, auxilia em grande medida a própria existência e consecução das finalidades comunitárias. Nesse sentido, Finnis realmente advoga que o direito positivo vem completar e aperfeiçoar o direito natural, numa perspectiva que eleva o direito positivo a um patamar superior ao direito natural. Diz o autor que

[...] Tomás realmente afirma que o direito positivo deriva sua validade do direito natural; mas ao mesmíssimo tempo mostra como ele não é uma mera emanção, ou uma cópia, do direito natural, e como o legislador goza de toda a liberdade criativa de um arquiteto. [...] Tomás crê que o direito positivo é necessário por duas razões, das quais uma é a de que o próprio direito natural ‘de alguma forma já existente’ não fornece todas ou mesmo a maioria das soluções para os problemas de coordenação da vida em comunidade (FINNIS, 2006A, p. 39-40).

Outro autor, Pedrosa Nunes, afirma que é pouco provável que Tomás de Aquino tenha, de alguma forma, admitido uma posição secundária do direito natural em relação ao direito

positivo, porquanto tal equivaleria a considerar o acessório (direito positivo) mais perfeito que o principal (direito natural), o que conspira contra a ordem das hierarquias que informa e fundamenta em grande parte o pensamento filosófico-cristão de Aquino. Aliado a isso, é sensível em Tomás de Aquino a derivação da lei positiva em relação à lei natural, tanto a modo de conclusão (*vis directiva*) quanto a modo de determinação (*vis coactiva*), o que obviamente denuncia a natural sujeição do direito positivo ao direito natural.

Assim é que, a modo de conclusão, a lei positiva deve, por exemplo, prescrever que não se deve prejudicar alguém sem relevante razão, sob cominação de indenização (em obediência ao princípio básico do Direito Natural – fazer o bem e evitar o mal); e, a modo de determinação, a lei positiva deve fixar pena proporcionalmente ao delito praticado (em obediência ao princípio do Direito Natural segundo o qual quem peca deve ser punido). O fato do direito positivo completar ou detalhar os princípios do Direito Natural não lhe altera a posição de acessório que naturalmente ocupa no sistema jurídico-religioso tomista (NUNES, 2011, p. 302).

O sistema jurídico-religioso tomista refere-se ao direito positivo sempre como elemento subordinado ao direito natural, não lhe integrando os primeiros preceitos porque inserido em ordem de inferioridade jurídica. Entretanto, o direito positivo ou outro instrumento legislativo congênere tem especial importância e pode oferecer bons resultados práticos. A validade jurídica do direito positivo é derivada de uma conexão racional com o direito natural, e os comandos surgidos dos postulados ético-morais dos primeiros princípios constituem a própria razão de ser do direito positivo, incluindo-se, nessa dimensão, também a forma de produção do direito positivo, e é exatamente por tal motivo que o direito positivo é acessório do direito natural. Nesse sentido,

[...] a validade jurídica (no sentido focal, moral de 'validade jurídica') do direito positivo é derivada de sua conexão racional com o direito natural (isto é, derivada dele), e essa conexão é válida, normalmente, se, e somente se, (i) o direito surge de um modo que é juridicamente válido (no sentido especialmente restrito, puramente jurídico de 'validade jurídica', e (ii) o direito não é materialmente injusto nem em seu conteúdo, nem nas circunstâncias relevantes em que é postulado (FINNIS, 2006A, p. 39).

Talvez a melhor contribuição da concepção de Finnis a respeito da relação entre direito natural e direito positivo esteja exatamente no conferir validade e eficácia jurídicas ao primeiro, despertando os juspositivistas para essa realidade inescapável. Com efeito, se o direito positivo representa, no plano concreto, um instrumental de aplicação dos princípios do direito natural à vida empírica dos homens, está noticiando que ambos possuem validade e eficácia. Em outras palavras, ao regular a conduta humana na comunidade social, o direito positivo exhibe

juridicidade advinda também do direito natural, porque este confere validade ao próprio direito positivo.

Sem dúvida, Finnis confere novo fundamento à validade e à eficácia jurídica do direito natural, partindo da premissa de que ele se revela existente pela manifestação e autoevidência de seus princípios (há uma ordem natural das coisas). Finnis parece refutar as objeções de positivistas, como Herbert Hart, no sentido de que o direito natural seria discutível por absoluta imprecisão, pois a refutação dos positivistas fenece, não em razão da efetiva existência desse direito, já que suas acusações recaem sobre a compreensão dos princípios do direito natural. Assim é a questão dos princípios do direito natural que comporta uma cognição complementar por parte dos positivistas, mas não a cognição consubstanciada na existência do direito natural.

A partir daí, como ressaltado, o direito positivo é o instrumento de que se serve o direito natural para realizar um adequado conhecimento dos seus princípios. Pode-se afirmar que o direito positivo, segundo Finnis, encarrega-se de manifestar, no plano concreto, o que constituem e como se aplicam os princípios do direito natural. Disso resta cristalino que o direito natural não só existe concretamente, mas possui validade e eficácia jurídica próprias, influenciando tanto na produção legislativa quanto na interpretação e aplicação dos diplomas normativos.

#### 4.3 O DIREITO NATURAL COMO INFORMADOR DE UMA CONCEPÇÃO PRÉVIA DE APLICAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DE DIREITO

No pensamento jurídico contemporâneo, a doutrina do direito natural desperta discussões importantes, seja no tocante à sua validade e eficácia como categoria jurídica, seja quanto à sua consideração com fonte hermenêutica. A importância dessas discussões sucede sobretudo de uma justificação da validade do direito a partir da compreensão da justiça, do entendimento do que se acha justo. Nesse panorama, o positivismo jurídico defronta-se com os juízos de validade e com os juízos de valor da norma legal, e sobre eles tenta descobrir uma identidade que se aproxime do justo sem apelar ou necessitar de qualquer incursão jusnaturalista.

O positivismo, como uma das expressões mais significativas do racionalismo jurídico contemporâneo, necessita de um paradigma científico que identifique a ciência do direito como tal, sem, entretanto, descuidar de um mínimo de noção de justiça que o qualifique como um legítimo - e não somente válido - direito. Talvez esse seja o principal dilema do positivismo e da hermenêutica do positivismo, conquanto seja de difícil formulação desvincular um direito

positivo “justo” de doutrinas ou teorias do direito natural, pois, certamente uma doutrina positivista que considere justo o direito pelo só fato de ser um direito “posto”, ou seja, um direito editado pelo legislador humano, não seria adequada ou mesmo aceitável, como afirma Bobbio:

Há uma posição juspositivista extrema que inverte a posição jusnaturalista. Também esta identifica os dois conceitos [validade e valor], mas reduzindo o conceito de valor ao de validade: uma norma jurídica é justa pelo único fato de ser válida (isto é, de provir da autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico para pôr normas). É difícil, porém, encontrar um positivista que conscientemente assumira esta posição extrema (BOBBIO, 2003, p. 137).

Haverá sempre uma norma superior de sensibilidade ético-moral que comandará toda a cadeia de normas, ainda que de forma desapercibida ou esquecida pelos juspositivistas.

O debate juspositivista a respeito da validade jurídico-científica do direito (aqui entendido como direito positivo) sem lhe retirar um mínimo de noção do justo, conduziu muitos à reelaboração do conceito de justiça. Assim é que a justiça passou, fundamentalmente, a ser produto do consenso de uma comunidade ou sociedade a respeito daquilo que, sendo útil ao todo social, seria justo, mas, como tal método poderia referendar práticas espúrias como a escravidão ou a mutilação, caso fossem consenso, o debate juspositivista retorna, inexoravelmente, à necessidade de reconhecimento da existência do direito natural e da sua eficácia jurídica.

Vê-se que o pensamento jurídico contemporâneo ainda busca uma adequada legitimidade do direito positivo, entendido como aquele pensado a partir da norma editada formalmente pelo Estado. É nesse contexto que o modelo racionalista jurídico medieval-tomista reaparece como elemento hermenêutico que pode auxiliar na busca da legitimidade ético-moral do direito positivo e, com isso, construir soluções adequadas para muitos problemas jurídicos da atualidade, e um dos métodos de aferição da justiça, no direito positivo, é a equidade, de inspiração aristotélico-tomista.

Aristóteles desenvolveu uma teoria da equidade (*epieikeia*), que majorou o sentido de justiça, incluindo amizade, misericórdia, configurando algo “superior a um tipo de justiça” (*Ética a Nicômaco*, V, 1137 b35) com a plena realização do igual. Cumpre notar que a justiça estava, inicialmente, no princípio da lei, mas, ao fim do processo de elaboração do direito, a justiça age como um corretivo da lei escrita. Isso ocorre porque a lei positiva, ao encaixar uma justiça flexível em uma regra rígida, afastou-se da sua ideia original. Portanto, na perspectiva da ética das virtudes aristotélica, o juiz, como um intérprete prudente e virtuoso, está autorizado, algumas vezes, a adaptar o texto da lei às circunstâncias e às condições próprias de cada causa em particular.

Como apontado por Gadamer, ao tratar sobre a teoria da equidade aristotélica, o fato de toda lei ser geral e nela não poderem ser encerrados todos os sentidos, necessitando de ajustes na concretude da ação, “fica claro que o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui o seu verdadeiro lugar” (GADAMER, 1999, p. 419).

A projeção do direito natural sobre o direito positivo reduz significativamente a confusão entre direito e lógica das normas, ofuscando as perspectivas axiológicas subjacentes à elaboração e aplicação da própria norma jurídica, pois “a pretensa ‘neutralidade jurídica’ a que perseguem os juristas acaba transformando-se em uma espécie de servidora de uma ideologia dominante sobre o sistema jurídico” (NUNES, 2011, p. 340).

Tomás de Aquino, certamente, não pensava assim a neutralidade do direito, pois sua concepção do direito e da justiça primava pelo concurso da ética, da tópica e da dialética e não só pelo silogismo das normas. Parece claro em Tomás de Aquino a compreensão do direito e da justiça com o concurso de múltiplas disciplinas ou ciências sociais e humanas, com destaque para a filosofia cristã. Nesse aspecto é que elaborou seu sistema jurídico-religioso, onde os padrões racionais ético-morais sobressaem em termos de disseminação do justo, do correto e do bem-estar dos homens.

É nesse panorama que se verifica um ponto de contato para superação de muitos defeitos da cultura jurídica e judiciária do nosso tempo, iniciando-se pela admissão da tradição jurídico-filosófica medieval-tomista como um bom elemento de auxílio à interpretação e aplicação do direito legislado, repensando esse direito legislado como objeto da Justiça e, conseqüentemente, como instrumento do justo racional que prima pelo dar a cada um o que é seu distributiva e comutativamente.

A concepção tomasiana da equidade certamente oferece aos juristas da atualidade uma ideia bem definida das potencialidades de sua missão jurídica e o direcionamento para resolução de inúmeros casos concretos que se apresentam no cotidiano das atividades judiciárias e, especialmente, esta ideia de justo racional derivado da equidade pode ser utilizada quando a norma não é de todo omissa ou lacunosa em relação ao caso concreto, mas, ao mesmo tempo, não exhibe a melhor solução para o caso: se o emprego da equidade, em determinado caso concreto, mostrar-se mais próximo do justo racional (ordem natural das coisas), deverá prevalecer.

Refira-se o ensinamento de Bastit, ao analisar a questão 96, art. 6 da STh, que afirma estar a interpretação a serviço da *epieikeia*, não tendo sentido em si mesma e não conduzindo à exegese, adquirindo sentido somente no caso concreto o qual, sendo duvidoso, necessita de uma

interpretação para verificação da norma passível de aplicação, servindo como recurso à equidade (BASTIT, 2010, p. 143).

As discussões a respeito da equidade reafirmam a questão das imperfeições do direito positivo em si, ao mesmo tempo em que suscitam os preceitos do direito natural como norteadores do positivismo na interpretação e aplicação da norma, retroalimentados pelos princípios da razão prática, em verdadeira espiral de formação de sentido e um dos conceitos tomasianos que vem à tona quando se trata da razão prática, pois auxilia na intenção de demonstrar o direito natural como um parâmetro interpretativo. Nesse caso é o padrão de *prudentia* que “dirige as virtudes morais, não só na escolha dos meios, mas também na predeterminação dos fins” (STh, I-II q. 66 a 3 ad 3) e, enquanto virtude moral, tem por finalidade alcançar o meio termo, este determinado pela reta razão da prudência em Aristóteles. No dizer de Finnis,

[...] o que move a *prudentia* não são as paixões, mas sim o entendimento inderivado a respeito dos primeiros princípios práticos e dos bens inteligíveis a que estes apontam (*Synderesis movent prudentiam*: STh II-II q. 47 a. 6 ad. 3). Além disso, desde que ele assume que virtualmente todos os meios são também fins, a tese aristotélica de nenhuma forma inibe-o de sustentar que a *prudentia* é que guia alguém na identificação de padrões morais (FINNIS, 2006B, p. 54).

Feitos esses apontamentos preliminares, na perspectiva desenvolvida até o momento, pode-se constatar que a proposta de conceito de direito de John Finnis apresenta possibilidades de ser um meio de sustentar a construção do retorno à especificidade do jurídico, notadamente com as ligações entre os princípios da lei natural e uma nova análise da secularização entre o direito e a moral patrocinada pelo positivismo jurídico. Assim, Finnis apresenta as seguintes características em sua formulação sobre o direito:

O Direito refere-se primariamente a regras produzidas, de acordo com regras jurídicas regulativas, por uma autoridade determinada e efetiva para uma comunidade ‘completa’, e apoiada por sanções em conformidade com disposições de instituições julgadoras guiadas por regras, estando esta conjunção de regras e instituições dirigida a resolver razoavelmente qualquer dos problemas de coordenação da comunidade, para o bem comum dessa comunidade, segundo uma maneira e forma em si mesma adaptada a esse bem comum por características como a especificidade, a minimização da arbitrariedade e a manutenção da reciprocidade entre os súditos do Direito, tanto de uns com os outros como em suas relações com as autoridades legítimas (FINNIS, 2006A, p. 351).

A proposta conceitual de Finnis sublinha o caráter normativo do direito, mas permeado pelos bens humanos básicos e pela razoabilidade prática. Tem como meta atingir a comunidade como um todo. Com isso, abriga-se na noção de pessoa e não meramente num sujeito

artificialmente construído pela regra de direito. Além disso, busca resolver de modo razoável as relações e conflitos que surgem no contexto social. Aí se afasta do positivismo jurídico, pois não busca construir uma resposta correta, mas uma resposta razoável. Quer dizer, uma resposta que respeite os contornos específicos de cada caso concreto, respeitando a singularidade da situação, como aquela situação. Na expressão ‘bem comum’, deixa bem clara a sua opção pelos bens humanos básicos, que devem ser o ponto inspirador da construção das regras jurídicas por parte da autoridade competente. A pretensão de John Finnis é justamente apresentar uma linha teórica capaz de explicar “um conjunto de ações, disposições, inter-relações e concepções humanas. [...] e explicá-lo a fim de mostrar como respondem às exigências permanentes da razoabilidade prática relativa a essa ampla área de interações e interesses humanos” (FINNIS, 2006A, p. 353).

O conceito de direito lançado por John Finnis busca destacar o elemento humano e as suas relações como o seu núcleo essencial. É nessa linha que deverá caminhar qualquer tentativa de conceituação e aplicação prática do conceito de direito. Essa construção aponta para duas possibilidades: a) a construção de uma perspectiva jurídica com íntima conexão com a moral; e b) a valorização das contribuições da hermenêutica, especialmente a de cunho filosófico, de origem gadameriana.

John Finnis promove uma conexão entre o direito positivo e o direito natural, esse último entendido como o conjunto dos bens humanos básicos, cuja execução prática se opera mediante o emprego das exigências metodológicas da razoabilidade prática. Isso vem expresso na referência ao conteúdo da lei natural como sendo “o conjunto de princípios da razoabilidade prática dirigidos a ordenar a vida humana e a comunidade humana” (FINNIS, 2006A, p. 273). Para Finnis, os direitos naturais são um sinônimo de direitos humanos. Nessa linha de ideias, a lei natural (ou o direito natural) nada mais é do que um conjunto de aspectos moralmente aceitos e integrados ao direito positivo como seu substrato ético de aceitação e aplicabilidade.

Para mostrar que a sua pretensão não está voltada ao interesse particular, mas ao coletivo, com o respeito à individualidade de cada pessoa, Finnis menciona que a referência à lei natural é um apelo a razões públicas que contemplam comandos universais sobre um consenso acerca do um conjunto ideal de condições voltadas ao atendimento de necessidades humanas.

Trata-se de uma afirmação pública da moral e não meramente o seu enfrentamento individual. É nessa linha que ela se aproxima do direito, que formula regras (textos) gerais, tendo em vista a compreensão/interpretação/aplicação a casos singulares, produzindo a norma. A construção dessa moral pública deverá nortear-se por critérios objetivos, baseados numa

argumentação racional (empregando os princípios da lei natural), para chegar à conclusão que, por tais argumentos, determinada conduta é considerada imoral.

Existe normalmente uma inclinação para reduzir essa fundamentação a critérios meramente subjetivos, quer dizer, a reprovação de uma conduta por parte de uma tradição, de uma maioria legislativa ou do ‘homem médio’. A argumentação trazida por John Finnis pretende destacar subsídios objetivos para o enquadramento das atitudes como moralmente aceitas e concordes com o direito. Tal situação vem demonstrar a impossibilidade da ausência de lacunas defendida pelo positivismo jurídico, pois a lei humana apenas atinge parte das condutas exteriorizadas pelas pessoas. Tal aspecto já era destacado por Tomás de Aquino: “pela lei humana não se proibem todos os vícios, de que se abstém o virtuoso, senão somente os mais graves, do que é possível que se abstenha a maior parte da multidão” (STh. I-II q. 96, a. 2, c). Esse é o desafio que o direito precisa perceber a fim de enfrentar os sempre novos acontecimentos emergentes da sociedade em constante transformação.

Os bens humanos básicos e as exigências da razoabilidade prática fazem com que o direito se aplique a todas as pessoas, mas com o tratamento individualizado a partir dos contornos fáticos específicos de cada situação da vida. Tais aspectos apontam justamente para a inexistência de um direito suprapositivo, ou seja, um direito natural que esteja acima do direito positivo. A proposta de John Finnis não tem essa pretensão, pois ele formula um conjunto de princípios da lei natural que deverão estar presentes na construção do jurídico, mas sem essa consideração hierárquica. Além do mais, pelos aspectos vistos, não se poderia pensar em contemplar toda a riqueza da ação humana na lei positiva, não podendo ser aprisionada dentro do contexto de um texto legal. Existe uma diferença entre o texto (a produção legislativa inicial) e a norma (a interpretação do texto frente ao caso concreto), como se pode ver a seguir:

No começo, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final – se este existe –, entre tecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua ‘aplicação’ no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de ‘aplicação das normas’ (LARENZ, 1997, p. 294).

O trabalho da hermenêutica é muito importante para fazer a aproximação entre o texto e a realidade concreta a fim de produzir uma norma que privilegia as características da situação concreta, ou seja, daquele caso. Assim, fica evidenciado que a lei não poderá previamente resolver todas as situações. Na projeção da fusão de horizontes do intérprete, do texto e da

situação da vida, ocorre o círculo hermenêutico, onde a compreensão vem antecedida pela pré-compreensão. É aí que se construirá a singularidade para a solução daquele caso específico. Com isso, fica demonstrado que a hermenêutica não poderá ser reprodutiva, mas produtiva de novo sentido a cada nova situação. Dessa forma, apresenta-se a construção de uma solução razoável, mediada pela hermenêutica e perpassada pelos princípios da lei natural apresentados por John Finnis.

Nesse conjunto, emerge a importância da consideração da *phronesis*, não apenas preocupada com os meios, mas também com os fins que não estão previamente dados, mas voltada para um agir que seja responsável por embasar meios e fins para a realização do bem humano.

Outro ponto importante a destacar é que uma das características essenciais da hermenêutica filosófica é trabalhar na produção e não na reprodução do entendimento, pois o intérprete não é apenas espectador do círculo hermenêutico e tem seu papel muito bem definido por Kaufmann como o de um “conformador ativo” (KAUFMANN, 1999, p. 99). O intérprete tem uma participação ativa na formação do resultado que emerge do círculo hermenêutico, pois ocorre o que Lamego chama “tensão constitutiva” entre o texto e o sentido que se constrói através da sua aplicação aos casos concretos (LAMEGO, 1990, p. 189).

A distinção entre texto e norma deve estar presente como pressuposto para a necessidade do processo interpretativo. Se a essência normativa pudesse ser totalmente captada no momento de edição da lei positiva, não se vislumbraria a necessidade de buscar mecanismos interpretativos, como os propiciados pela hermenêutica filosófica. Ao mesmo tempo que distintos, texto e norma são inseparáveis, não podendo existir texto sem norma, pois a norma é justamente o resultado hermenêutico do texto no momento da sua aplicação. Assim,

[...] é possível afirmar que a norma (que é produto da atribuição de sentido a um texto) não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’. Ela é, sim, a construção hermenêutica do sentido do texto. Esse texto manifesta-se na síntese hermenêutica da *applicatio* gadameriana (STRECK, 2014, p. 311).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> O conceito de *applicatio* consiste na impossibilidade de cisão que a metafísica clássica faz em relação a três subtilitates (compreender, explicar e aplicar). Para a hermenêutica filosófica, a interpretação (compreensão) não se faz por partes ou por etapas e justamente por isso os métodos sempre chegam tarde demais (STRECK, 2013, p. 76). De modo resumido, Lenio afirma que a interpretação é compreensão. E a compreensão é aplicação. Logo, a “hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (Auslegung); é, agora, produtiva (Sinngabung).” (2013, p. 77) Com Gadamer aprendemos que os sentidos só ex-surgem na *applicatio*, isto é, compreende-se para interpretar, levando em conta que em toda compreensão há a antecipação de sentido (pré-compreensão) que não é controlável pelo querer do intérprete inserido na tradição (faticidade e historicidade), porque o sentido se dá em um *a priori* compartilhado. O que o intérprete faz é explicitar o compreendido (STRECK, 2014, p. 298).

Por tal premissa, é impossível realizar a cisão entre o mundo dos fatos e o mundo do direito, o que, por vezes, é esquecido pela tecnicidade jurídica que leva ao direito o tratamento de simples fato, desconectado com a realidade, enquanto deveria ser tratado como um meio de entendimento e modificação da realidade e, como tal, um possibilitador da aplicação das exigências metodológicas da razoabilidade prática, dando efetivas condições do exercício dos princípios da lei natural.

O texto legal, no mais das vezes, não pode ser considerado como algo pronto, prontamente aplicável, sendo essa a ideologia que sustenta o modelo subsuntivo. Mas, ao contrário, as normas jurídicas representam um arcabouço de proteção cujo significado vai ser completado mediante a atribuição de sentido promovida pelo esforço hermenêutico.

Dentro do processo de aplicação, a contribuição de Finnis é especialmente importante para a formação de uma consciência jurídica que promova os princípios da sua teoria de direito natural, calcada na prática, os quais auxiliam na construção de uma ética da situação, devidamente fundamentada em princípios anteriores, numa forma de concepção prévia deles concretizadora.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema certamente é instigante. A avaliação do direito sobre o prisma eminentemente técnico-jurídico não atende à complexidade das situações a ele subordinadas. Os processos interpretativos são cada vez mais importantes, e a pergunta colocada é sobre a possibilidade de o direito natural trazer o elemento ético e histórico capaz de justificar a existência de uma pré-compreensão que leve à aplicação dos princípios da razoabilidade prática.

A resposta é desenganadamente sim. É possível.

Remontando às primeiras definições do direito natural, foi possível verificar nele o conjunto de parâmetros utilizados para o preenchimento das lacunas da lei legislada. Aqui, destaca-se que a relação entre ambos, direito natural e direito positivo é historicamente intrínseca no que diz respeito à aplicação. A evolução histórica do direito, que passou a ser mais técnico e científico, não pode, por mais que houvesse os que assim intentassem, abandonar critérios supralegis para formação e aplicação das leis.

De modo análogo, a evolução das teorias do direito natural alterou seu foco das ideias metafísicas para estabelecer princípios universais aplicáveis a todos os humanos, acompanhando a formação do Estado moderno menos influenciado pela doutrina eclesiástica. Isso, entretanto, não desmerece, de forma alguma, a influência cristã e a importância decisiva da sistematização promovida por Tomás de Aquino, que demonstrou extrema acuidade em sua divisão das leis, podendo ser utilizado facilmente por qualquer teórico, mesmo com a exclusão de boa parte de sua teologia.

De certa forma, observa-se uma linha de pensamento que poderia facilmente ser caracterizada como “bom senso”. Essa linha perpassa a história, de Platão e Aristóteles, passando por Tomás de Aquino, Suarez, Vitória, Grócio, entre outros, e, após pequeno lapso temporal de abandono (no qual a humanidade viveu sua época mais sombria), ressurgiu com força e adaptada às exigências da sociedade contemporânea. Adaptada? Ou esse modo de pensar, brilhantemente sintetizado por Finnis com o estabelecimento dos bens humanos básicos e dos princípios da razoabilidade prática, é inerente à condição humana desde os primórdios da organização social e, conseqüentemente, da necessidade de estabelecimento de regras de convivência (semente do direito)?

É uma pergunta cuja resposta parece levar à confirmação de que não podemos descuidar de determinados princípios, os quais permitiram a evolução social e estão na base das atividades humanas passíveis de sanção, independentemente se legais, religiosas ou morais.

De toda sorte, o espaço à digressão axiológica da doutrina do direito natural permite sua apreciação no contexto temporal em que se insere e sua mutabilidade derivada da mutabilidade da própria natureza humana (STh. II-II, q. 57, a. 2) não pode ser vista como possibilidade de manipulação ideológica, e sim como meio de consecução da lei natural nele observada.

Além disso, porém, também é correto afirmar sobre essa textura aberta que a influência do elemento humano é inafastável, cabendo ao intérprete a apreensão do sentido que mais lhe pareça adequado. Isso, porém, para evitar dissonâncias inconciliáveis, deve ser feito a partir de regras básicas interiorizadas no ser humano, as quais são bem caracterizadas através dos princípios da razão prática, considerando que eles informam valores para a manutenção dos bens humanos básicos com vistas à possibilidade de convivência em sociedade.

Nesse ínterim, os conceitos de *phronesis e prudentia* devem ser contextualizados, mas são de fácil apreensão, pois são a representação da razoabilidade inerente a condição humana enquanto ser social. Uma razoabilidade advinda, no mais das vezes, da diversidade de situações vivenciadas pelo homem acumulando-se como experiência e auxiliando na tomada das decisões.

No entanto, fica evidente que, colocado desse modo, pode-se sempre argumentar que a ideologia, reino dos *ismos* no dizer de Ricoeur, é quem acaba por definir quais são os princípios da razão prática. Aqui torna-se árido o terreno, pois parece necessitar a admissão de que existem culturas, ideologicamente conformadas, melhores do que outras. Como essa questão mereceria muito mais digressão, tangencia-se essa linha de pensamento assumindo os critérios estabelecidos pela nossa cultura ocidental de matriz judaico-cristã, na qual a doutrina do direito natural pode ser compreendida com mais facilidade. A sua integração com o direito positivo é possível numa relação complementar, inclusive de dação de sentido, o que confirma a hipótese de formação de uma concepção prévia que favoreça a observação de seus princípios estabelecendo um círculo virtuoso de aplicação da norma legal justificada, buscando a consecução da justiça e retroalimentando essa consciência a qual se naturaliza na atividade judiciária.

## REFERENCIAS

- ALBERTUNI, Carlos Alberto. *O conceito de sindérese na moral de Tomás de Aquino*. 2006. Tese (Doutorado em Filosofia) - Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.
- ANSCOMBE, G. E. M. *A filosofia moral moderna*. In: ZINGANO, Marco (Org.). *Sobre a ética nicomaqueia de Aristóteles I*. São Paulo: Odysseus Editora, 2010, p. 19 – 41.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1973 (Coleção Os Pensadores).
- \_\_\_\_\_. *A Política*. São Paulo: Edipro, 1995.
- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição - fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica e meio ambiente: uma proposta de hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. (formato E-Pub).
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito. Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BASTIT, Michel. *Nascimento da lei moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- COMMANDUCI, Paolo. *Formas de (Neo) Constitucionalismo: Um Análisis Metateorico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COSTA, Elcias Ferreira. *A conceituação de direito em Santo Tomás de Aquino*. In: COSTA, Marcos Roberto e BONI, Luis Alberto De (Orgs.) *A ética medieval face os desafios da contemporaneidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Grotius: pré-história da teoria kantiana da virtude*. In: HOBBUS, João (Org.). *Ética das virtudes*. Florianópolis: UFSC, 2011.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoria del derecho en tiempos de constitucionalismo. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006A.

\_\_\_\_\_. *Direito natural em Tomás de Aquino*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006B.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril, 1983.

IRWIN, T. H. Tomás de Aquino, lei natural e eudaimonismo aristotélico. In: KRAUT, Richard. *Aristóteles: a ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUNELLI, Carlos Alberto. *A superação do paradigma racionalista e a possibilidade de inclusão do comando mandamental na sentença condenatória*. Tese (Doutorado em Direito) – Unisinos, São Leopoldo, 2001.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

\_\_\_\_\_. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. São Paulo: EDUSC, 2001.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1986.

MARINHO, Inezil Penna. *O direito natural na idade média e no direito canônico*. Brasília: Instituto de Direito Natural, 1979.

MORRINSON, Wayne. *Filosofia do direito. Dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NUNES, Cláudio Pedrosa. *Uma reflexão conceitual jurídico-cristã da justiça em Tomás de Aquino*. 2011. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Coimbra, Portugal.

PICH, Roberto Hofmeister. *Tomás de Aquino: Ética e virtude*. In HOBBUS, João (Org.). *Ética das virtudes*. Florianópolis: UFSC, 2011.

PLATÃO. *A República* (Coleção os Pensadores). São Paulo: Abril, 1972 e 1992.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. 3.ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

SANGALLI, Idalgo. *A questão da lex naturalis em Tomás de Aquino*. In: BOMBASSARO, Luiz Carlos e PAVIANI, Jayme (Orgs). *Filosofia, lógica e existência*. Caxias do Sul: EDUCS, 1997.

\_\_\_\_\_ ; CARBONARA, Vanderlei, KUIAVA, Evaldo Antônio. *Considerações sobre a aprendizagem da ética a partir de uma leitura hermenêutica da Phronesis Aristotélica*. In: NOVAES, José Luiz Correa e AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *A filosofia e seu ensino: desafios emergentes*. Porto Alegre: Sulina, 2010.

\_\_\_\_\_, STEFANI, Jaqueline. *Direito das gentes e direito de guerra: a controvérsia entre Francisco de Vitória e Juan Ginés de Sepúlveda*. In: *Revista Cultura e Fé*, Porto Alegre, v. 35, p. 29-50, 2012.

SCHIMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2013.

SCHÜÜR, Aline Muriene Eloy. *Da relação entre o direito e a moral nas teorias positivistas e pós-positivistas*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Porto, Portugal

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUAREZ, Francisco. *Las leyes*. Madri: Instituto de Estudios Politicos de Madri, 1967.

TORRES, João Carlos Brum. *Ética, direito e política*. In: TORRES, João Carlos Brum (Org.). *Manual de Ética*. Petrópolis: Vozes, 2014.

VERGIERES, Solange. *Ética e política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1999.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito. Os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YOUNG, Charles. *A justiça em Aristóteles*. In: KRAUT, Richard. *Aristóteles: a ética a Nicômaco*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

## OBRAS CONSULTADAS

ADLER, Mortimer. *Aristóteles para todos: uma introdução simples a um pensamento complexo*. São Paulo: É Realizações, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. In: *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, n. 17, p. 15-56, 2003.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Os conceitos Fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO, Helder Buenos Aires de. *A Phronesis Aristotélica: breve comparação das leituras de Alasdair MacIntyre e Paul Ricouer*. In: *Revista Hypnos*, São Paulo, n. 27, p. 260-283, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *A ideia de bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GARDEIL, Henri-Dominique. *Iniciação à filosofia de São Tomás de Aquino*. São Paulo: Paulus, 2013.

GILSON, Étienne. *A filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GRISEZ, Germain. *O primeiro princípio da razão prática: um comentário à summa theologiae 1-2, questão 94, art. 2*, publicado originalmente em 1965. *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, 179-218, 2007.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidéia: a formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KAUFMANN, Arthur. *Analogia y “naturaleza de la cosa”*: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Bem comum, razoabilidade prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis*. Dissertação (Mestrado em Direito), UFRGS, 2002.
- PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- QUINTO, Riccardo. *Scholastica*. Padova: Polígrafo II, 2001.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- TRIVIÑO, José Luis Pérez. *Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral em el convenio europeo de derechos humanos*. In: *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, nº 17-18, 1995, p. 469-490.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa ômega, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2000.