

TRADUÇÃO

**SOBRE A LINHA DIVISÓRIA ENTRE
A TEORIA DO DIREITO NATURAL E O POSITIVISMO JURÍDICO¹**

BIX, Brian. “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 75 p. 1613–24: 2000.²

*Lucas Miotto*³

Introdução do tradutor

Muito trabalho se tem feito para clarificar a posição defendida pelos positivistas jurídicos. É muito comum confundir a tese central do positivismo com outras teses. Por exemplo, é comum pensar que o positivismo defende que o direito não tem qualquer relação com a moralidade, ou que o positivista defende que o juiz deve se ater a letra fria da lei e não usar considerações morais para fundamentar as suas decisões. No entanto, nenhuma dessas teses é a tese que os positivistas defendem enquanto positivistas. A tese que caracteriza o positivismo jurídico é a de que o critério de validade, ou legalidade do direito, independe de uma avaliação moral, em outras palavras, que para uma norma ser considerada uma norma jurídica ela não precisa passar por um limiar moral. Os teóricos positivistas também afirmam que essa tese é rival à tese defendida pela teoria do direito natural que, segundo eles, defende que uma norma tem de necessariamente passar por uma avaliação moral para contar como válida num dado sistema jurídico.

¹ Tradução recebida em 11/05/13 e aprovada para publicação em 15/06/13.

² Brian Bix ocupa a Cátedra Frederick W. Thomas como professor interdisciplinar de direito e linguagem na University of Minnesota. Possui D.Phil em Direito pelo Balliol College da University of Oxford e J.D. pela Harvard University. É autor de diversos artigos em filosofia do direito e teoria do direito, destacando-se o direito de família e direito contratual. Sua página pessoal pode ser acessada no seguinte link: <http://www.law.umn.edu/facultyprofiles/bixb.html>.

³ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio e graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. O tradutor agradece ao autor por ter permitido a tradução e à © Notre Dame Law Review, University of Notre Dame pela autorização dos direitos de cópia. Quaisquer erros no processo de tradução são de responsabilidade única e exclusivamente do tradutor.

Neste texto, Brian Bix defende a ideia de que os positivistas estão errados ao retratar a controvérsia entre o direito natural e o positivismo dessa forma. Ele argumenta que os próprios defensores do direito natural, como, por exemplo, John Finnis, aceitam a ideia de que é possível haver normas jurídicas imorais e, portanto, não defendem estritamente a tese acerca da validade do direito que os positivistas os atribuem. Ele argumenta que o desacordo relevante entre as teses do direito natural e do positivismo jurídico está situado em outro lugar, nomeadamente na elaboração de teorias acerca do direito. É uma característica das teses do positivismo jurídico defender que é possível fazer uma teoria descritiva e avaliativa do direito, ao passo que os defensores do direito natural pensam que não é possível fazer tal coisa. Alguns detalhes de tal debate são explicados no artigo. No entanto, talvez o ponto mais importante e meritório do artigo não seja explicar tais detalhes, mas deixar mais claro o real ponto de controvérsia entre as duas teorias que são amplamente discutidas na filosofia do direito e, paradoxalmente, tão mal interpretadas pelos próprios filósofos.

SOBRE A LINHA DIVISÓRIA ENTRE A TEORIA DO DIREITO NATURAL E O POSITIVISMO JURÍDICO

Brian Bix

John Finnis tem sido por mais de vinte anos um dos mais proeminentes e importantes patronos e defensores da teoria do direito natural⁴. A teoria do direito natural é uma tradição ampla; dentro dessa ampla tradição Finnis ocupa uma posição um tanto controversa e defensavelmente estranha⁵. A maioria dos estudantes de direito se deparam com a teoria do direito natural, não com a sua forma usual como um modo centenário de pensar sobre a moralidade, a teologia e a política, mas contrariamente à sua aparência mais modesta e moderna enquanto uma teoria que compete com o positivismo jurídico pela correta descrição

⁴ Veja John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (1980).

⁵ Veja, por exemplo, Russell Hittinger, *A Critique of the New Natural Law Theory* (1987) (Crítica a abordagem ao direito natural desenvolvida por Germain Grisez e Finnis a partir da perspectiva do direito natural Tomista tradicional); Russell Hittinger, *Varieties of Minimalist Natural Law Theory*, 34 Am. J. Juris. 133 (1989) (O mesmo).

e análise do direito⁶. Enquanto esse ingresso na teoria do direito natural pode servir somente para atrair certas confusões sobre o projeto mais amplo do direito natural, a contínua proeminência dessa perspectiva nas escolas de direito e nas revistas de direito – vendo o direito natural principalmente como um oponente do positivismo jurídico – exige que nós não ignoremos esse “debate”. Certamente Finnis não ignorou o “debate”; ao contrário, seu trabalho ofereceu muitas maneiras provocativas de repensar e reformular as linhas de batalha. Este artigo considera os pontos de acordo e desacordo entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico com particular ênfase nos pontos de vista de Finnis sobre o “debate” e suas contribuições a ele.

A parte I considera algumas dificuldades metodológicas iniciais com a investigação. A parte II considera a compreensão convencional das linhas fronteiriças entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico, observando quantos escritores recentes, incluindo Finnis, concluíram que as duas escolas de pensamento podem ser, ao menos nessas questões, compatíveis. A parte III segue a direção do trabalho mais recente de Finnis e procura por diferenças significantes de perspectiva em outro lugar, num debate potencial sobre o valor básico ou viabilidade da empreitada do positivismo jurídico.

I- Perigos de Discutir Escolas de Pensamento

Há uma preocupação preliminar. Joseph Raz descreveu os perigos em falar sobre os pontos de vista de uma escola de pensamento particular:

[U]ma das tendências desestimulantes das filosofias do direito e política contemporânea [é quando um comentador] não discute as ideias de ninguém, mas uma família de ideias. Isso permite que alguém construa o seu alvo selecionando características de uma variedade de autores de modo que a descrição combinada não é de fato a ideia de qualquer pessoa, e todos os citados como adeptos a ela discordariam dela⁷.

⁶ Para uma visão geral da teoria do direito natural e o lugar do direito natural na teoria do direito dentro de um contexto mais amplo, veja Brian Bix, *Natural Law Theory: The Modern Tradition*, em *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Jules Coleman & Scott Shapiro eds., 2002). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=199928>.

⁷ Joseph Raz, *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment*, 4 *Legal Theory* 1, 1 (1998).

Os perigos devem dobrar quando alguém está comparando *duas* escolas de pensamento diferentes, aqui a teoria do direito natural e o positivismo jurídico. Contudo a maioria dos acadêmicos persiste em falar sobre “escolas de pensamento” ou “movimentos”, em parte porque nós somos atraídos a fazê-lo pelos próprios teóricos, muitos dos quais amplamente proclamam as suas afiliações (e também ao grupo, ou grupo de proposições, às quais suas críticas são direcionadas), e em parte porque a vida se torna muito complicada se alguém não puder discutir as posições individuais como uma instância de um grupo maior. O truque é tentar ter certeza que o grupo que alguém está descrevendo não é somente o “espantalho” sobre o qual Raz nos alerta – que há ao menos um teórico principal disposto a confirmar todas as ideias atribuídas à categoria descrita. Este artigo se referirá ao “positivismo jurídico” e à “teoria do direito natural” como escolas de pensamento, mas tentará fazê-lo de uma maneira que respeite a diversidade dentro desses títulos e não crie no nome desses grupos uma posição ficcional, fraca e híbrida a qual nenhum teórico do direito existente ou passado de fato iria defender.

II – A Visão Convencional da Linha Fronteiriça

Para resumir, de forma breve e um pouco grosseira, a teoria do direito natural considera as conexões entre o universo, a natureza humana e a moralidade, normalmente derivando a última de alguma combinação das duas primeiras⁸. A posição majoritária dentro da tradição do direito natural parece ser a de que as verdades morais devem ser derivadas de verdades acerca da natureza humana. Uma posição minoritária na tradição, representada por, entre outros, Finnis, Germain Grisez e Robert George, é a de que as verdades morais devem ser descobertas ou derivadas por outros modos (apesar de essas verdades estarem conectadas com as verdades acerca da natureza humana, elas não são derivadas dessas verdades)⁹. A diferença pode ser crucial para aqueles que tentam evitar a alegada derivação imprópria de um

⁸ Veja, por exemplo, Yves R. Simon, *The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections* 41-66 (Vulkan Kuic ed., 1965); Lloyd L. Weinreb, *Natural Law and Justice* 1-2 (1987) (discute as conexões entre natureza, direito e moralidade na teoria do direito natural clássica); Bix, nota 6 *supra*, em 1-18.

⁹ Veja Robert P. George, *In Defense of Natural Law* 83-87 (1999) (resume a disputa).

“dever” de um “ser”¹⁰. As discussões da teoria do direito natural sobre a lei positiva humana tende a focar nas obrigações morais: quais leis um (bom) legislador deve aprovar, e quando um (bom) cidadão tem a obrigação moral de obedecer ao direito¹¹.

O positivismo jurídico é a crença de que é tanto sustentável como valioso propor uma teoria do direito puramente conceitual/ou puramente descritiva¹², na qual a análise do direito é mantida estritamente separada da sua valoração¹³. O positivismo jurídico moderno se desenvolveu como uma reação a certas versões (menos sofisticadas) das teorias do direito natural. John Austin estava reagindo a algumas referências grosseiras ao direito natural no trabalho de Sir William Blackstone quando escreveu o que talvez se tornasse o resumo mais frequentemente citado do “dogma” do positivismo jurídico:

A existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra. Se algo é ou não é, é uma indagação; se algo é ou não é compatível com um padrão assumido, é uma indagação distinta. Uma lei que presentemente existe, é uma lei, ainda que ocorra de não gostarmos dela, ou ainda que ela varie do texto, pelo qual nós regulamos a nossa aprovação ou desaprovação¹⁴.

Num ensaio recente e provocativo, Finnis concedeu que *há* algumas verdades fundamentais no positivismo jurídico, mas a maioria delas foi articulada, ao menos numa forma preliminar, por um teórico mais bem conhecido pelo seu desenvolvimento da teoria do

¹⁰ Veja Finnis, nota 4 *supra*, em 33-36 (responde ao desafio “ser/dever”).

¹¹ Veja, por exemplo, Santo Tomás de Aquino, *The Treatise on Law* (R.J. Henle ed. & trad., 1993) (oferece uma tradução das seções da *Summa Theologiae* que discute o direito); Finnis, nota 4 *supra*, em 260-96.

¹² Alguns autores dentro do positivismo jurídico enxergam as teorias do direito (compatíveis com essa abordagem) como conceituais e avalorativas, mas *não* descritivas (no sentido mais restrito do termo). Um exemplo proeminente é Joseph Raz: “Já que o direito pertence à plataforma [de tomada de decisão prática] do executivo, ele pode ser identificado sem o recurso a argumentos morais, os quais pertencem por definição à plataforma deliberativa. A doutrina da natureza do direito permite um teste para identificar o direito cujo uso não requer qualquer recurso a argumentos morais ou a quaisquer outros argumentos valorativos. Mas não se segue que alguém pode defender a própria doutrina da natureza do direito sem o uso de argumentos valorativos (apesar de não necessariamente morais). A sua justificação está atrelada a um juízo valorativo acerca da importância relativa de várias características de organizações sociais, e elas refletem os nossos interesses e preocupações morais e intelectuais” [Joseph Raz, *Ethics In The Public Domain: Essays In the Morality of Law and Politics* 209 (1994); veja também Joseph Raz, *Two views of The Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison*, 4 *Legal Theory* 249, 267-68 (1998) (Resume o desacordo de Raz com H.L.A. Hart a respeito de se a teoria positivista jurídica de Hart é descritiva ou valorativa. Veja ainda H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª. ed. 1994, p. 239: “Meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria que seja geral e descritiva sobre o que o direito é”).

¹³ Veja Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context* 31-49 (2d ed. 1999) (discute o positivismo jurídico de Hart); *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Robert P. George ed., 1996) [daqui em diante: *The Autonomy of Law*]; Jules Coleman & Brian Leiter, *Legal Positivism*, em *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 241 (Dennis Patterson ed., 1996).

¹⁴ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* 157 (Wilfrid E. Rumble ed., Cambridge Univ. Press 1995) (1832). A citação de Blackstone a qual Austin estava respondendo aparece em William Blackstone, *Commentaries on The Laws of England* 41 (University of Chicago Press 1979) (1765). Para uma discussão compreensiva sobre as ideias de direito natural de Blackstone, veja J.M. Finnis, *Blackstone's Theoretical Intentions*, 12 *Nat. L.F.* 163 (1967).

direito natural: Tomás de Aquino¹⁵. Finnis atribui a Aquino o avanço “de tomar o direito positivo humano como uma matéria de consideração em seu próprio mérito (e em seu próprio nome), um tópico prontamente identificável e identificado *previamente* a qualquer questão sobre a sua relação com a moralidade”¹⁶. Para Finnis, assim como para Aquino, o direito positivo tem um papel dentro do pensamento moral e da prática moral. O direito positivo (ao menos o direito positivo *moderadamente justo*) desempenha um papel crucial em alcançar bens comuns/sociais que exigem o emprego do poder estatal (por exemplo, sanções para comportamentos criminosos) ou a coordenação da ação cidadã¹⁷.

Parece haver um sentido no qual (um importante e bem trabalhado ramo da) teoria do direito natural e o positivismo jurídico são compatíveis, no sentido em que a posição de alguém sobre a primeira não determina a sua posição sobre o segundo. Se o que torna alguém um teórico do direito natural é a aderência a um certo tipo de realismo metafísico acerca da moralidade¹⁸ - os teóricos do direito natural parecem concordar que o realismo moral é uma componente importante da tradição, mas discordar sobre o âmbito para o qual a tradição exige outros comprometimentos significativos¹⁹ - essa crença metaética (realismo moral) parece ser consistente com uma variedade de concepções acerca da conexão (conceitual) entre o direito e a moralidade.

Similarmente, se (1) a teoria do direito natural se reduzir à alegação de que há verdades morais objetivas, e de que essas verdades devem ser usadas para avaliar as nossas instituições jurídicas e políticas, bem como as nossas escolhas individuais, e (2) o positivismo jurídico se reduzir à alegação de que há uma possibilidade e importância em uma teoria do direito descritiva ou conceitual isolada de qualquer avaliação dos méritos (morais), então não

¹⁵ Veja John Finnis, *The Truth in Legal Positivism*, em *The Autonomy of Law*, nota 13 *supra*, p.195, 195.

¹⁶ *Idem* p. 204.

¹⁷ Veja, por exemplo, Finnis nota 1 *supra*, p. 260-64 (discute o direito penal); John Finnis, *The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory*, 1 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 115, 117-21 (1984) (o mesmo); John M. Finnis, *Law as Co-ordination*, 2 Ratio Juris 97, 101-03 (1989) (discute a importância do direito para a coordenação social).

¹⁸ “Realismo Moral” tem sido definido como “[a] ideia de que as crenças e os juízos morais podem ser verdadeiros ou falsos, que existem propriedades morais às quais os agentes morais estão atentos ou não, sensíveis ou insensíveis, que os valores morais são descobertos, e não criados pela vontade, nem constituídos por reações emocionais.” R.W. Hepburn, *Moral Realism*, em *The Oxford Companion to Philosophy*, 596 (Ted Honderich ed., 1995).

¹⁹ Compare John Finnis, *Natural Law*, em 6 *Routledge Encyclopedia of Philosophy* 685 (1998) (ênfatisando o realismo moral), com Hittinger, nota 2 *supra*, p. 8 (nega que Finnis está dentro da tradição de direito natural, pois a sua teoria não concebe a “natureza como, de alguma forma, normativa), e Weinreb, nota 8 *supra*, p. 97 (igualava o direito natural com uma abordagem objetiva da moralidade *que seja baseada ontologicamente*).

parece que haveria razão para alguém não poder sustentar ou defender ambas. De fato, um número de positivistas jurídicos e de teóricos do direito natural proeminentes alegaram isso uma vez ou outra²⁰. Alguém pode achar teóricos que sugerem que o positivismo jurídico acarreta ideias contrárias às do direito natural sobre a existência de verdades morais (objetivas)²¹, mas tais teóricos são claramente a minoria.

III – A Ideia de Finnis sobre a Linha Fronteiriça

Os grande positivistas jurídicos – seja John Austin respondendo ao Sir William Blackstone²², H.L.A. Hart no seu debate com Lon Fuller²³, ou Hans Kelsen avançando uma teoria “pura” do direito²⁴ - viram-se a si mesmos como reagindo contra a teoria do direito natural. Estavam eles errados? Estavam todos os comentadores que escreveram sobre o “debate” entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico iludidos ao imaginar desacordos onde de fato não havia quaisquer desacordos para se achar, muito menos para debater²⁵?

Pode ser que as linhas fronteiriças e as linhas de batalha entre o positismo jurídico e a teoria do direito natural devam ser traçadas em um lugar distinto do que é pensado

²⁰ Veja Michael S. Moore, *Law as a Functional Kind*, em *Natural Law Theory: Contemporary Essays* 188, 192 (Robert P. George ed., 1992) [daqui em diante *Natural Law Theory*].

²¹ Veja, por exemplo, H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* 10 (1983) (descreve a teoria do direito natural de Finnis como sendo “em muitos aspectos complementar, ao invés de rival à teoria positivista jurídica”); Neil MacCormick, *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, em *Natural Law Theory*, nota 20 *supra*, p. 105, 109 (descreve as convergências do positivismo jurídico moderno e a teoria do direito natural de Finnis); Joseph Raz, *The Morality of Obedience*, 83 Mich. L. Ver. 732, 739 (1985) (resenha de livro) (alega que “é um erro pensar que as tradições do positivismo jurídico e do direito natural são inerentemente incompatíveis”).

²² Veja, por exemplo, Alf Ross, *Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law*, em *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* 147, 148-49 (Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson eds., 1998).

²³ Veja Austin, nota *supra* 11, p. 157-59; Blackstone, nota 14 *supra*.

²⁴ Veja Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958); H.L.A. Hart, *Positivism and The Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).

²⁵ Veja Hans Kelsen, *Introduction To The Problems of Legal Theory* 7-8 (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson trad., 1992) (define a “Teoria Pura do Direito”); Hans Kelsen, *The Idea of Natural Law*, em *Essays in Legal and Moral Philosophy* 27-60 (trad. Peter Heath, 1973) (contrasta o positivismo jurídico com a teoria do direito natural).

convencionalmente. Num texto antigo e clássico, Finnis sugere um lugar para realocar o debate: nos pequenos e aparentemente insignificantes detalhes sobre a elaboração de teorias²⁶.

Finnis sugere uma modificação no argumento inicialmente apresentado pelo positivista jurídico H.L.A.Hart. Hart tinha oferecido um importante desenvolvimento especificamente do positivismo jurídico, e da teoria do direito em geral, quando ele argumentou que as teorias do direito deveriam levar em conta, e de fato serem elaboradas em torno, da perspectiva de um participante do sistema jurídico – ser fundamentada sobre o significado que os aspectos do sistema têm para esses participantes, em oposição a considerar uma perspectiva quase científica de alguém de fora²⁷.

Finnis concorda com a importância de construir uma teoria em volta de um ponto de vista interno, mas ele sugere reparos no ponto de vista selecionado por Hart. Hart usa o ponto de vista do participante que “aceita” o sistema jurídico, no sentido de usar as regras jurídicas como o critério para guiar e avaliar o seu próprio comportamento e o comportamento dos outros²⁸, mas Hart assumiu uma concepção ampla da natureza e dos motivos de tal “aceitação”²⁹. Finnis sugere que esse ponto de vista central seja restringido ao participante (1) que esteja seguindo o direito *em virtude de* (e, portanto, somente quando) o direito impor (presumidas) obrigações morais de obediência e (2) cujo juízo dessas questões morais sutis seja bom³⁰.

A mudança proposta por Finnis à abordagem de Hart pode parecer pequena, mas é uma mudança teórica significativa. Pois na versão de Hart o teórico não oferece quaisquer juízos ou avaliações da importância moral da prática (ou dos participantes); o teórico está

²⁶ Como o restante deste artigo indica, eu penso que há um debate real entre o positivismo jurídico e a teoria do direito natural. Ao mesmo tempo, alguém pode razoavelmente concluir que alguns positivistas jurídicos tiveram uma percepção enganosa do debate, baseada em uma visão caricata do direito natural (caricaturas que podem ter sido encorajadas pelos menos hábeis expoentes dessa concepção, veja, por exemplo, Blackstone, nota 14 *supra*).

²⁷ Veja Finnis, nota 4 *supra*, p. 3-18.

²⁸ Veja Hart, nota 12 *supra*, p. 55-58, 82-99 (ênfatisa a importância de uma perspectiva interna ao analisar hábitos, regras e o direito); veja também Brian Bix, *H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory*, 52 SMU L. Ver. 167 (1999).

²⁹ Veja Hart, nota 12 *supra*, p. 98.

³⁰ Veja *idem* p.203 (“[A] fidelidade deles ao sistema pode ser baseada em muitas considerações diferentes: cálculos de interesses de longo prazo, interesses não interesseiros nos outros; uma atitude não refletida inerente ou uma atitude tradicional; ou o mero desejo de fazer aquilo que os outros fazem”).

meramente descrevendo. Em contraste, na versão de Finnis a elaboração de teorias exige a avaliação moral. A linha sendo cruzada é uma separando o direito e a moralidade³¹.

Esse pequeno detalhe de elaboração teórica nos retorna àquilo que nós devemos agora tratar como o problema central: se o direito positivo pode ser proveitosamente estudado separadamente de considerações morais. A resposta de Finnis está no lado negativo:

Apesar de o direito humano ser um artefato ou artifício, e não uma conclusão de premissas morais, tanto a sua positivação e o reconhecimento de sua positividade (por juízes, profissionais, cidadãos, e portanto por estudiosos críticos e descritivos) não pode ser compreendida sem a referência aos princípios morais que fundamentam e confirmam a sua autoridade ou desafiam a sua aspiração³².

Quando Finnis escreve que o direito positivo “não... é uma conclusão de premissas morais” a ênfase deve recair sobre o termo “é”. Finnis, seguindo Aquino, argumenta que o legislador moral irá discernir quais leis promulgar em grande medida pela dedução ou derivação da moralidade (“direito natural”); em outras palavras, a moralidade é importante ao determinar o que o direito positivo *deve ser*³³. Entretanto, essa é de longe uma alegação diferente de dizer que alguém poderia usar a moralidade para determinar ou descrever o que o direito positivo de um sistema jurídico específico *efetivamente é*.

Os positivistas jurídicos normalmente apresentam o seu dogma sobre a separação do direito e da moralidade em termos da separação entre a atribuição da legalidade ou da validade jurídica da avaliação do valor moral (das regras jurídicas ou do sistema jurídico)³⁴. Essa ideia do positivismo jurídico, e da sua diferença em relação à teoria do direito natural, está conectada a uma equiparação (em grande parte por não-defensores do direito natural) da

³¹ Veja Finnis nota 1 *supra* p. 9-15; veja também John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* 257-58 (1998). Nesse texto, Finnis diz: “Alguém ‘internaliza’ o direito quando voluntariamente, prontamente, rapidamente – e não meramente por vias de motivações ‘extrínsecas’ de medo da punição, ou esperança de recompensa – obedece às suas exigências, não só de acordo com a letra da lei, mas primariamente de acordo com a intenção e o planejamento do bem comum do legislador. Tais estados de coisas são o caso central do direito, pois eles instanciam quase completamente a noção fundamental de direito: um mandamento da *razão*, por meio do qual os juízos práticos racionais e de fato conscienciosos e razoáveis acerca das necessidades do bem comum público de uma comunidade completa, feitos e publicados pelos legisladores, são compreendidos e adotados por cidadãos como o *imperium* da sua própria razão prática e vontade autônoma e individual. *Idem* (Citações omitidas).

³² Veja Bix, nota 28 *supra*, p. 184-86.

³³ Finnis nota 31 *supra*, p. 266-72; Finnis, nota 1 *supra*, p.281-90; Finnis, nota 15 *supra*, p. 196-203.

³⁴ Veja, por exemplo, Hart, nota 21 *supra*, p.55: “O que tanto Bentham quanto Austin estavam ansiosos para dizer eram as seguintes duas coisas simples: primeiro, na ausência de uma regra constitucional ou legal expressa, não poderia se seguir do mero fato de que uma regra violou os padrões da moralidade que ela não era uma regra do direito; e contrariamente, não poderia se seguir do mero fato de que uma regra era moralmente desejável que ela era uma regra do direito”. *Idem*; também o texto acompanhando a nota 14 *supra*.

teoria do direito natural com a frase “*lex iniusta non est lex*”³⁵ – “uma lei injusta não é uma lei”³⁶. Finnis quer transformar as nossas discussões sobre o positivismo e a separação do direito e a moral. Ele argumenta que os teóricos do direito natural nunca negaram a disjunção entre o direito *positivo* e o mérito moral e que a “*lex iniusta*”, propriamente entendida, nunca sustentou o contrário³⁷.

Finnis frisaria que o aspecto mais importante da separação entre o direito e a moralidade está na separação entre a *teoria do direito* e a avaliação moral. O problema que o positivismo jurídico levanta, como observado anteriormente, é se uma teoria do direito puramente conceitual ou descritiva é tanto sustentável como valorosa³⁸. O desafio inicial de pequena escala em relação à melhor maneira de elaborar a “perspectiva interna” de um sistema jurídico pode ser mais bem visto como um desafio à posição positivista jurídica nesse sentido. Se uma teoria não avalia moralmente a sua perspectiva interna é marcadamente inferior a uma teoria que o faz, então a abordagem avaliativa do direito pode ser possível, mas é de pouco valor.

A resposta positivista jurídica à crítica moralmente centrada tem frequentemente sido a de defender a importância da perspectiva objetiva ou científica (social). Em resposta a outro crítico proeminente do positivismo jurídico, Ronald Dworkin, Hart apresenta o seguinte argumento:

[H]á uma necessidade permanente de uma forma de teoria do direito ou jurisprudência que é descritiva e tem âmbito geral, perspectiva esta que não é aquela do juiz decidindo “o que é o direito”, isto é, o que o direito exige em casos particulares... mas é aquela de um observador externo de uma forma de instituição

³⁵ Veja, por exemplo, MacCormick, nota 21 *supra*, p.106 (“Por muito tempo, a imagem jurisprudencial principal da teoria do direito natural apresenta-o como sendo definido pela tese de que as leis injustas são necessariamente não-leis”). (Dizer que “leis injustas são necessariamente não-leis” não é equivalente a dizer que “leis injustas não são necessariamente leis”. N.T.).

³⁶ A expressão é verdadeira, e de fato um tanto banal, quando compreendida como dizendo que as leis injustas não são leis “no sentido completo,” no que elas não criam obrigações morais de obedecê-las do mesmo modo que as leis justas o fazem. *Veja* Bix, nota 13 *supra*, p. 64-66; Finnis, nota 4 *supra*, p. 363-66; Norman Kretzmann, *Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas’ Court of Conscience*, 33 Am. J. Juris. 99 (1988).

³⁷ Veja Finnis, nota 4 *supra*, p.363-66 (discute *lex iniusta*); Finnis nota 15 *supra*, p. 203-04 (aceita a disjunção entre a validade jurídica e a avaliação moral).

³⁸ A expressão “tanto sustentável como valorosa” tem a intenção de responder à possível ideia de que uma teoria sem uma significativa avaliação moral pode ser possível, mas seria uma teoria de pouco valor, significativamente inferior às teorias que possuem tal conteúdo moral.

social com aspecto normativo, a qual na sua recorrência em diferentes sociedades e períodos exhibe muitas características comuns de forma, estrutura e conteúdo³⁹.

O ponto de Hart é que a análise moral dentro e sobre o direito pode ser útil e importante, mas tal importância não nega o valor de olhar o direito do ponto de vista da ciência social.

Entretanto, é importante observar que enquanto Dworkin pode negar que o valor de uma abordagem da ciência social ou da teoria social para o direito⁴⁰, parece claro que Finnis não se opõe a tal abordagem. Ele deixou claro em um número de vezes que a “ciência social descritiva do direito⁴¹, derivada em parte de Max Weber e Aristóteles, facilita uma discussão clara sobre a natureza do direito⁴². A reclamação de Finnis contra Hart (e outros positivistas jurídicos) não é que alguém não deve empreender uma teoria geral social do direito, mas contrariamente que alguém não deve esperar que tal teoria seja avaliativa.

A ideia de Finnis é que o direito deve ser entendido em conexão com o ideal (moral) com o qual ele aspira e com a função (moral) que pretende desempenhar⁴³. Alguém não pode entender completamente uma atividade fornecedora de razões a menos que entenda o que tornaria algo em uma *boa razão* para agir⁴⁴. Essa abordagem ao direito pode ser compreendida

³⁹ H.L.A. Hart, *Comment*, em *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A.Hart* 35,36 (Ruth Gavison ed., 1987).

⁴⁰ Hart indica que, “Nos seus livros, Dworkin parece descartar a teoria geral e descritiva do direito por ser mal orientada, ou na melhor das hipóteses simplesmente inútil. Hart, nota 12 *supra*, p. 242.

⁴¹ Finnis, nota 4 *supra*, p. 3.

⁴² Veja *idem*, p. 3-19; John M. Finnis, *Problems of Philosophy of Law*, em *Oxford Companion To Philosophy* 468, 469 (Ted Honderich ed., 1995).

⁴³ Finnis formula o argumento do seguinte modo: “Porém, não pode a análise descritiva do caráter do direito enquanto um instrumento proceder sem avaliar os diversos propósitos e usos aos quais o instrumento é empregado? Não parece. Pois, o teor característico do direito como obrigatório e autoritário, assim como seu teor de estipular procedimentos apropriados e exigir julgamentos justos baseados na verdade, propõe ele mesmo uma avaliação e crítica às condições sociais alternativas (anarquia, dominação arbitrária). Como, então, pode haver uma adequada compreensão interna ou análise do que caracteriza os diversos sistemas jurídicos – uma explicação que mostre por que o direito merece um lugar em qualquer explicação geral verdadeira da vida social humana – sem a compreensão dos modos pelos quais as características do direito manifestam elas mesmas (mesmo quando injustamente manipuladas) uma avaliação crítica, e uma resposta construtiva afirmadora de valores, aos tipos de injustiça ou outras lesões ao bem humano que são intrínsecos à todo tipo de ilegalidade?” [Finnis, nota 40 *supra*, p.469. Nesse lugar, a concepção de Finnis converge com aquela de Lon Fuller. Veja, por exemplo, Lon. L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* 41 (1940) (nota “o perigo de tentar lidar com entidades conceituais [na jurisprudência e na teoria política] sem a referência aos fins que aos quais elas pretendem servir”); veja também, Bix nota 3 *supra*, p. 22-31 (discute a teoria de Fuller). Um ponto similar é reconhecido por Neil MacCormick. Veja MacCormick, nota 21 *supra*, p. 110-18 (discute “a aspiração moral essencial de prover leis”)].

⁴⁴ Lon Fuller, no contexto de discussão do último tratamento de ações maléficas validadas pelo direito nazista, escreveu que “o dilema como aquele de alcançar as exigências da ordem, de um lado, e aquelas da boa ordem, de outro lado.” Veja Fuller, nota 24 *supra* p. 657. Dos outros escritos de Fuller parece claro que ele poderia

como teleológica, ao menos em um sentido amplo ou metafórico do termo⁴⁵. Ao estimular essa abordagem ao direito, Finnis está bem dentro tanto da tendência clássica quanto da moderna das versões da teoria do direito natural, onde essa abordagem aspirativa ou teleológica (da moralidade e/ou do direito positivo) seria o filamento que conecta as figuras mais velhas como Cicero⁴⁶ e Aquino⁴⁷ com a variedade de perspectivas modernas, incluindo aquelas de Russell Hittinger⁴⁸, Fuller⁴⁹ e Finnis⁵⁰.

Esse é o lugar, creio eu, onde a discussão entre o positivismo jurídico e a teoria do direito natural pode ser finalmente unida⁵¹, contudo eu temo que as linhas de batalha nunca serão completamente claras. Pode alguém aderir completamente à ideia de Raz de que a elaboração de teorias é valorativa, mas amoral⁵²? Ou considere outra posição que Raz defendeu: que é central à natureza do direito que os sistemas jurídicos pretendem ser autoridades (legítimas), apesar de no mundo real poucos (se é que algum) foi bem sucedido⁵³. Podemos nós elaborar uma teoria em torno do esforço *em ser* uma autoridade legítima sem elaborá-la por meio de uma análise moral daquilo que seria considerado como uma autoridade legítima (e o que deveria se seguir quando os sistemas jurídicos faltam ao cumprimento desse padrão)?

Em parte, essas questões irão depender daquilo que os próprios teóricos do direito imaginam estar fazendo. A posição do direito natural parece relativamente direta. O problema

adicionar que é difícil compreender a ideia de “ordem” sem ter uma clara noção do que é a “boa ordem”. Veja em geral Kenneth I. Winston, *The Ideal Element in a Definition of Law*, 5 *Law & Phil.* 89 (1986) (discute a abordagem de Fuller ao direito).

⁴⁵ Sobre o uso de explicações teleológicas, veja em geral Larry Wright, *Teleological Explanations* (1976). Nem todas as explicações teleológicas são morais. Por exemplo, pode bem ser o caso de alguém que não entenda adequadamente um jogo a menos que alguém entenda os objetivos dos jogadores, mas (para a maioria dos jogos) esses objetivos não têm estatuto ou natureza moral. A alegação de Finnis não é meramente a de que o direito tem um objetivo ou uma aspiração particular, mas também que esse objetivo ou aspiração é moral.

⁴⁶ Veja Cicero, *The Republic* livro 3, p. xxii. 33, em *De Republica, De Legibus* (T.E. Page et al. Eds. & Clinton Walker Keyes trad., 1928) [daqui para frente *De Republica*]; Cicero, *The Laws* livro II, p. v. 11-12, em *De Republica, supra*.

⁴⁷ Veja Aquino, nota 11 *supra*.

⁴⁸ Veja Hittinger, nota 5 *supra*.

⁴⁹ Veja Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (ed. rev. 1968).

⁵⁰ Para uma discussão mais detalhada dessa conexão, veja Bix, nota 6 *supra*.

⁵¹ Para ser mais claro, pode haver outras maneiras de alegar que a moralidade ou a avaliação moral é central para compreender o direito ou para se fazer teoria do direito, e, portanto, há outras formas de desafios do direito natural ao positivismo jurídico. Veja Brian Bix, *Natural Law Theory*, em *Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* 223, 234-37 (ed. Dennis Patterson, 1996).

⁵² Veja nota 12 *supra*.

⁵³ Veja Raz nota 12 *supra*, p. 215-216. Raz segue adiante para derivar aspectos importantes da sua teoria do direito dessa afirmação. Veja *idem*, p. 216-20.

central é como viver uma vida, e a presença ou a ausência do direito e a presença ou a ausência do *bom* direito naturalmente afetarão tais investigações. O sociólogo e o historiador também podem ter noções razoavelmente claras dos seus projetos, e cada um deles pode ter uma ideia clara e justificada de por que a avaliação moral não tem qualquer parte nos seus recolhimentos científicos (ou quase-científicos) de dados⁵⁴. Entretanto, o positivista jurídico sempre alegou estar fazendo mais do que o recolhimento de dados, enquanto fazia algo diferente do que dizer às pessoas como viver. Não obstante, os positivistas jurídicos por vezes não foram tão claros, ou tão acessíveis quanto eles poderiam ser acerca da natureza exata e do estatuto das suas alegações⁵⁵. Quando os teóricos são claros, uma pessoa pode ver o quão diferente as teorias positivistas são, não unicamente das teorias do direito natural, mas também umas das outras. Por exemplo, o positivismo jurídico de Raz ofereceu uma análise conceitual do (nosso) conceito, “direito”⁵⁶. Contrariamente, o positivismo jurídico de Kelsen é um esforço neo-Kantiano de mostrar o que se segue do fato de as pessoas pensarem de fato de um determinado modo: jurídico-normativamente⁵⁷. Pode ser que esses tipos de projetos e outros dentro do campo do positivismo jurídico não precisam arrumar lugar para a teleologia moral.

Conclusão

Geralmente costumava-se acreditar que o desacordo entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico era acerca da validade jurídica ou moral de atos oficiais injustos. Os teóricos contemporâneos em ambos os campos têm mostrado que esse tópico é de fato um campo no qual o acordo, ao invés do desacordo, predomina. Finnis tem sido ativo nessa

⁵⁴ Estou ciente que mesmo aqui teóricos hermenêuticos e outros argumentaram contra uma abordagem da história e das ciências sociais puramente descritivas ou, de outro modo, livre de valores. Veja, por exemplo, Peter Winch, *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy* (1958) (argumenta a favor de uma abordagem hermenêutica para a teoria social).

⁵⁵ Eu considere alguns desses problemas detalhadamente em outro lugar. Veja Bix, nota 13 *supra*, p. 9-28 (discute problemas em relação à questões conceituais e jurisprudência); Brian Bix, *On Description and Legal Reasoning*, em *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer* 7 (ed. Linda Meyer, 1999).

⁵⁶ Veja, por exemplo, Raz nota 12 *supra* (explica as ideias sobre a análise conceitual na teoria do direito, no curso da consideração dos debates entre Dworkin e Hart).

⁵⁷ Veja Stanley L. Paulson, *Introduction to Kelsen*, nota 25 *supra*, p. xvii, xxix-xlii (discute o argumento neo-Kantiano ou regressivo de Kelsen); Veja também Bix, nota 13 *supra*, p.51-59 (resume as ideias de Kelsen).

clarificação. Ele também foi uma importante figura em ver claramente onde a verdadeira disputa entre a teoria do direito natural e o positivismo jurídico se encontra: ele desafia a viabilidade e o valor das teorias descritivas ou conceituais do direito que não participam da avaliação moral. Finnis desenvolveu o argumento de que o direito somente pode ser entendido enquanto uma análise teleológica baseada na moral. Esse é um desafio substancial, um desafio que ataca o núcleo do positivismo jurídico, e será interessante ver quais as respostas o positivismo jurídico pode oferecer. A resposta pode vir de um nível meta-teórico fundamentado em asserções sobre os diferentes propósitos da teorização do direito natural e do positivismo jurídico e sobre os diferentes estatutos das alegações que estão a ser feitas.