

Universidade de Brasília
Instituto de Ciências Humanas
Departamento de Filosofia
Programa de Pós-graduação em Filosofia

FELIPE TAUFIK DAUD

O PONTO DE VISTA PRÁTICO NA ELABORAÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICAS:
Em defesa do argumento metodológico de John Finnis

Brasília
2014

Universidade de Brasília
Instituto de Ciências Humanas
Departamento de Filosofia
Programa de Pós-graduação em Filosofia

FELIPE TAUFIK DAUD

O PONTO DE VISTA PRÁTICO NA ELABORAÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICAS:
Em defesa do argumento metodológico de John Finnis

Dissertação em Filosofia apresentada ao programa de Pós-graduação do Departamento de Filosofia do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia, sob a orientação do Prof. Dr. Alex Sandro Calheiros de Moura.

Brasília
2014

FELIPE TAUFIK DAUD

O PONTO DE VISTA PRÁTICO NA ELABORAÇÃO DAS TEORIAS JURÍDICAS:
Em defesa do argumento metodológico de John Finnis

Dissertação em Filosofia apresentada ao programa de Pós-graduação do Departamento de Filosofia do Instituto de Ciências Humanas da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia, sob a orientação do Prof. Dr. Alex Sandro Calheiros de Moura.

Aprovado em: ___/___/___.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alex Sandro Calheiros de Moura
Orientador

Brasília, ____ de _____ de 2014.

Para Chris.

AGRADECIMENTOS

Apesar de ser um trabalho individual, acredito que uma dissertação não seria possível sem que o mundo ao redor do mestrando estivesse em bom funcionamento. A imersão na redação exige tempo e paciência daquele que escreve e das pessoas que o circundam. Por isso, em primeiro lugar, gostaria de agradecer a todos ao meu redor, e em especial ao meu pai, por terem me proporcionado a tranquilidade necessária para um projeto desse porte.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer ao Professor Alex Calheiros pelos conselhos e sugestões. Nesses dois anos que estive sob sua orientação, Alex sempre esteve presente e à disposição para sanar minhas dúvidas e inquietações. Também sou grato ao Professor Nelson Gonçalves por ter me apresentado o mundo da lógica formal e a forma como ela nos ajuda a resolver problemas filosóficos ou mesmo problemas cotidianos. Por fim, agradeço ao Professor Ronaldo Porto Macedo por ter despertado meu interesse no debate jurídico-filosófico do mundo anglo-americano. Foi no seu curso de filosofia do direito, ainda na graduação, que tive o primeiro contato com as obras de Hart e de Dworkin e foi numa matéria que cursei como aluno especial do programa de mestrado da EDESP-GV que tomei conhecimento da obra de Finnis.

Aos amigos e amigas da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, em especial, ao Regis Dudena, Ivo Correa, Dario Durigan, Daniele Kleiner e Daniela Inocência, sou grato pelas conversas e dicas. Muitas sugestões metodológicas e dicas sobre a redação da dissertação saíram de despropositados bate-papos e contribuíram para a construção do fio condutor da dissertação.

Aos meus familiares, agradeço, em especial, a minha irmã, pelos muitos textos que conseguiu cópias para mim. Várias citações foram extraídas de artigos obtidos através da ajuda dela.

Por fim, sou extremamente grato à minha companheira de vida Luiza Kharmandayan. Além ter revisado o texto final, apontando falhas e sugerindo correções, foi ela quem efetivamente conviveu com o mestrado e, com seu afeto e carinho, soube tornar as coisas mais fáceis.

For the most part, we learn concepts, rather than invent or develop them. It must be so.

Joseph Raz

We don't, strictly speaking, construct a general theory of the world, we develop one.

John Finnis

RESUMO

Esta dissertação trata do ponto de vista do teórico na construção de sua teoria jurídica. Procuo defender que a teorização jurídica ocorre (ou deve ocorrer) a partir do ponto de vista prático, próprio aos participantes do sistema jurídico. O argumento em favor da teorização a partir do ponto de vista prático que apresentarei no trabalho foi originalmente formulado por John Finnis, um dos representantes da tradição clássica do direito natural. Em seu **Natural Law and Natural Rights**, de 1980, Finnis defendeu que o teórico deve adotar o ponto de vista prático. Uma visão contrária a esse argumento foi apresentada por Julie Dickson, em **Evaluation and legal theory**, de 2001. Nele, a autora busca refutar o argumento de Finnis, sustentando que os filósofos do direito devem teorizar por meio de avaliações indiretas, que avaliam aquilo que é significativo e relevante a ser explicado pelo teórico, sem se comprometer com a avaliação direta do elemento que procura descrever. A avaliação direta seria própria ao método de teorização de Finnis, para quem descrever o direito é uma atividade normativa e engajada, por ser realizada a partir do ponto de vista prático. Nesse sentido, na dissertação, apresento a defesa do argumento metodológico de Finnis, tomando como contraponto as críticas que Dickson lhe dirigiu.

Palavras-chave: Filosofia do direito – metodologia – ponto de vista prático - avaliação - John Finnis – Julie Dickson.

ABSTRACT

This work attempts to defend the methodological claim that legal theory is (or should be) carried through the practical point of view, the point of view of the legal system's participant. The argument I seek to state in this dissertation was first sustained by John Finnis, one of the representatives of the classical tradition of natural law. In his **Natural Law and Natural Rights**, dating from 1980, Finnis argued that the legal theorist must adopt a practical point of view and that positivist authors, such as Hart and Raz, adopted such a viewpoint in building their theories. A contrary view has been presented by Julie Dickson, in her **Evaluation and Legal Theory**, published in 2001. She seeks to refute Finnis' argument by saying that philosophers of law must theorize through an indirectly evaluative approach, which evaluates what is meaningful and relevant to be explained by the theorist, without committing himself to the direct evaluation of the element that he seeks to describe. The directly evaluative approach would be Finnis', to whom theorizing about law is a normative and engaged activity, to be held from the practical point of view. Thus, in this work I present the defense of Finnis' methodological argument, taking as a counterpoint to Dickson's critique.

Keywords: Philosophy of law – methodology – internal point of view – evaluation - John Finnis – Julie Dickson.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

NLNR	<i>Natural Law and Natural Rights</i>
CEJF	<i>Collected Essays of John Finnis</i>
LP	<i>Legal Positivism</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 OBJETIVO	12
2 AVALIAÇÃO NA TEORIA JURÍDICA	16
3 POR QUE FINNIS?	20
4 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO	23
CAPÍTULO 1: O DESAFIO DE DICKSON	27
1 METATEORIA	28
2 UMA NOVA TAXONOMIA	31
3 O DESAFIO DE DICKSON	34
3.1 Tese da avaliação moral	35
3.2 Tese da justificação moral	38
3.3 Tese da consequência moral benéfica	42
4 CONCLUSÃO	43
CAPÍTULO 2: ACERTANDO O PRUMO	45
1 A LEITURA DE DICKSON	47
2 RELENDO “EVALUATION AND THE DESCRIPTION OF LAW ”	50
3 O VERDADEIRO ATAQUE DE FINNIS	61
3 CONCLUSÃO	65
CAPÍTULO 3: “O QUÊ?” X “POR QUÊ?”	67
1 A INÉRCIA NORMATIVA DO POSITIVISMO	69
2 “O QUÊ?” X “POR QUÊ?”	75
2.1 ANÁLISE CONCEITUAL DESCRITIVA	78
2.2 METODOLOGIA DE FINNIS	84
2.2.2. RAZÃO PRÁTICA E O CONHECIMENTO DO DIREITO	89
3 HART, RAZ E DICKSON E O DIREITO NATURAL	94
4 CONCLUSÃO	102
CONCLUSÃO: EM DEFESA DO PONTO DE VISTA PRÁTICO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	109

INTRODUÇÃO

1 OBJETIVO

Esta dissertação trata do ponto de vista do teórico na construção de sua teoria jurídica. Esta questão, *de certa forma*, antecede a construção da teoria jurídica em si, já que o ponto de vista do teórico no desenvolvimento de sua teoria pode ser tratado como uma escolha ou decisão metodológica anterior, que apenas concerne à abordagem a ser adotada pelo teórico. Apesar de ser, *de certa forma*, uma escolha anterior, a escolha do ponto de vista influi diretamente no conteúdo da respectiva teoria jurídica. Questões de primeira ordem, isto é, questões substantivas das teorias jurídicas, como a existência de conteúdo moral do direito, são relacionadas às disputas metodológicas. Nesse sentido, a escolha do ponto de vista é *fundamental*¹.

Nesta dissertação, procuro defender que a teorização jurídica ocorre (ou deve ocorrer) a partir do ponto de vista prático², próprio aos participantes do sistema jurídico. Não desejo negar a possibilidade da teorização por meio de observações a partir do ponto de vista externo, mas acredito que as teorias do direito que mais avançaram na compreensão dessa distinta prática social foram elaboradas a partir do ponto de vista interno, descrevendo o direito como aquilo que o teórico considerava bom. Nesse sentido, busco argumentar em favor da tese que a teorização jurídica é valorativa, normativa e prescritiva.

Evidentemente, essa reivindicação não é livre de contestação e encontra em autores do positivismo jurídico^{3 4} sua crítica mais contundente. Dois autores clássicos desta

¹ A importância da metodologia e seu impacto em questões substanciais também são ressaltados por Ronaldo P. Macedo Junior. Cf. MACEDO JUNIOR, 2013a, p. 65. .

² A definição de ponto de vista prático é: “o ponto de vista preocupado em decidir e agir ou ponto de vista preocupado com o que se deve fazer. (FINNIS, 2011, p. 12)

³ Neil MacCormick (2008, p. 11-12) define o positivismo jurídico como “[...] teoria em que todas as leis devem suas origens e existência à práticas e decisões humanas relacionadas ao governo de uma sociedade e que elas não tem nenhuma relação necessária com os preceitos de uma moralidade ideal”. Andrei Marmor (2011, p. 3), de forma abrangente, também define o positivismo a partir da tese das fontes sociais: “Os positivistas defendem que todos os fatos jurídicos (fatos sobre a existência ou o conteúdo de um sistema jurídico em particular) são determinados tão somente por fatos sociais.”. Para mais informações sobre o positivismo jurídico, vide Norberto Bobbio (2006) e Dimitri Dimoulis (2006).

⁴ No decorrer da dissertação, ao me referir ao “positivismo jurídico” ou a “autores do positivismo jurídico”, estarei tratando, preferencialmente, do positivismo jurídico hartiano e pós-hartiano, de matriz analítica e anglo-americana. A razão disso é que o foco das críticas de Finnis incide sobre esse tipo de positivismo.

corrente, Hans Kelsen⁵ e Herbert Hart⁶ ilustram posições contrárias.

A teoria pura do direito, de Kelsen, pretende se afastar de toda e qualquer metafísica, tendo por objeto descrever o direito como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específicos (KELSEN, 2005, p. XXVIII).

Em **O positivismo e a separação entre o direito e a moral**, Hart retoma a insistência dos positivistas e utilitaristas Bentham e Austin sobre a necessidade “de se distinguir, de maneira firme e com o máximo de clareza, entre o direito como ele é e o direito como deveria ser.” Colocada essa distinção, Hart se propõe a descrever o direito a partir do ponto de vista externo, levando em consideração, contudo, o ponto de vista interno (HART, 2010, p. 54).

Conforme sustento ao longo desta dissertação, não só os métodos de teorização propostos por Kelsen e Hart seriam inadequados à construção de teorias jurídicas, mas também foi inadequado à construção de suas próprias teorias jurídicas. Em outras palavras, a adoção do ponto de vista externo na elaboração de teorias jurídicas, além de ser metodologicamente equivocada ou insuficiente, sequer teria sido adotada por seus proponentes.

Essa é a crítica de John Finnis - teórico da tradição clássica do direito natural⁷ - formulada no primeiro capítulo de seu **Natural Law and Natural Rights - NLNR**⁸. Ele não só sustenta que o teórico deve adotar o ponto de vista prático⁹, mas também defende a adoção do *caso central* do ponto de vista prático (FINNIS, 2011, p. 13).

⁵ Para mais sobre a importância de Kelsen e sobre uma visão crítica da teoria da norma fundamental, vide o artigo **The purity of the pure theory**, de Joseph Raz (2011), e Norberto Bobbio (2006, pp. 197-211).

⁶ Para informações complementares sobre a relevância de Hart, queira conferir a publicação de Neil MacCormick (2008) e, sobre sua biografia, queira conferir a obra de Nicola Lacey (2004) – **A life of H. L. A. Hart: the nightmare and the noble dream**.

⁷ “John Finnis may be the theorist within the classical natural law tradition best known to modern English-language legal theorist.” (BIX, 2002, p. 85).

⁸ Ressaltando a importância de NLNR, Robert George, um dos discípulos de Finnis, destaca que “the book would not only revive scholarly interest in the venerable, but deeply misunderstood, idea of natural law and natural rights, but also powerfully challenge dominant ways of thinking among philosophers of law and moral and political philosophers in the analytic tradition” (GEORGE, 2013 *apud* KEOWN; GEORGE, 2013, p. 1). Ainda a esse respeito, Neil MacCormick também reconhece a importância de NLNR: “It remains for me an intellectual landmark; one of those few books which bring about a permanent change in one’s personal understanding; a shift in one’s personal paradigm.” (MACCORMICK, 2008, p. 106).

⁹ Finnis define “ponto de vista prático” como: “By ‘practical’, here as throughout this book, I do not mean ‘workable’ as opposed to inefficient; I mean ‘with a view to decision and action’. Practical thought is thinking about what (one ought) to do. Practical reasonableness is reasonableness in deciding, in adopting commitments, in choosing and executing projects, and in general in acting. Practical philosophy is a disciplined and critical reflection on the goods that can be realized in human action and the requirements of practical reasonableness.” (FINNIS, 2011, p. 12)

No posfácio ao **NLNR**, Finnis afirma que os autores que se propuseram a desafiar a tese defendida no primeiro capítulo de **NLNR** não compreenderam corretamente seu argumento principal¹⁰. No primeiro capítulo, **Evaluation and the description of law**, Finnis sustenta que a descrição dos conceitos é (ou deve ser) precedida pela justificação, por parte do teórico, dos conceitos (FINNIS, 2011, p. 18), o que implica que o teórico deve adotar, ele mesmo, o ponto de vista prático, para justificar, moral e politicamente, os conceitos que adota. Acredito que parte da responsabilidade pela má compreensão deve ser creditada ao próprio Finnis

No artigo **Describing law normatively**, de 2003, ele reconhece que considerava óbvia demais a adoção do ponto de vista prático pelos teóricos do direito. Ocorre que essa postura metodológica não pareceu tão óbvia assim aos seus críticos. O argumento de que os teóricos deveriam adotar o ponto de vista prático foi (e continua sendo) veementemente rejeitado por representantes do positivismo jurídico (FINNIS, 2011d, p. 1). Alguns autores do positivismo jurídico até consentem que, no desenvolvimento de suas teorias, podem realizar avaliações, mas não a partir do ponto de vista prático do teórico.

Uma postura positivista no sentido acima referido foi oferecida por Julie Dickson, professora na Universidade de Oxford, em seu livro **Evaluation and legal theory**, de 2001. Por ser uma obra inovadora e clara, **Evaluation and legal theory** oferece um excelente contraponto à tese finnisiana de que os teóricos devem adotar o ponto de vista prático. Inclusive, a autora constrói seu argumento por meio da confrontação com os argumentos presentes no capítulo I de **NLNR**.

Finnis chegou a oferecer uma réplica a Dickson. Numa nota de rodapé no posfácio ao **NLNR** ele nega a imagem que Dickson constrói dele, acusando-a de atribuir-lhe uma posição que é, essencialmente, de Joseph Raz¹¹. Considero que a réplica de Finnis é abreviada

¹⁰ Para uma crítica naturalista, fundada nas *hard natural sciences* naturalista, vide (LEITER, 2003), para uma crítica tipicamente juspositivista, vide (GARDNER, 2001) e para uma visão positivista simpática aos argumentos de Finnis, vide (MACCORMICK, 1992).

¹¹ A réplica de Finnis a Dickson ocorre nos comentários de Finnis ao capítulo 1 de **NLNR**, mais precisamente quando está tratando do argumento de que não há um bom motivo para se negar que o ponto de vista interno tenha ele mesmo um caso central. O argumento será melhor explorado no capítulo 2. Por ora, vale reproduzir a resposta para se compreender a dimensão de sua brevidade: “Neither these reasons, nor the setting up of the issue on p. 13, nor the conclusions articulated on pp. 14-15, have anything to do with the position attributed to pp. 13-14 (and to the whole chapter) by Dickson, *Evaluation and legal theory* (2001), 44, a position which is essentially Joseph Raz’s (law invariably and by its nature claims to be morally obligatory, and the belief that the law’s rules are morally obligatory is what needs to be explained) and not mine (since many rules of law, being unjust, are not morally obligatory) and its possible that some legal systems abstain from claiming to be morally obligatory. My argument, in these pages, concerns the viewpoint of those who think it is practically reasonable to try to introduce or reintroduce law where it is not yet developed or where it has been corrupted or overthrown.” (FINNIS, 2011, p. 432)

demais. Concordo com ele quando afirma que a autora não o interpreta bem, porém, para justificar essa crítica acredito ser necessário argumentar mais do que aquilo contido na nota de rodapé.

Partindo deste pressuposto, procuro defender com mais vagar o argumento de que as teorias jurídicas são e devem ser elaboradas a partir do ponto de vista prático, contrapondo a crítica de Dickson aos argumentos de Finnis (DICKSON, 2001). Ainda, a obra de Dickson é especialmente interessante, pois ela acredita ter elaborado uma nova taxonomia das teorias jurídicas, dividindo-as entre teorias indiretamente avaliativas e teorias diretamente avaliativas.

Teorias indiretamente avaliativas não avaliam diretamente o objeto que buscam explicar, realizam, outrossim, avaliações indiretas, que somente julgam a importância e significância de um elemento no contexto da explicação de uma teoria.

Para Dickson, uma teoria jurídica indiretamente avaliativa e bem-sucedida é a de Hart¹², que considera ser importante e significativo o ponto de vista interno na construção de sua teoria jurídica. Hart, com isso, não quer dizer que concorda ou discorda do ponto de vista interno ou que ele seja bom ou ruim. Só afirma que ele é importante na construção de uma teoria jurídica.

A avaliação indireta resume-se à observação da importância e significância de algo. Por outro lado, uma teoria diretamente avaliativa seria, por exemplo, a de Finnis, que consideraria ser necessário avaliar moralmente o direito para poder descrevê-lo. Para fundamentar a construção da imagem das teorias diretamente avaliativas, Dickson lança mão de três argumentos, três teses, denominadas “tese da avaliação moral”, “tese da justificação moral” e “tese da consequência moral benéfica”.

A primeira tese, mais primária e importante, e da qual as demais decorrem, é a “tese da avaliação moral”, segundo a qual o teórico deve avaliar moralmente o direito de modo a conhecê-lo. Decorrente da tese da avaliação moral, segue a “tese da justificação moral” segundo a qual, uma vez reconhecida a necessidade de avaliar moralmente o direito, o teórico deve interpretar o direito como um fenômeno moralmente justificado, cujas obrigações que impõe aos cidadãos são moralmente justificadas. Por fim, Dickson critica teorias que adotam a “tese da consequência moral benéfica”, segundo a qual julgamentos de valor sobre as consequências morais benéficas de se defender uma certa teoria do direito

¹² “I believe that Hart’s approach to jurisprudence can also be viewed as an example of indirectly evaluative legal theory.” (DICKSON, 2004, p. 125).

podem legitimamente figurar como critério de sucesso de teorias jurídicas.

Em suma, Dickson constrói a imagem de teorias diretamente avaliativas como sendo teorias que adotam as três teses acima. Na leitura dela, Finnis, por ser um teórico diretamente avaliativo, erroneamente adota as teses da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica. Ao longo desta dissertação, espero esclarecer por que a forma como Finnis encara a tarefa do teórico do direito não corresponde ao que Dickson lhe imputa.

Para compreender o argumento de Finnis de que o teórico deve justificar moral e politicamente os conceitos empregados em sua teoria, será necessário, entretanto, expor a defesa metodológica de Finnis de que os teóricos, eles mesmos, como teóricos na construção de suas teorias jurídicas, adotam o ponto de vista prático, voltado à ação. Isto, pois teorizar sobre o direito é uma tarefa eminentemente prática, na qual o teórico questiona a si mesmo *se e em quais circunstâncias* a conduta que o direito lhe exige é razoável do ponto de vista prático. Assim, o objetivo central desta dissertação é esclarecer o argumento de Finnis e pontuar como o modo de teorização que Dickson considera adequado é equivocado para os fins de se construir uma teoria do direito.

Apesar de discordar da resposta que Dickson ofereceu à pergunta que motivou sua pesquisa, “até que ponto, e, em que sentido, deve um teórico do direito fazer julgamentos de valor sobre o fenômeno que ele busca caracterizar, de forma que ele possa construir uma teoria bem-sucedida do direito?”¹³, acredito que a questão que a autora coloca pode servir como um guia para abordar o argumento metodológico de Finnis. Afinal, em que sentido é necessário ao teórico justificar moral e politicamente os conceitos que emprega em sua teoria jurídica, isto é, em que sentido o teórico precisa ele mesmo justificar moral e politicamente a natureza do direito?

2 AVALIAÇÃO NA TEORIA JURÍDICA

A teoria jurídica tem um caráter puramente descritivo, hermeneuticamente descritivo ou é diretamente avaliativa? Essa questão decorre da própria teorização acerca do direito. Segundo Stephen Perry, por ser simultaneamente um fenômeno social e normativo, *i.*

¹³ No original: “The central question motivating this examination is as follows: to what extent, and in what sense, must a legal theorist make value judgments about the phenomena which he seeks to characterize in order to construct a successful theory of law?” (DICKSON, 2004, p. 3).

e., “uma *instituição social* que dá origem (ou, pelo menos, é percebida como dando origem) a *razões para a ação*”, os problemas metodológicos do direito surgem da justaposição entre a metodologia das ciências sociais e a metodologia da filosofia prática (PERRY, 2000).

Considerada como um ramo da filosofia prática, a doutrina deve lidar com a seguinte questão fundamental: a que tipo de razões para a ação, se é que existe alguma, as práticas sociais podem dar origem? No fundo, porém, há uma série de outras questões. O que é, em geral, uma razão para a ação? As práticas sociais podem oferecer às pessoas razões morais que não teriam independentemente? A relevância destas e de questões relacionadas, que são essencialmente de natureza filosófica, dependerão das exigências substantivas das teorias jurídicas específicas.

Considerada como uma ciência social, a doutrina tem de lidar com os problemas de metodologia que surgem nas ciências sociais em geral, inclusive as duas seguintes questões. Primeiro, a ciência social deve empregar a mesma metodologia que a ciência natural ou requer uma metodologia própria? Segundo uma escola de pensamento, com raízes no positivismo científico, os fenômenos sociais podem ser estudados e explicados adequadamente por meio dos mesmos tipos de investigações causais que caracterizam as ciências naturais. Segundo outra escola de pensamento, com raízes na tradição hermenêutica da filosofia, só podemos compreender adequadamente uma prática social vendo-a a partir do ponto de vista dos participantes, a partir de dentro. Na tradição hermenêutica essa é a noção de *verstehen*. A segunda questão de metodologia nas ciências sociais que a doutrina tem de enfrentar é esta. As teorias sociais são de natureza puramente descritiva e livre de valores ou envolvem necessariamente elementos avaliativos ou normativos? Os problemas especiais que a doutrina enfrenta como disciplina surgem do fato de que ela deve responder a essas duas questões metodológicas na estrutura de uma descrição necessariamente filosófica de como o direito pode, se é que pode, dar origem a razões para a ação. (PERRY, 2000, pp. 145-147)¹⁴

Autores positivistas, em geral, defendem que a teoria jurídica possui caráter puramente descritivo, não sendo avaliativa. A passagem extraída de Perry, entretanto, ressalta uma divergência interna ao positivismo jurídico, relacionada ao tipo de descrição que deve ser realizado pelo teórico do direito.

Para a corrente “com raízes no positivismo científico”, cujo expoente é Kelsen, a tarefa do teórico consiste em “aproximar tanto quanto possível seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 2005, p. XII).

Essa posição é bem caracterizada por Bobbio, quando afirma que, para o positivismo, o direito é considerado como um fato e não como um valor.

O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem positivista o termo

¹⁴ Para a abordagem desse tema, ver também a publicação de Ronaldo P. Macedo Junior: **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea** (2013a), especialmente pp. 26-27.

‘direito’ é então absolutamente avalorativo [...] deste comportamento deriva uma particular teoria da validade do direito, dita teoria do formalismo jurídico, na qual a validade do direito se funda em critérios que concernem unicamente à sua estrutura formal (vale dizer, em palavras simples, o seu aspecto exterior), prescindindo do seu conteúdo; segundo o positivismo jurídico, a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor. (BOBBIO, 2006, p. 131)

A outra corrente “com raízes na tradição hermenêutica da filosofia”, que tem em Hart seu representante, rompe com a concepção de objetividade baseada numa “concepção absoluta do mundo”, pressuposta para Kelsen e Bobbio, ao afirmar que o fenômeno da normatividade do direito exige uma nova e distinta compreensão da objetividade e da própria intencionalidade do agente nas práticas juridicamente significativas (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 61).

Apesar de incorporar a virada linguística e a tradição hermenêutica à teoria do direito, a corrente positivista hartiana, ainda assim, enxerga sua tarefa como essencialmente descritiva. Embora reconheça a importância de se compreender o sentido da ação dos sujeitos sendo estudados, para se compreender a estrutura interna das regras¹⁵, o filósofo hartiano não precisa endossá-las. O teórico da escola de Hart, por MacCormick chamado de observador hermenêutico, deve tomar o ponto de vista de alguém que compreende e busca descrever as regras jurídicas tais como sustentadas do ponto de vista interno, sem, contudo, ele mesmo ter algum compromisso (*commitment*) contra ou em favor dessas regras sob seu aspecto interno (MACCORMICK, 2008, p. 45).

Nesse sentido, o positivismo, na tradição hartiana, que é àquela a qual Dickson se filia, compreende-se como um empreendimento teórico que busca somente descrever, como um observador externo, a reivindicação do direito de fornecer razões para a ação. Nesse sentido, nas palavras de Gardner (2001), o positivismo é um projeto teórico “normativamente inerte”, um projeto que não visa sugerir ou prescrever as condutas estabelecidas pelas regras; busca somente descrevê-las (inclusive em seu aspecto interno).

A preocupação positivista em se manter normativamente inerte e, com isso, não

¹⁵ Para uma explicação da estrutura interna das regras em Hart e sua origem weberiana, vide o capítulo 3, “Rumo a hermenêutica das práticas jurídicas” de (MACEDO JUNIOR, 2013a). Luciana Reis abordando o tema do ponto de vista interno hartiano explica: “Qualquer abordagem do conceito deve ser capaz, portanto, de “capturar” o aspecto interno. Dissemos acima que os conceitos hermenêuticos têm sua extensão fixada por seu uso. Assim, poderia se supor que a tarefa de análise desses conceitos consistiria em reunir as diferentes ocorrências destes, de acordo com a maneira pela qual são usados. Isso, no entanto, é impossível. Sem compreender a intensão de uso do conceito, o teórico não conseguirá captar sua extensão. A intensão é, em oposição à referência ou extensão, aquilo que identifica o sentido do conceito; ela só pode ser percebida do ponto de vista daquele que pratica a atividade conceitual. Este é o ponto de vista interno, que deve ser levado em consideração por qualquer teórico que pretenda compreender a atividade conceitual.” (REIS, 2013, pp. 25-26).

realizar nada além de descrições têm origem na preocupação positivista de distinguir o direito como ele *é* daquilo que o direito *deve ser*. A busca por uma descrição objetiva, evitando-se confundir o ser (*is*) com o dever ser (*ought*), é, na verdade, reflexo da disputa entre positivistas e jusnaturalistas. Desde Bentham, autores positivistas acusam autores jusnaturalistas por confundirem julgamentos de valor com julgamentos de fato.

Dickson apresenta uma recapitulação desse embate: “A divisão *is/ought* deve muito de sua fama contemporânea aos escritos de Jeremy Bentham”. A crítica de Bentham, em linhas gerais, era dirigida a William Blackstone. Blackstone teria apresentado uma descrição do direito como algo moralmente meritório, ao mesmo tempo em que buscava explicá-lo como efetivamente era (DICKSON, 2001, p. 4).

A suposta confusão de Blackstone o impedia de lançar críticas ao direito existente. Bentham, por sua vez, acreditava que, pelo simples fato de algo ser direito, não se seguia que esse algo teria mérito moral. Bentham, inclusive, foi um grande crítico e proponente de diversas reformas do sistema de *common law* britânico e americano.¹⁶

John Austin também teria enfatizado, conforme apresentado na recapitulação de Dickson, a importância de se discernir entre o que o direito é e o que o direito deveria ser. Sua famosa frase “a existência do direito é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra” capturaria a essência de seu entendimento. Concordo com a leitura de Dickson e acredito que a famosa passagem de Austin seja reveladora:

As leis mais perniciosas, e, portanto, aquelas mais contrárias à vontade de Deus, têm sido e são continuamente aplicadas como leis pelos tribunais. Suponha que um ato inócuo ou positivamente benéfico seja proibido pelo soberano, sob pena de morte; se eu cometer esse ato, serei julgado e condenado, e se eu fizer objeções à sentença (*sentence*) alegando que é contrária à lei de Deus [...] o tribunal (de Justiça) irá provar o caráter inconclusivo do meu argumento enforcando-me de acordo com a lei cuja validade impugnei. Uma exceção, defesa indireta de mérito ou contestação, fundada na lei de Deus nunca foi acolhida em um tribunal (de Justiça), desde a criação do mundo até o presente momento. (AUSTIN *apud* HART, 2010, p. 80)

Kelsen teria sido ainda mais radical do que Bentham ao excluir do escopo de sua ciência jurídica a aprovação ou a rejeição de seu objeto de estudo. Sua tarefa seria simplesmente descrever o direito tal como ele é. Hart, por fim, defendia que sua teoria do direito era “geral e descritiva”, além de ser “moralmente neutra e não possuir fins justificatórios” (DICKSON, *op. cit.*, p. 4-7).

¹⁶ Para as proposições e críticas de Bentham ao *common law*, cf. (BOBBIO, 2006, p. 91-100). Ainda, Bobbio apresenta uma reconstrução histórica do positivismo jurídico, passando tanto por autores continentais, quanto por autores anglo-americanos. Para mais, vide (BOBBIO, 2006).

Qual seria, então, o *insight* de Dickson e por que chamar atenção para o tema das avaliações, se o debate já se encontrava polarizado nos termos *is x ought*? Em outras palavras, se o positivismo é uma tarefa não avaliativa, que só visa a descrever estados de coisas, mesmo os estados de coisas normativos, como é possível Julie Dickson se unir aos positivistas, se defende a tese das avaliações indiretas?

A meu ver o método de avaliação que ela propõe se trata de uma releitura do ponto de vista externo adotado pelos positivistas. Avaliar o que é significativo e importante de uma prática, mesmo uma prática normativa como o direito, não retira do teórico sua condição de observador externo, já que, para realizar esse tipo de avaliação, ele não precisa se engajar na avaliação tipicamente interna e prática sobre o que é bom ou positivo.

Apesar disso, a inovação de Dickson joga luz sobre um ponto que a taxonomia anterior não lhe teria permitido sublinhar. As distinções entre *teorias avaliativas x teorias não avaliativas*, *teorias descritivas x teorias prescritivas* e *teorias de ser x teorias de dever ser* não conseguem captar o fato de autores positivistas também realizarem avaliações e, conseqüentemente, produzirem teorias avaliativas. Evidentemente, a classificação de Dickson não contraria a taxonomia anterior, mas a especifica, de modo a destacar a característica avaliativa do positivismo.

Contudo, cabe questionar qual é o ganho teórico em se evidenciar a característica avaliativa do positivismo e distinguir teorias diretamente avaliativas de teorias indiretamente avaliativas, se positivistas ainda mantêm uma posição eminentemente descritiva?

Procurarei argumentar que inexistente, a princípio, ganho teórico, porque a distinção sugerida por Dickson ofusca o que considero o ponto verdadeiramente em disputa entre autores do positivismo e as correntes teóricas rivais. Afirmar que os teóricos do direito, ao menos desde Hart, realizam julgamentos de valor, porém de diferentes tipos, ofusca a verdadeira discussão metodológica entre positivistas e não positivistas sobre e encobre o fato de positivistas possuírem um projeto descritivo, a ser levado a cabo a partir do ponto de vista externo.

3 POR QUE FINNIS?

A vasta produção acadêmica de John Finnis abrange teoria ética¹⁷, ética¹⁸,

¹⁷ Cf. FINNIS, 1983, 1998a e 2011a.

filosofia política¹⁹, filosofia do direito²⁰ e filosofia da religião²¹; e todos esses temas podem ser encontrados no **Natural Law and Natural Rights** e em seus artigos, reunidos em 2011 nos cinco volumes do compêndio **Collected Essays of John Finnis - CEJF**²². Acredito que parte de seu reconhecimento no mundo anglo-americano como o expoente da tradição clássica do direito natural deva-se a sua expressiva contribuição intelectual. A outra parte, contudo, acredito prover da originalidade de suas ideias.

Como o próprio Finnis reconheceu no prefácio ao **NLNR**, boa parte da doutrina que ele desenvolve nesta obra, refletida em seus ensaios, tem por fundamento as ideias clássicas, na forma como foram rerepresentadas e desenvolvidas por Germain Grisez.

Em **O primeiro princípio da razão prática**²³, originalmente publicado em 1965, Grisez propõe uma releitura da obra de São Tomás de Aquino, de modo a interpretar o primeiro princípio da razão prática não como um imperativo moral, mas como uma diretriz à razão prática. Conforme ele propõe, a fórmula correta do princípio seria “o bem há de ser feito e buscado, e o mal há de ser evitado” em vez da clássica formulação “faz o bem e evita o mal” (GRISEZ, 2007, p. 180).

Embora ligeiramente diferentes em termos linguísticos, a diferença entre ambas é significativa. A formulação clássica supõe um comando voltado à realização de um bem pré-determinado pela razão ou pela natureza humana, de que se infere que é da natureza humana ou da razão que se extrai o bem. A formulação de Grisez coloca o primeiro princípio como algo mais primitivo. Ele orienta qualquer raciocínio prático, seja moralmente bom ou ruim. “Bem”, na interpretação de Grisez, refere-se não somente ao que é moralmente bom, mas a qualquer coisa que racionalmente valha a pena (GRISEZ, 2007, 181).

Nesse sentido, o primeiro princípio da razão prática só demanda que o raciocínio seja direcionado a algum fim passível de ser buscado (*pursuable*) pela ação humana (GEORGE, 1999, p. 37).

A partir da releitura oferecida por Grisez, a doutrina clássica do Direito Natural ganhou novo fôlego e encontrou, em Finnis, seu maior expoente (GEORGE, 2013).

¹⁸ Cf. FINNIS, 2011b.

¹⁹ Cf. FINNIS, 2011c.

²⁰ Cf. FINNIS, 2011d.

²¹ Cf. FINNIS, 2011e.

²² Para fins didáticos, os volumes do compêndio **Collected Essays of John Finnis** serão mencionados separadamente nas referências bibliográficas, podendo ser mencionadas no texto separadamente, pelo título atribuído à coletânea ou por sua sigla, CEJF.

²³ Para conferir o texto original, vide GRISEZ, 1965. Nesta dissertação, utilizei a tradução de José Reinaldo de Lima Lopes publicada Revista Direito GV n. 2, a. 3, pp. 179-218, 2007

Uma vez que a razão prática orienta a busca por um fim possível, pressupõe-se a existência de um fim possível a ser alcançado pela razão prática. Isso significa que, além de a razão poder determinar o alvo, ela pode “determinar o alvo” por razões não instrumentais, *i.e.*, a razão prática por si só pode determinar o alvo, de forma independente dos desejos. Isso implica colocar em cheque o argumento não cognitivista de que os desejos determinam o alvo e fornecem a propulsão, enquanto a razão localiza o alvo e guia a ação em seu sentido (GEORGE, 1999, p. 18).

Ademais, permite uma elaboração do jusnaturalismo que não viola a Lei de Hume²⁴, famosa barreira lógica à derivação de enunciados normativos a partir de enunciados factuais, já que o conhecimento dos bens humanos básicos e dos valores morais ocorre por meio da razão prática e não por meio da dedução de valores a partir da natureza humana ou da razão²⁵.

Sendo assim, a teoria de Finnis recupera a teoria clássica do direito natural, cujos autores mais expressivos são Platão, Aristóteles, Cícero, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino²⁶, e a apresenta nos moldes da filosofia analítica contemporânea, impondo novos desafios à teoria dominante, o positivismo. É justamente na composição entre o clássico e o contemporâneo que se revela a originalidade de Finnis (GEORGE, 2013, p. 2; BIX, 2002, p. 85).

Apesar de muito lida no exterior, especialmente no mundo anglo-americano, a obra de Finnis ainda não foi devidamente difundida no Brasil. Poucos são os trabalhos que tomam sua teoria como ponto de partida. Apesar disso, o lançamento da tradução para o português de **NLNR**, em 2007²⁷, e alguns recentes trabalhos acadêmicos²⁸ podem demonstrar

²⁴ A Lei de Hume decorre da seguinte observação de David Hume: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. (HUME, 2000, p. 509). Para mais sobre a Lei de Hume, vide HUDSON, 1969.

²⁵ Para a leitura de Finnis a respeito da Lei de Hume, vide FINNIS, 2011 e FINNIS, 2011a, p. 144-155. Finnis também ataca o positivismo, acusando-o de incoerente, por violar a Lei de Hume, enquanto justamente acusava o jusnaturalismo por violá-la: “Legal positivism is an incoherent intellectual enterprise. It sets itself an explanatory task which it makes itself incapable of carrying through. In the result it offers its students purported and invalid derivations of ought from is.” (FINNIS, 1999-2000).

²⁶ Para um resumo da teoria clássica do direito natural, vide o artigo **A grand tour of legal theory** (FINNIS, 2011d, pp. 91-95).

²⁷ Publicado pela editora Unisinos, sob o título **Lei natural e direitos naturais** (FINNIS, 2007).

o crescente interesse de pesquisadores brasileiros na obra de Finnis. Assim, o ineditismo de Finnis no Brasil é um dos motivos para escolhê-lo como marco teórico.

Por fim, existe certo ineditismo em tratar da posição de Finnis no debate metodológico da filosofia do direito. No exterior, não faltam comentários e críticas ao **NLNR**²⁹ e seus artigos, mas o que tem pautado a discussão entre os filósofos analíticos do direito é o debate entre Hart e Dworkin³⁰.

Apesar da questão acerca do ponto de vista do teórico estar no centro do debate Hart-Dworkin, acredito que os argumentos de Finnis³¹ em favor do ponto de vista prático, a despeito de acabarem quase no mesmo lugar dos argumentos de Dworkin, são distintos e originais. A defesa de Finnis do ponto de vista prático é fundamentada na teoria clássica do direito natural, enquanto a de Dworkin é fundada, essencialmente, na teoria interpretativista que ele mesmo inaugura. Por não estar no centro do debate, apesar de muito comentado, acredito existir certo ineditismo em abordar a maneira como Finnis rebate a posição metodológica positivista.

4 ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

Esta dissertação divide-se em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. O leitor encontrará o núcleo da tese no capítulo 3, no item “*O quê?*” x “*Por quê?*”, no qual é apresentada a metodologia/epistemologia de Finnis em contraposição à de Hart e Raz. Acredito residir na distinção sobre a forma como se conhece a natureza do direito a chave para a compreensão da posição metodológica de Finnis.

A teoria indiretamente avaliativa de Julie Dickson consiste em uma reapresentação da posição metodológica de Raz e de Hart³², de modo que o ataque de Finnis

²⁸ Vide, por exemplo, **O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis** de Adrian Sgarbi, de 2013 e a tese de doutoramento **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**, de Arthur Maia Ferreira Neto, que faz um levantamento das teorias éticas cognitivistas e não cognitivistas e acaba por aderir ao cognitivismo moral finnisiano.

²⁹ O volume 50 da revista *American Journal of Jurisprudence* traz os textos publicados em função do simpósio ao *Natural Law and Natural Rights*.

³⁰ “For the past four decades, Anglo-American legal philosophy has been preoccupied – some say obsessed – with something called the Hart/Dworkin debate” (SHAPIRO, *apud* RIPSTEIN, 2007).

³¹ Para as considerações de Finnis ao Law’s Empire de Dworkin, vide o artigo **Reason and authority in Law’s Empire, de 1987**, reimpresso no CEJF IV (2011d).

³² Apesar de Hart ser considerado um positivista *inclusivista* e Raz um positivista *exclusivista*, as diferenças entre os dois teóricos poderão ser deixadas de lado para os fins dessa dissertação, já que ambos defendem, conforme procurei caracterizar, a teorização a partir do ponto de vista externo. Macedo Junior fornece uma

dirigido aos dois pode abarcá-la também. O que considero a verdadeira discussão, a crítica de Finnis à análise conceitual descritiva e a defesa da metodologia aristotélica-tomista, atinge, nesse sentido, a tese defendida por Dickson em **Evaluation and legal theory**.

Por isso, acredito que Dickson figura como um bom ponto de partida e, também, de chegada. Suas críticas a Finnis, formuladas a partir da nova taxonomia que nos apresenta, fornecem um roteiro, que se inicia com a releitura do capítulo I de **NLNR** e termina na disputa sobre o ponto de vista interno x ponto de vista externo, parafraseada por Dickson por meio das avaliações diretas x avaliações indiretas.

Nesse sentido, no *Capítulo 1: O desafio de Dickson*, procuro expor os argumentos da autora em *Evaluation and legal theory*.

Em primeiro lugar, exibo o que a autora chama de metateoria, o debate metodológico sobre a teorização jurídica, que trata da tarefa da filosofia analítica do direito e de como avaliar o sucesso de uma teoria jurídica.

Em segundo lugar, exponho a nova taxonomia proposta por Dickson, a classificação das teorias jurídicas em diretamente avaliativas x indiretamente avaliativas.

Na terceira seção, apresento o desafio de Dickson, seus argumentos em favor da teorização por meio de avaliações indiretas e suas críticas a Finnis por teorizar por meio de avaliações diretas. Nesta seção, são apresentadas as três teses, da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica.

O *Capítulo 2: Acertando o prumo* tem por objetivo direcionar a dissertação para o verdadeiro debate, relativo à metodologia que subjaz a escolha do ponto de vista do teórico. Para tanto, é necessária a releitura do Capítulo 1 de **NLNR**, de modo a reconstruir o argumento original de Finnis. Acredito que Dickson não tenha captado exatamente algumas das críticas formuladas por Finnis naquele capítulo, principalmente a censura àqueles que acreditam ser a teorização jurídica livre das concepções e preconceitos dos teóricos. A leitura

definição de positivistas inclusivista e positivistas exclusivistas: “Os primeiros afastam que fatos valorativos possam desempenhar qualquer papel na determinação do conteúdo do direito, ao passo que os inclusivistas admitem que fatos sociais relevantes *podem* constituir fatos relevantes de uma maneira secundária. Não obstante, mesmo nessa versão, são os fatos sociais que, em última análise, sempre determinam o conteúdo do direito. Assim, para os positivistas inclusivistas, a incorporação dos valores pelo direito é um fenômeno contingente e não essencial para a determinação da essência do direito.” (MACEDO JUNIOR, 2013^a, pp. 31-32). Para a crítica de Finnis a ambos, vide as seções III, *Exclusive legal positivism* e IV, *Inclusive legal positivism*, de seu artigo **A grand tour of legal theory** (FINNIS, 2011d, pp. 91-156), cujo propósito é, de fato, fazer um tour sobre a teoria do direito contemporânea.

equivocada de Dickson também possibilita, já nesse capítulo, responder à tese da justificação moral.

No *Capítulo 3: “O quê? X “Por quê?”*, concentro o debate na questão metodológica referente ao ponto de vista do teórico. O título indica o que compreendo ser a verdadeira divergência. Autores de orientação positivista abordam o direito questionando-se “o quê?”, isto é, querem descrever aquilo que é a natureza do direito. Esse tipo de abordagem é enraizado na análise conceitual descritiva, método de investigação comumente empregado por filósofos analíticos.

Esclarecer o conceito de direito, como almejava Hart, ou identificar sua natureza, como pretendia Raz, são modos de investigação que buscam responder à pergunta “qual é o conceito de direito e qual é sua natureza?”. Ora, para respondê-la, o filósofo não precisa avaliá-la do ponto de vista do partícipe. Ele pode descrever um conceito e a natureza de um fenômeno normativo como o direito a partir do ponto de vista externo.

Finnis não nega que a mera descrição avaliativa possa ser realizada, mas indica que os teóricos do direito fazem muito mais do que isso. A investigação do tipo “o quê?” é própria para historiadores e biógrafos, mas não para autores que pretendem fazer uma teoria geral da sociedade, como se pretende uma teoria do direito.

A metodologia que Finnis acredita ser adequada para a teorização jurídica – e que teria sido adotada por seus opositores – visa a atacar a questão “por quê?”. O teórico não descreve “o que é”, pelo contrário, seleciona os elementos importantes e significativos a serem explicados em sua teoria “porque” neles vê valor. Isso significa que o teórico deve avaliar os elementos de sua teoria a partir do ponto de vista daqueles que estão em condições de avaliá-los, isto é, dos partícipes, e não só descrevê-los como mero observador externo.

Do argumento de Finnis contra a adoção do ponto de vista externo, voltamos à taxonomia de Dickson. Isso porque teorias indiretamente avaliativas adotam o ponto de vista externo. Inclusive, os teóricos são os mesmos. Hart e Raz são os exemplos de Dickson de teóricos que formularam teorias indiretamente avaliativas. Não à toa, são eles influentes teóricos da corrente que defende a teorização a partir do ponto de vista externo.

Com isso, concluo questionando se a taxonomia proposta por Dickson é mesmo esclarecedora e se deve ser adotada doravante. Proponho a rejeição da taxonomia de Dickson, pois ela ofusca a verdadeira divergência metodológica entre os autores. Argumentar que todos avaliam, só que de diferentes maneiras, não elucida a divergência de fundo entre os autores, relacionada ao papel do filósofo e da filosofia do direito.

Quanto a isso, acredito que as epígrafes dessa dissertação sejam relevantes. Ao

fazer filosofia do direito, estamos aprendendo e apreendendo o conceito e a natureza do direito ou desenvolvendo-os? Minha opinião, que espero restar justificada ao fim desta dissertação, é de que a teorização jurídica serve à melhoria e ao desenvolvimento do direito e, assim sendo, de nossas sociedades. *It must be so.*

CAPÍTULO 1: O DESAFIO DE DICKSON

Em **Evaluation and legal theory**, Julie Dickson defende a tese de que os teóricos do direito *podem* e *devem* explicar a natureza do direito por meio de *avaliações indiretas*, *i. e.*, avaliações que não visam a avaliar diretamente o mérito do objeto que estudam. As avaliações indiretas são apresentadas em contraposição às avaliações diretas, julgamentos de valor sobre o mérito daquilo a ser explicado.

O direito natural de Finnis seria um exemplo de teoria realizada através de avaliações diretas. Por esse motivo, um dos focos da crítica de Dickson será justamente a obra de Finnis. A tese em favor das avaliações indiretas é construída por meio da contraposição entre as teorias de Joseph Raz às teorias de Finnis e Dworkin. Como o foco da dissertação é o argumento metodológico de Finnis, priorizarei as discussões que Dickson trava com ele.

Neste capítulo, pretendo apresentar somente os argumentos da autora. O cerne é aquilo que chamarei de o desafio de Dickson, o argumento contrário à avaliação direta como forma de teorização jurídica. A autora acredita que a teorização por meio da avaliação direta implica na adoção da tese da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica. Nos capítulos seguintes, buscarei apresentar as respostas de Finnis ao desafio de Dickson.

Para apresentar os argumentos da autora em **Evaluation and legal theory**, o capítulo foi dividido em três seções e uma conclusão.

Na primeira, lido com a metodologia da metodologia, ou melhor, com o que Dickson chama de metateoria. Essa discussão é relevante, pois delimita a forma pela qual Dickson avaliará as demais teorias jurídicas.

Na segunda, apresento a taxonomia proposta pela autora, a classificação das teorias em diretamente avaliativas e indiretamente avaliativas, e as críticas às classificações tradicionais das teorias do direito, *e.g.*, *is* e *ought*, normativo e descritivo, valorativo e avalorativo.

Na terceira, apresento o desafio de Dickson, a argumentação que ela desenvolve para criticar a teoria de Finnis. A conclusão da autora é que a teoria de Finnis é falha, pois, ao aderir às teses da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica, o autor acaba com uma teoria que não é composta por proposições necessariamente verdadeiras acerca da natureza do direito, nem consegue

explica-lo adequadamente.

Por fim, concluo o capítulo resumindo o argumento de Dickson e a relação dele com o papel do teórico.

1 METATEORIA³³

Logo nas primeiras páginas do livro, Dickson delimita o objeto de seu trabalho ao campo metateórico, ou metodológico, das teorias jurídicas, isto é, sua investigação não incidirá sobre a natureza do direito, mas sobre a natureza da teorização sobre o Direito.

Segundo a autora, os teóricos do direito tomam partido, ao menos implicitamente, quanto às questões metateóricas, como, por exemplo, (i) se os objetivos de uma teoria do direito são descritivos, críticos ou justificatórios em relação ao seu *explanandum* ou (ii) quais são os critérios para se considerar o sucesso de uma teoria jurídica. Embora os autores lidem implicitamente com essas questões, poucos as abordam diretamente e, quando isso ocorre, não tecem mais que breves comentários (DICKSON, 2001, p. 1-2).

Ela argumenta que vários desentendimentos entre teóricos e suas respectivas teorias poderiam ser mais bem explicados e resolvidos se mais atenção fosse dada ao debate metodológico. Nesse sentido, o tema da metodologia em teoria jurídica é sua principal preocupação e ela busca responder à seguinte questão: “até que ponto, e, em que sentido, deve um teórico do direito fazer julgamentos de valor sobre o fenômeno que ele busca caracterizar, de forma que ele possa construir uma teoria bem-sucedida do direito?” (DICKSON, 2001, p. 16)³⁴

Para respondê-la, Dickson defende o uso da filosofia analítica do direito (*analytical jurisprudence*), linha metodológica adotada pela autora e pelos autores cujas teorias pretende comparar. Na definição de Dickson, a tarefa da filosofia

³³ Dickson admite que os argumentos metateóricos foram, em grande medida, extraídos de dois textos de Joseph Raz: “*Can there be a theory of law ?*” e “*On the nature of law*”, ambos impressos no seu *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, de 2010. (RAZ, 2009).

³⁴ No original: “The central question motivating this examination is as follows: to what extent, and in what sense, must a legal theorist make value judgments about the phenomena which he seeks to characterize in order to construct a successful theory of law?” (DICKSON, *op. cit.*, p. 3).

analítica do direito consiste em explicar sua natureza, isolando e explicando aquelas características/propriedades que fazem do direito ser o que ele é. Essas características são aquelas que o direito deve conter em qualquer lugar e a qualquer tempo para ser caracterizado como direito^{35 36}.

A *analytical jurisprudence* busca, portanto, elucidar quais são as características essenciais do direito, aquelas características que o diferenciam de outras formas de organização social e podem ser encontradas sempre que nos referimos a algo como sendo um sistema jurídico³⁷. Nesse sentido, a teorização jurídico-analítica ocorre em abstrato, em contraposição às análises sobre como o direito é desenvolvido em sistemas jurídicos particulares.

Uma vez delimitado o escopo das teorias analíticas do direito, Dickson apresenta um critério para que se possa compará-las e avaliá-las. Para a autora, será bem-sucedida a teoria do direito de matriz analítica se consistir em proposições que (i) são necessariamente verdadeiras e (ii) explicam adequadamente a natureza do direito³⁸. Este é o *critério de sucesso* para avaliação das teorias jurídicas que Dickson emprega.

A autora reconhece que os dois itens do critério de sucesso são intimamente ligados, uma vez que a habilidade de uma teoria explicar adequadamente a natureza do direito depende de que esta mesma teoria seja formada por proposições

³⁵ No original: “ In this work, I am using "the nature of law" to refer to those essential properties which a given set of phenomena must exhibit in order to be law. The task of analytical jurisprudence, then, is to search for and explain those properties of law which make it into what it is. Such properties are evidently ones which law, at any time, and in any place, must exhibit. This being the case, another way of characterizing the task of analytical jurisprudence is to say that it is concerned with the nature of law in the abstract, as opposed to the way in which it is instantiated in particular legal systems.”

³⁶ Dickson admite que extraiu a definição de natureza do direito de **Can There Be a Theory of Law**, de Joseph Raz, que defende a distinção entre a investigação acerca da natureza do direito da investigação acerca do conceito de direito. Para Raz, o conceito de direito é relacionado à forma como as pessoas de determinada sociedade o percebem, sendo, nesse sentido, paroquial. Já a natureza do direito refere-se às características essenciais que o direito, em qualquer sociedade, deve ter para ser direito. A tarefa dos teóricos do direito é, portanto, primariamente explicar sua natureza, suas características essenciais, e, secundariamente, explicar o conceito de direito que as pessoas desenvolveram. A distinção entre conceito de direito e a natureza do direito será abordada com maior profundidade no Capítulo 3 (RAZ, 1996).

³⁷ Uma definição similar é oferecida por Scott Shapiro que relata que, ao se perguntar sobre a natureza do direito, os filósofos analíticos buscam respostas a, essencialmente, duas questões: (i) a identidade do direito, ou seja, o que é que faz do direito ser o que é e não alguma outra coisa e (ii) as implicações do direito, ou seja, o que segue a partir do momento que algo é direito (SHAPIRO, 2011, p. 8-9).

³⁸ No original: “A successful theory of law of this type is a theory which consists of propositions about the law which (i) are necessarily true, and (ii) adequately explain the nature of law” (DICKSON, *op. cit.*, p. 17). Novamente, sua definição é extraída de **Can There Be a Theory of Law**, de Joseph Raz (RAZ, 1996, p. 1).

necessariamente verdadeiras. Essa dependência é, contudo, somente uma condição necessária, mas não suficiente, para se avaliar o sucesso de uma teoria.

Não será qualquer conjunto de proposições verdadeiras que fará uma teoria ser bem-sucedida. O conjunto de proposições, além de verdadeiro, deve explicar adequadamente bem o seu objeto³⁹. Nesse sentido, a avaliação do sucesso de determinada teoria terá que incidir sobre aspectos substanciais da referida teoria, *i. e.*, questões de primeira ordem elencadas pelo teórico.

A teoria de Hart, sustenta Dickson, serve de exemplo de teoria jurídica bem-sucedida. Ao ter evidenciado a importância de se compreender o direito levando em consideração o ponto de vista daqueles que tomam as regras como guias para suas condutas, Hart pôde explicar uma grande quantidade de dados que antes eram explicados de maneira distorcida⁴⁰.

O argumento da autora em favor da delimitação da filosofia do direito, em termos analíticos e a partir desses “critérios de sucesso”, é que eles permitem ao teórico investigar as mais diversas questões teóricas relativas à natureza do direito. As duas outras opções de delimitação da filosofia do direito aventadas pela autora (i) em termos de delimitação por objeto (*e. g.*, criminologia, sociologia do judiciário e antropologia legal) ou (ii) em termos de atitudes em relação aos objetos (*e. g.*, postura crítica do estudioso em relação ao direito) são demasiado restritivas.

Só a filosofia analítica do direito e os critérios de sucesso permitem ao teórico admitir que o direito possa possuir um número indefinido de propriedades, sendo-lhe possível avaliar todos seus possíveis objetos (criminologia, sociologia, antropologia), adotando quaisquer atitudes em relação a ele (aprovação ou reprovação).

Para citar um exemplo, a autora consideraria excessivamente restritiva e circular (*question-begging*) qualquer tendência de se excluir do campo analítico

³⁹ Veremos adiante que uma das críticas de Dickson à teoria de Finnis é que tal teoria, no tocante à identificação da validade das normas, não responde bem a esse segundo critério.

⁴⁰ Um exemplo que ilustra que o ponto de vista interno adicionou ao poder explanatório das teorias jurídicas é dado por Macedo Junior. Um grupo de neonazistas ingressa numa sinagoga sem usar a quipá. Uma explicação sociológica externa que não levasse em consideração a regra como guia para conduta poderia descrever a atitude dos neonazistas como um mero sentimento compartilhado, um fato psicológico. Essa explicação seria inferior, já que a explicação hermenêutica proposta por Hart evidencia que o fato de os neonazistas entrarem na sinagoga sem o quipá ocorre *porque* querem transgredir a regra. No caso, eles conhecem a regra e a transgridem. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 120; DICKSON, *op. cit.*, p. 24).

teorias críticas do direito, como as teorias do *Critical Legal Studies*⁴¹, pois ela entende que não se deve excluir de início a possibilidade de que uma das características essenciais do direito seja consistir em um fenômeno essencialmente injusto em relação ao qual nós deveríamos ser críticos⁴². Da mesma forma, diz a autora, seria restritiva a exclusão de teorias como a de Finnis, que consideram como características essenciais do direito aquelas que o tornam uma instituição social moralmente valiosa ou justificada.

Dickson cita São Tomás de Aquino, Jeremy Bentham, John Austin, Hebert Hart, Hans Kelsen, Raz e John Finnis como autores analíticos. A autora exclui Dworkin dessa corrente por entender que a compreensão dele do direito vincula-o à visão de que a teoria jurídica não pode ser universal, no sentido proposto pelos demais autores⁴³.

Em suma, em termos metodológicos, Julie Dickson defende o uso da filosofia analítica do direito e disponibiliza um critério de sucesso para avaliar teorias analíticas. Com isso, ela pretende dispor do instrumental teórico para responder a seguinte questão, já colocada acima: “até que ponto, e, em que sentido, deve um teórico do direito fazer julgamentos de valor sobre o fenômeno que ele busca caracterizar para construir uma teoria do direito bem-sucedida?”. A teoria será bem-sucedida se (i) for constituída de proposições necessariamente verdadeiras e (ii) se essas proposições explicarem adequadamente a natureza do direito.

2 UMA NOVA TAXONOMIA

Antes de submeter as teorias de Raz, Finnis e Dworkin ao teste do critério de sucesso, Dickson propõe uma nova taxonomia, sugerindo a classificação das

⁴¹ Um dos grandes expoentes do Critical Legal Studies é o brasileiro Roberto Mangabeira Unger. Para mais vide (UNGER, 1996).

⁴² Pode-se pensar, como exemplo, no caso do nazismo. Mesmo tendo sido um sistema jurídico extremamente injusto, o teórico não deve descartá-lo de seu campo de análise.

⁴³ A exclusão de Dworkin do campo da filosofia analítica do Direito parece-me relacionada às críticas que Raz dirige a ele em **Can there be a theory of law** (RAZ, 1996, p. 14-18). Basicamente, Raz argumenta que a teoria de Dworkin é paroquial, no sentido de que depende da prática jurídica adotada em determinado país e, assim, não identifica as características essenciais que o direito deve ter a qualquer tempo e lugar. A resposta de Dworkin pode ser encontrada em seu artigo **The concepts of law** (DWORKIN, 2006, p. 227-231). Uma resposta dworkiniana pode ser encontrada em: **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea** (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 130 e seguintes).

teorias jurídicas em diretamente avaliativas x indiretamente avaliativas ao invés das classificações comumente empregadas na literatura especializada, como *is x ought*, teorias descritivas x teorias normativas ou teorias avaliativas x teorias não avaliativas.

A própria questão que a autora se propõe a responder ao longo do livro evidencia que sua investigação incide sobre o *tipo* de avaliação que os teóricos devem fazer e não sobre a existência ou não de avaliações nas teorias jurídicas. Ela lança mão dessa nova taxonomia já que, em sua opinião, as teorias que pretende analisar são avaliativas e o que as diferencia é o tipo de avaliação empreendida por cada teórico. A taxonomia anterior não comporta essa nuance e, por isso, Dickson sugere uma nova classificação.

Para Dickson, as teorias jurídicas de Hart, Raz, Finnis e Dworkin são igualmente avaliativas em dois sentidos, um “banal” e outro “não banal”.

No sentido “banal”, as teorias jurídicas desses autores são todas avaliativas ao procurarem realizar valores puramente metateóricos, como a busca pela clareza, simplicidade, elegância, coerência e abrangência (*comprehensiveness*). Todo teórico, em sua investigação, independentemente do campo de pesquisa, procura satisfazer esses valores. Esses valores são tão comuns aos pesquisadores – já que todos buscam comunicar seus argumentos de forma eficiente – que Dickson denomina esse nível de avaliação de “banal”. (DICKSON, 2001, p. 32).

O ponto ressaltado por Dickson embasa-se no fato de que os teóricos jurídicos que desejam comunicar seus argumentos com efetividade devem, necessariamente, realizar julgamentos de valor no curso da construção de suas teorias, de modo a garantir que exibam as virtudes metateóricas, como clareza, simplicidade e elegância. Nesse sentido, teorias como a de Hart, que se julgam puramente descritivas, são também avaliativas, ao menos no sentido metateórico. Assim, a classificação das teorias jurídicas a partir do critério “descrição x avaliação” resta prejudicada, já que são também avaliativas as teorias dos teóricos descritivos (DICKSON, 2001, p. 44.).

No sentido “não banal”, a concordância entre autores é de maior relevo e focada na teorização jurídica. Há convergência em relação à necessidade do teórico engajar-se em julgamentos de valor a respeito do que é importante e significativo a ser explicado da prática social sob sua análise e isto deve ser feito levando em consideração a compreensão do direito daqueles que vivem sob suas regras. Nas palavras de Dickson,

De modo a construir uma filosofia analítica do direito bem-sucedida, o teórico deve fazer julgamentos de valor corretos a respeito daquilo que é importante explicar sobre o direito e que deem a devida importância sobre a forma como o direito é compreendido por aqueles que vivem sob o direito, bem como deve oferecer explicações esclarecedoras sobre essas características julgadas importantes⁴⁴. (DICKSON, 2001., p. 44)

Em suma, Dickson argumenta que tanto ela, quanto os autores por ela estudados, concordam que, para construir uma boa teoria jurídica, o teórico deve realizar julgamentos (i) metateóricos, sobre a realização de valores como elegância e simplicidade e (ii) próprios à teorização jurídica, que deem a devida dimensão sobre como o direito é compreendido por aqueles que vivem sob sua jurisdição.

A taxonomia comumente empregada não dá conta desta nuance. A divisão entre teorias normativas x descritivas ou entre teorias valorativas x avaliativas não comporta o fato de que os teóricos do direito engajam-se em julgamentos de valor metateóricos e em julgamentos de valor sobre o que é importante e significativo de ser explicado⁴⁵. A classificação entre teorias diretamente avaliativas x teorias indiretamente avaliativas, por outro lado, possui a vantagem de captar essa nuance e, com isso, jogar luz sobre o que Dickson acredita ser o ponto verdadeiramente em disputa pelos autores, isto é, se as teorias devem ser moralmente avaliativas ou não.

Adentrando a taxonomia apresentada por Dickson, faz-se necessário diferenciar os dois tipos de teoria. Teorias indiretamente avaliativas são construídas a partir de proposições avaliativas indiretas, enquanto teorias diretamente avaliativas são construídas a partir de proposições avaliativas diretas.

Proposições avaliativas indiretas podem ser mais bem compreendidas se

⁴⁴ No original: “In order to construct a successful analytical jurisprudential theory, then, a theorist must make sound evaluative judgments regarding that which is important to explain about law which take adequate account of how law is understood by those living under it, and must offer illuminating explanations of those important features.”

⁴⁵ Em resumo, a crítica de Julie Dickson a tentativas de se classificar teorias do Direito em termos de *is* x *ought*, descrição x avaliação, valorativas x avaliativas é que essas classificações não dão conta de questões intermediárias – elas seriam muito simplistas para responder à complexidade das teorias. A autora, por exemplo, defende uma teoria avaliativa, mas não moralmente avaliativa. Nesse sentido, essa teoria será uma *ought theory*, normativa e valorativa, mas em nenhum dos sentidos habituais dessas palavras. As críticas que ela dirige às classificações tradicionais são apontadas tanto no capítulo introdutório de sua obra **Evaluation and legal theory**, quanto na discussão que ela trava com Stephen Perry no Capítulo 2 do mesmo livro. Esses argumentos reaparecem em publicações posteriores. Vide DICKSON, 2004, p. 123-133.

contrapostas às proposições avaliativas diretas. Estas são do tipo “X é bom”⁴⁶ e proposições diretas relativas ao direito seriam do tipo “obediência ao direito é bom”; “existe uma obrigação moral de se obedecer o direito” e “o direito é moralmente justificado”.

Já as proposições indiretas seriam do tipo “X é importante”, que, de forma alguma, implicariam na atribuição de algum valor, como bondade, a X. Tudo que se quer dizer nessa proposição é que X, independentemente de ser bom ou ruim, é importante e como tal requer uma explicação. Em outras palavras, numa avaliação indireta está-se a dizer que X tem propriedades avaliativas, que são importantes de serem avaliadas, sem, com isso, afirmar que X é bom ou ruim – conforme ocorre em uma avaliação direta⁴⁷.

3 O DESAFIO DE DICKSON

Uma vez estabelecido que as teorias se distingam em função do tipo de avaliação que empreendem, Dickson passa a avaliar as teorias de Raz, Finnis e Dworkin a partir das respostas que oferecem às teses da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica. Tais teses podem ser sucintamente descritas através das seguintes proposições:

- i. de modo a se compreender adequadamente o direito, o teórico deve avaliar moralmente o direito (tese da avaliação moral);
- ii. de modo a se compreender adequadamente o direito, o teórico deve defender que o direito consiste em um fenômeno moralmente justificado (tese da justificação moral); e
- iii. julgamentos de valor sobre as consequências morais benéficas de se defender certa teoria do direito podem legitimamente figurar como critério de sucesso de teorias jurídicas (tese da consequência do

46 Dickson restringe seus exemplos às avaliações positivas, pois Finnis e Dworkin argumentam que uma teoria jurídica deve fazer uso de avaliações diretas e positivas sobre o direito, de modo a explicá-lo adequadamente.

⁴⁷ Nas palavras da autora: “Indirectly evaluative propositions such as ‘X is important’, then, state that a given X has evaluative properties but they are evaluative properties from which it does not follow that this same X is good.” (DICKSON, 2001, p. 53-54).

benefício moral) (DICKSON, 2001, p. 9)⁴⁸.

Teorias diretamente avaliativas, como a de Finnis e de Dworkin, argumenta Dickson, são compatíveis com as três teses, enquanto a de Raz é incompatível. Dickson acredita que a opção de Raz é mais acertada e a rejeição das três teses lhe proverá uma teoria jurídica formada por proposições necessariamente verdadeiras e que explicam melhor a natureza do direito.

Deve ser lembrado que Dickson reconhece que as teorias de Raz, Finnis e Dworkin realizam julgamentos de valor, tanto metateóricos, como sobre a autocompreensão daqueles que vivem sob o direito. Sua nova taxonomia visa chamar atenção para esse fato. A diferença entre os autores se dá, entretanto, em relação ao tipo de julgamento de valor de suas teorias e Dickson buscará diferenciá-los através das respostas que oferecem às três teses.

Nesse sentido, o desafio de Dickson à teoria de Finnis corresponde aos argumentos que a autora utiliza para rejeitar as três teses. Nas três subseções abaixo, apresento a leitura que Dickson faz de Finnis de modo a enquadrá-lo nas três teses. Se a posição de Finnis é compatível ou não com a imagem que Dickson constrói é algo que pretendo abordar no decorrer da dissertação. Por ora, busco somente apresentar os argumentos de Dickson.

3.1 Tese da avaliação moral

Segundo a tese da avaliação moral, de modo a compreender adequadamente o direito, o teórico deve avaliá-lo moralmente. Como já mencionado, Dickson discorda dessa tese, enquanto Finnis, em sua leitura, com ela concorda.

Segundo narra Dickson, Finnis afirma que parte daquilo que o teórico

⁴⁸ No original: “(1) in order to understand law adequately, a legal theorist must morally evaluate the law (I will refer to this as the moral evaluation thesis); (2) in order to understand law adequately, a legal theorist must hold the law to be a morally justified phenomenon (the moral justification thesis); and, (3) value judgements concerning the beneficial moral consequences of espousing a certain theory of law may legitimately feature in the criteria of success of legal theories (the beneficial moral consequences thesis).”

deve investigar acerca de como aqueles que vivem sob o direito se autocompreendem é a forma como aqueles sujeitos ao direito compreendem a relação entre o direito e a moral.

A partir disso, Finnis asseveraria que (i) para o teórico avaliar quais são as características importantes do direito e explicá-las, ele mesmo, o teórico, deve avaliar moralmente o direito (tese da avaliação moral) e (ii) que essa avaliação levará à conclusão de que o direito é um fenômeno moralmente justificado, que faz jus às suas reivindicações de ser moralmente legítimo e deve ser obedecido (tese da justificação moral).

Nesta seção, foco na forma como, de acordo com Dickson, Finnis defende a tese da avaliação moral e na resposta que Dickson oferece a ele.

Na interpretação de Dickson, Finnis oferece dois argumentos em favor da avaliação direta ou moral.

O primeiro consistiria em reconhecer que, uma vez iniciado o processo sobre o que é importante e significativo se avaliar em relação à forma como os sujeitos ao direito se autocompreendem, não há ponto de parada, devendo o filósofo, ao fim, avaliar moralmente o direito, de modo a compreendê-lo adequadamente. Nesse sentido, as avaliações indiretas inevitavelmente levariam para as diretas, perdendo sentido a diferenciação entre esses dois tipos de avaliação (DICKSON, 2001, p. 45).

O outro argumento de Finnis afiançaria que, mesmo aceitando a distinção entre as proposições diretas e as indiretas, somente se alcança a avaliação sobre a importância de algo depois de se investigar se esse algo é bom ou ruim. Nesse contexto, os filósofos do direito precisam ocupar-se com avaliações diretas para só depois definirem sobre a necessidade das avaliações indiretas..

Em suma, Finnis defenderia que (i) as proposições indiretas levam necessariamente às diretas, já que não há ponto de parada ao teórico e, ao fim, ele avaliará moralmente o direito; e (ii) as proposições indiretas sobre aspectos do direito a serem explicados pelo teórico só podem ser suportadas por proposições diretas sobre esses mesmos aspectos. Assim, (i) as proposições diretas se confundiriam com as indiretas e (ii) mesmo reconhecendo que sejam distintas, as proposições diretas necessariamente precedem as indiretas.

Dickson contesta os dois argumentos de Finnis por meio da defesa das avaliações indiretas.

Em primeiro lugar, ela sustenta que as proposições diretas não se confundem com as proposições indiretas. Dickson concede que, muitas vezes, as proposições diretas podem dar suporte às proposições avaliativas indiretas. Por exemplo, no caso de se considerar algo bom, pode-se entender que esse algo seja importante a ser explicado. Isso, contudo, não afeta a distinção entre esses dois tipos de proposição, já que a autora não admite que de uma proposição indireta (“X é importante”) se alcance uma direta (“X é bom”). Como a derivação só funcionaria das proposições diretas para as indiretas, Dickson insiste que sejam as proposições consideradas de tipos distintos⁴⁹.

Quanto à eventual precedência das avaliações diretas sobre as indiretas, Dickson lança mão de dois exemplos.

Um anarquista poderia explicar adequadamente a natureza do direito, assim como um agnóstico poderia explicar adequadamente a natureza de uma missa. Ambos terão de avaliar como aqueles que vivem sob o direito ou sob a doutrina religiosa se autocompreendem. Ambos terão de selecionar quais são os fatores importantes a serem explicados, de modo a dar conta da natureza daquilo que desejam explicar. Em suma, ambos farão julgamentos de valor sobre o que desejam explicar.

Contudo, nem o anarquista precisará se converter ao sistema jurídico, nem o agnóstico terá de se tornar religioso. Eles não precisam avaliar moralmente o fenômeno que buscam explicar. Podem somente fazer julgamentos de valor sobre o que é importante e significativo explicar, levando em consideração os sujeitos ao direito ou os fieis da missa, sem se envolverem em avaliações sobre a qualidade (se o direito ou a fé católica são fenômenos bons ou ruins) daquilo sendo explicado. Por meio das avaliações indiretas, eles conseguem dar conta do fenômeno que pretendem estudar sem saírem de suas atitudes intelectuais originais. A mera possibilidade de um anarquista explicar adequadamente bem o direito seria uma prova de que as avaliações diretas não são necessárias à teorização jurídica.

⁴⁹ Sobre esse ponto, Luciana Reis, em sua dissertação de mestrado, apresenta um interessante exemplo: “Um exemplo pode ajudar a esclarecer o argumento da autora. Posso dizer, por exemplo, que, para adequadamente entender “Memórias Póstuma de Brás Cubas”, devo considerar que seu autor pretendeu fazer uma crítica à sociedade brasileira do século XIX. Ao considerar essa circunstância importante para o entendimento da obra, isso não significa que estou atribuindo à crítica em si algum valor positivo ou negativo, ou mesmo que eu esteja considerando que o autor foi bem-sucedido em realizá-la, mas simplesmente que ela deve ser levada em conta se quero entender adequadamente o livro” (REIS, 2013, pp. 90-91).

Ao rejeitar a tese da avaliação moral, Dickson visa a esclarecer que é possível, *i. e.*, existe espaço lógico para, nas palavras de John Gardner, teorizar tão somente através de proposições indiretamente avaliativas (GARDNER, 2001, p. vii).

Eu não pretendo oferecer um argumento conclusivo em favor do *approach* indiretamente avaliativo à teoria jurídica. Em grande medida, minha tarefa é aprofundar nossa compreensão sobre ele e mostrar como alguns daqueles que apresentam posições metodológicas rivais erraram ao assumir que não existe espaço para ele ocupar⁵⁰.

Infere-se, portanto, que, para Dickson, se assumirmos que existe espaço lógico para teorias que dependam exclusivamente de avaliações indiretas, então teorias como a de Finnis – que, segundo ela, não admitem esse mesmo espaço lógico – falham no primeiro critério de sucesso por ela colocado, já que suas proposições não são necessariamente verdadeiras. Em outras palavras, por não ser sempre necessário ao teórico elaborar proposições avaliativas diretas, não é uma verdade necessária que teorias jurídicas, para serem exitosas, tenham de fazê-lo. De acordo com a autora, essa crítica, por si só, já seria capaz de minar o projeto de Finnis.

3.2 Tese da justificação moral

Sobre a tese da justificação moral, Dickson acusa Finnis de confundi-la com a tese da avaliação moral. Ela defende que as duas podem e devem ser analisadas separadamente e que Finnis não responde satisfatoriamente a nenhuma das duas. Relembrando, segundo Dickson, Finnis afirma que (i) para o teórico avaliar quais são as características importantes do direito e explicá-las, ele mesmo, o teórico, deve avaliar moralmente o direito e (ii) que essa avaliação leva à conclusão de que o direito consiste em um fenômeno moralmente justificado, que faz jus às suas reivindicações de ser moralmente legítimo e deve ser obedecido.

Para justificar sua acusação, Dickson traz a seguinte passagem do

⁵⁰ No original, em nota de rodapé: “I do not pretend to offer a conclusive argument in favour of the indirectly evaluative approach to legal theory in this work. In large part, my task is to deepen our understanding of this approach, and to show how some of those espousing rival methodological positions have been mistaken in assuming that there is no ground for it to occupy.” (DICKSON, 2001, p. 65).

primeiro capítulo de **Natural Law and Natural Rights**:

Se há um ponto de vista pelo qual a obrigação jurídica é tratada ao menos presumivelmente como uma obrigação moral [...] então esse ponto de vista irá constituir o caso central do ponto de vista do direito [...] tal ponto de vista é o ponto de vista que deve ser usado como standard ou referência pelo teórico que for descrever as características da ordem jurídica⁵¹. (FINNIS *apud* DICKSON, 2001, p. 72)

Para a autora, Finnis parece defender que, uma vez que o teórico se engaja em avaliações morais para conseguir coletar e explicar as características importantes do direito, ele toma posição sobre os requerimentos da razão prática relativos a essas características e, ao fazer isso, conclui que o direito deve ser compreendido como um fenômeno moralmente justificado e que deve também ser obedecido, do ponto de vista moral⁵² (DICKSON, 2001, p. 72-73).

Dickson questiona esse entendimento. Para ela, o teórico não precisa, ao considerar a existência do direito do ponto de vista moral, adotar a visão daquele partícipe que entende ser o direito um fenômeno justificado nas reivindicações que faz, incluindo aí a reivindicação de que seja um fenômeno moralmente justificado e gere obrigações morais de obediência. Para a autora, existe uma diferença significativa entre afirmar que, para se explicar a natureza do direito, são necessárias avaliações morais por parte do teórico e afirmar que disso se segue que o direito seja um fenômeno moralmente justificado, cujas reivindicações de que deve ser obedecido sejam verdadeiras (DICKSON, 2001, p. 73).

Para ilustrar seu argumento, Dickson traz o exemplo do teórico racial

⁵¹ No original: “If there is a point of view in which legal obligation is treated as at least presumptively a moral obligation . . . then such a viewpoint will constitute the central case of the legal viewpoint. . . such a viewpoint is the viewpoint which should be used as the standard of reference by the theorist describing the features of the legal order.”

⁵² Outra formulação dessa caracterização de Finnis pode ser encontrada em **Methodology in jurisprudence**: a critical survey, também de autoria de Dickson, que aponta: “Finnis, however, claims that some of these points of view toward law are more important and significant than others in understanding law’s nature. His view is that the central case viewpoint, the point of view that allows law to come into and be sustained in existence, is that of the practically reasonable man who appreciates the moral value of the law and understands the way in which its unique properties assist us to live well and who hence holds the view that legal obligation presumptively entails moral obligation. According to Finnis, it is from this point of view—that of a practically reasonable person who regards legal obligation as presumptively entailing moral obligation—that the legal theorist must choose which features of law are most important and significant to explain. To perform that task well, a legal theorist must support his judgments of importance and significance with moral evaluations concerning the law’s ability to create moral obligations to obey it and to assist us in realizing certain values in our lives.” (DICKSON, 2004, p. 124-125).

crítico (*critical race theorist*)⁵³, que poderia adotar a postura de que o direito opera de modo a resultar em grandes injustiças para as pessoas consideradas de cor. Nesse sentido, ele defenderia que, para se ter uma abordagem adequada do direito, seria necessário avaliá-lo do ponto de vista moral, inclusive para criticar a atual composição do direito. No entanto, disso não seguiria defesa do direito como uma instituição moralmente justificada e que deve ser obedecida.

Deixarei para um momento posterior considerar se esse exemplo corresponde ao que Finnis efetivamente defende. Por ora, cabe ressaltar que Dickson entende que Finnis confunde indevidamente as duas teses. Uma vez separadas, a autora investe contra a defesa que Finnis faz da segunda.

Basicamente, seu ataque é dirigido ao uso que Finnis faz do artifício teórico do sentido focal (*focal meaning*) e sua relação com a definição do que é e o que não é direito. Segundo Dickson, Finnis não fornece um critério adequado sobre a validade das normas e, com isso, o argumento de que o direito é um fenômeno moralmente justificado, que reivindica obediência, fica enfraquecido⁵⁴.

O argumento de Dickson começa com sua suspeita de que Finnis a retrucaria afirmando que nem todas as leis são moralmente justificadas e, portanto, geram deveres de obediência, visto que leis injustas não são leis no sentido focal.

Dickson reconhece que Finnis busca se distanciar dos problemas que a doutrina jusnaturalista enfrentou com a afirmação de que “leis injustas não são leis⁵⁵”. Para tanto, o autor introduz a noção de sentido focal, que o permite argumentar que leis injustas não são leis no sentido focal, mas o são no sentido intrassistêmico ou institucional.

Quer dizer, se por um lado, Finnis concordaria com a tese positivista das fontes sociais⁵⁶, identificando as normas válidas num sentido intrassistêmico, por outro, ele diria que o caso central do direito ou as leis no sentido focal correspondem às regras feitas para a comunidade completa, que permitem a resolução de problemas

⁵³ Esse exemplo foi originalmente formulado por Raz em “*On the Nature of Law*” (RAZ, 1996), que acusa Finnis de endossar a equivocada tese da justificação moral.

⁵⁴ Por ora, minha preocupação será tão-somente reconstruir o ataque de Dickson a Finnis. Pretendo discorrer sobre a noção de sentido focal de forma mais aprofundada em momento posterior deste estudo.

⁵⁵ Para mais, vide o item II.4 do NLNR (FINNIS, 2011)

⁵⁶ A tese das fontes sociais defende que a “teoria do direito só é aceitável se seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência depender exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de serem descritos em termos *value-neutral* e sem que se recorra a argumentos morais” (RAZ, 2011, p. 39-40)

de coordenação naquela comunidade para a consecução do bem comum.

Para Dickson, a tese de Finnis, ao afirmar que não há um sentido unívoco à palavra lei – já que teríamos leis no sentido intrassistêmico e leis no sentido focal–, deixa a dúvida para o teórico e para o sujeito ao direito sobre quando devem obediência às leis.

Basta que a lei seja aprovada pelo órgão competente ou ela deve também ser uma forma de consecução do bem comum? O positivismo, afirma Dickson, tem uma resposta clara: a lei é lei quando aprovada pelo órgão competente, independentemente de seu mérito ou demérito.

E Finnis, que resposta teria à lei aprovada que fere o bem comum? Segundo Dickson, na melhor das hipóteses, ele teria um passe de mágica (*sleight of hand*), já que numa mão diria que tal lei é lei num sentido intrassistêmico e na outra diria que ela não é lei no sentido focal. Daí poderia dizer que só as leis no sentido focal geram deveres de obediência. Assim, a resposta de Finnis não forneceria uma resposta precisa ao cidadão que busca saber se ele deve obedecer às leis ou não, falhando na função do direito de orientar as condutas dos cidadãos.

Dickson insiste e oferece nova possível réplica de Finnis. Nessa réplica, o autor sustentaria que não há incongruência em defender o uso da palavra “lei” em dois sentidos distintos, uma vez que a legalidade/validade (*legality*) é uma questão de grau. E aqui me parece que ela oferece seu argumento final:

Eu considero problemática a tese dos graus de legalidade (*degrees of law*) de Finnis pela razão que ela não me parece levar a sério o empreendimento de se identificar quais são as propriedades essenciais do direito⁵⁷. (DICKSON, 2001, p. 77)

⁵⁷ O contexto dessa citação é mais amplo e pode esclarecer melhor o argumento da autora. “I regard Finnis' ‘degrees of law’ thesis as problematic for the reason that it does not seem to take seriously the enterprise of identifying what law's essential properties are. Moreover, it does not seem to take this enterprise as seriously as Finnis himself evidently takes it all the way through **Natural Law and Natural Rights**. Surely it matters to Finnis whether or not law is the kind of social institution which generates a general moral obligation to obey it? This is an issue which Finnis foregrounds in his book and which he tries throughout to convince us lies right at the heart of understanding what law is, and the values which it can help us to realise in our lives. Whether or not it is in the nature of law that it creates a general moral obligation to obey it is thus evidently an important question which Finnis commits himself to answering in the course of **Natural Law and Natural Rights**, and answer it he does, in the affirmative. [...] Having done so, and having so unswervingly argued a case to this effect, it seems odd that he then also wishes to espouse the view that we can say of a norm which passes the relevant social facts test but which offends against the common good and so does not bring with it an obligation to obey it, either that it is law, or that it is not law, and that there is no need to take a decisive stance on what law's essential properties are.”

Em suma, a suposta tese de Finnis de que o direito seria um fenômeno moralmente justificado é contestada por Dickson, já que Finnis não oferece um critério claro para discernir quando se deve obediência ao direito e quando não se deve. Nesse sentido, está claro que Dickson considera a teoria de Finnis fracassada no que concerne aos critérios de sucesso por ela colocados. Além de não consistir em proposições necessariamente verdadeiras, já que há espaço lógico para teorias indiretamente avaliativas, tampouco cumpre a tarefa de explicar adequadamente a natureza do direito, haja vista que não dá conta de esclarecer quais são as normas válidas.

3.3 Tese da consequência moral benéfica

Conforme expliquei anteriormente, Dickson não caracteriza explicitamente Finnis como um defensor da tese da consequência moral benéfica. Nesse ponto, seu ataque é dirigido principalmente a Dworkin⁵⁸. No entanto, a tese em questão compõe um dos elementos característicos dos autores aos quais Dickson atribui o emprego de avaliações diretas. Uma vez que a autora coloca Finnis dentro dessa categoria, acredito que podemos considerar que, segundo Dickson, ele adere a essa tese.

A questão relativa à tese das consequências morais benéficas é se a consequência moralmente positiva de se adotar certa teoria poderia figurar como um dos critérios de sucesso das teorias jurídicas. Em outras palavras, uma teoria jurídica poderia ser considerada bem-sucedida se trouxesse consequências moralmente benéficas? A resposta de Dickson é negativa e uma evidência disso reside no fato de esse não ser um dos critérios de sucesso elencados por ela para avaliar teorias jurídicas. Contudo, ela desenvolve um argumento em favor de sua posição.

A ideia de consequência moral benéfica teria surgido, de acordo com Dickson, no artigo *Positivism as Pariah*, de Frederick Schauer⁵⁹. No artigo, o autor defende que a tese positivista das fontes sociais é moralmente benéfica porque traz

⁵⁸ O título do capítulo 5 do livro de Dickson, **The beneficial moral consequences thesis and an introduction to dworkinian methodology**, deixa claro que o foco do debate a respeito da tese das consequências morais benéficas é com Dworkin

⁵⁹ SCHAUER, 1996.

clareza e facilita o escrutínio moral da lei. Dessa forma, a habilidade de promover clareza e raciocínio crítico sobre a legalidade, moralidade e a relação entre ambas seria um critério de sucesso, na opinião de Schauer, para se adotar a tese positivista das fontes sociais (SCHAUER, 1996; DICKSON, 2001, p. 89-90).

A crítica que Dickson oferece a essa concepção é de que ela parece reduzir a teoria jurídica a não mais do que a um exercício de otimismo exagerado (*wishful thinking*): “nós podemos escolher se acreditamos que o direito tem as propriedades X ou Y, dependendo das consequências morais benéficas que acreditamos que resultarão dessa escolha.” O ponto dela é que se formos livres para decidir se o direito tem certa propriedade, tendo em vista que essa propriedade traz consequências benéficas para nós, então nós não estaremos mais falando da natureza do direito, mas de algo como a natureza do direito ideal (DICKSON, 2001, p. 89-90).

Como pretendo esclarecer ao longo da dissertação, Finnis, defende algo similar à tese das consequências morais benéficas, já que, para ele, o teórico deve justificar moral e politicamente os conceitos que utiliza em sua teoria, justificando, dentre outras coisas, suas consequências morais benéficas.

4 CONCLUSÃO

Nesse capítulo tive por objetivo reconstruir os argumentos que Julie Dickson lança contra a teoria de John Finnis. Se tiver obtido êxito, a teoria de Finnis nos parecerá severamente abalada. Não só a teoria indiretamente avaliativa de Dickson terá se revelado possível, como despontará como aquela que oferece melhores explicações acerca da natureza do Direito.

Nas páginas finais de seu livro, a autora resume o que sua investigação lhe permitiu concluir:

Portanto – como nós devemos explicar a natureza do direito? Rejeitando as teses da avaliação moral, da justificação moral e das consequências morais benéficas e adotando a abordagem indiretamente avaliativa à teoria jurídica, que busca selecionar e explicar as características importantes e significantes do direito, sem prejudicar a questão se essas características tornam o direito um fenômeno bom ou justificado. Qual será o ponto de se fazer isso? Aprofundar nossa compreensão de uma instituição social centralmente importante, que tem influência direta sobre nossas vidas, e

servir como um guia no empreendimento de avaliarmos se, e em qual sentido, e sob quais condições, o direito é algo moralmente valioso⁶⁰.

Nessa passagem, fica clara a dimensão do desafio de Dickson. Evidentemente, a autora não busca só provar o espaço lógico para teorias indiretamente avaliativas. Pelo contrário, sua reivindicação é muito mais forte. É por meio de teorias indiretamente avaliativas, que rejeitam as teses da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica, que se pode conhecer melhor a natureza do direito e construir teorias jurídicas exitosas.

Para a autora, a teoria de Finnis não passa em seu teste, seja porque é construída sobre proposições que não são necessariamente verdadeiras (necessidade de avaliação direta), seja porque não explica adequadamente o objeto de seu estudo (crítica de Dickson aos graus de validade).

No próximo capítulo, sustento que Dickson não retratou bem a teoria de Finnis e que os desafios por ela lançados correspondem a argumentos que não atingem diretamente a teoria finnisiana. A crítica de Finnis é relacionada à recusa de autores positivistas adotarem o ponto de vista prático. A taxonomia de Dickson ofusca esse ponto, pois dá a entender que a diferença existente entre os teóricos é relacionada ao tipo de avaliação que fazem e não ao ponto de vista que adotam.

⁶⁰ No original: “So—how *are* we to go about explaining the nature of law? By rejecting the moral evaluation, moral justification and beneficial moral consequences theses, and adopting the indirectly evaluative approach to legal theory which seeks to pick out and explain the important and significant features of law, without prejudging the issue of whether or not they render law a good or justified phenomenon. What will be the point in so doing? To deepen our understanding of a centrally important social institution which has a pervasive influence on our lives, and to serve as an illuminating precursor to the enterprise of assessing whether, in what sense, and under what conditions the law may be morally worthy. (DICKSON, 2001, p. 144)

CAPÍTULO 2: ACERTANDO O PRUMO

No capítulo anterior expus os argumentos de Dickson para criticar a teoria de Finnis. Apresentei também o motivo pelo qual ela entende que sua taxonomia elucida melhor as distinções entre as teorias jurídicas. Como todas as teorias são avaliativas⁶¹, a diferença entre elas poderia ser mais bem explicada distinguindo o tipo de avaliação que fazem.

Neste capítulo procuro defender que a leitura de Dickson é equivocada. A autora extrai do Capítulo 1 de **NLNR** a existência de dois tipos de teorização: diretamente avaliativa e indiretamente avaliativa. Na sua interpretação, uma teoria diretamente avaliativa seria uma continuação possível, porém desnecessária, de uma teoria indiretamente avaliativa⁶². Acredito que essa leitura não corresponde ao argumento de Finnis em **Evaluation and the description of law**, pois o autor não parece reconhecer a existência desses dois tipos de teorização. Para ele, só existiria uma abordagem metodológica ao filósofo do direito: a teorização a partir do ponto de vista prático, que é algo diferente das duas abordagens apresentadas por Dickson.

No posfácio ao **NLNR**, comentando seu primeiro capítulo, Finnis repreende seus oponentes, visto que “os desafios já publicados ignoram, ou na melhor das hipóteses, injustificadamente mutilam seu argumento (do primeiro capítulo)” (FINNIS, 2011, P. 426). Conforme apontado, entendo que parte da má compreensão se deve à densidade e complexidade dos argumentos apresentados. Outra parte, deve ser creditada ao próprio Finnis, que poderia tê-los explicitado melhor. Uma explicação abrangente do argumento central de **Evaluation and the description of law** só será fornecida nos comentários presentes ao posfácio ao **NLNR**. Por isso,

⁶¹ Vide seção 2 do Capítulo anterior.

⁶² Michelle Madden Dempsey (2012, pp. 837-838) também entende que Dickson acredita que a teoria diretamente avaliativa é uma continuação desnecessária das teorias indiretamente avaliativas: “If we conceive of direct and indirect evaluation as representing different stopping points on a road toward understanding law, then the key difference between Raz and Finnis, as Dickson explains, is that for Finnis, “once we have started down the evaluative road there is no place to stop. (...)It is clear that Dickson’s point in distinguishing direct and indirect evaluation is to motivate the idea that there *is* indeed a place to stop before we get all the way to direct evaluation of law. She, along with Raz, believe that Finnis stays on the bus far longer than necessary—that there is no need to engage in direct evaluation of law as Finnis does—and that getting off earlier with Raz, at the stop marked “indirect evaluation,” is sufficient to put someone in position to give an adequate account of law’s salient features.”

sempre que necessário, recorrerei a eles como apoio à leitura que apresento do primeiro capítulo de **NLNR**.

No posfácio, Finnis aponta que o argumento central do capítulo está contido na seguinte passagem:

Uma teoria do direito natural reivindica ser apta a identificar as condições e princípios de pensamento prático correto, da ordem boa e própria entre as pessoas e da conduta individual. A não ser que dita reivindicação seja justificada, a filosofia analítica do direito em particular e (pelo menos uma boa parte de) todas as ciências sociais em geral não podem ter um critério criticamente justificado para a formação de conceitos gerais, e devem se contentar em serem nada mais do que a manifestação de vários conceitos peculiares à pessoas particulares e/ou à teóricos que se preocupam com essas pessoas (FINNIS, 2001, p. 18)⁶³.

De fato, a conclusão final de Finnis é que a descrição dos conceitos importantes e significativos para os partícipes do sistema é (ou deve ser) precedida pela justificação, por parte do teórico, da seleção desses conceitos. Tal justificação é realizada a partir do ponto de vista prático e, nesse sentido, a descrição dos conceitos é normativa e engajada.

Para alcançar sua conclusão, resumidamente, Finnis percorre o seguinte trajeto argumentativo: (i) teorias que levam em consideração o ponto de vista prático são mais bem sucedidas do que teorias que o desconsideram; (ii) teorias que diferenciam o caso central do ponto de vista prático de casos periféricos são mais bem sucedidas que teorias que não os diferenciam; (iii) para identificar o caso central do ponto de vista prático, o teórico deve avaliar aquilo que busca descrever; e (iv) teóricos que não avaliam aquilo que visam descrever produzem nada além de lexicografia. Com essas premissas, Finnis conclui que a descrição dos conceitos é (e deve ser) justificada, moral e politicamente, pelo teórico.

O argumento é denso e complexo e, nesse momento, ainda deve soar obscuro. Por isso, tanto pela própria compreensão do que Finnis busca sustentar, quanto para afastar a leitura de Dickson, faz-se necessário *acertar o prumo*, a partir da

⁶³ No original: “A theory of natural law claims to be able to identify conditions and principles of practical right-mindedness, of good and proper order among persons, and in individual conduct. Unless some such claim is justified, analytical jurisprudence in particular and (at least the major part of) all the social sciences in general can have no critically justified criteria for the formation of general concepts, and must be content to be no more than manifestations of the various concepts peculiar to particular peoples and/or to the particular theorists who concern themselves with those people.”

releitura de **Evaluation and the description of law**, para posteriormente expor o verdadeiro debate metodológico entre Finnis e os autores positivistas.

O presente capítulo está dividido em quatro seções. Na primeira, recupero a leitura de Dickson, focando nos trechos que ela seleciona da obra de Finnis. Na segunda, apresento outra leitura do Capítulo 1 de **NLNR**, chamando atenção para a convergência ou divergência entre a minha leitura e a de Dickson. Na terceira, aponto aquilo que me parece ser o verdadeiro ataque de Finnis, que atingiria a proposta de teorização indireta de Dickson. Por fim, concluo, retomando o argumento desenvolvido ao longo do capítulo.

1 A LEITURA DE DICKSON

O propósito desta seção é esclarecer a leitura que a autora faz do primeiro capítulo de **NLNR**. De certa forma, o que pretendo apresentar já foi tratado na seção 2 do capítulo anterior. Naquela seção, entretanto, o foco era expor o argumento de Dickson, enquanto nesta o objetivo é exibir como ela extrai do **NLNR** a ideia de teorias indiretamente avaliativas.

Na seção C, **Evaluation and legal theory: all or nothing at all**, do capítulo 2 de sua obra, Dickson desenvolve o argumento que a permitirá concluir que todas as teorias são avaliativas. Esse *insight* foi extraído de um trecho do Capítulo 1 de **NLNR**, no qual Finnis afirma:

Não há escapatória ao requerimento teórico de que um julgamento de significância e importância deve ser feito se a teoria se pretende mais do que um monte de fatos descritos numa infinidade incomensurável de terminologias (FINNIS, 2011, p. 18 apud DICKSON, 2011, p. 39)⁶⁴.

Dessa passagem, Dickson extrai a necessidade dos teóricos realizarem julgamentos metateóricos, sendo impossível uma teoria ser *value-free*. Mas isso, na leitura de Dickson, ainda não atingiria o cerne da questão do capítulo inaugural de **NLNR** (DICKSON, 2011, p. 39).

⁶⁴ No original: "there is no escaping the theoretical requirement that a judgement of significance and importance must be made if theory is to be more than a vast rubbish heap of miscellaneous facts described in a multitude of incommensurable terminologies"

Finnis também teria alegado que os julgamentos sobre importância e significância são entrelaçados à tarefa avaliativa que os teóricos do direito, em particular, estão envolvidos, dada a natureza dos dados com os quais a teoria jurídica se preocupa. Essa segunda alegação teria ficado evidente no curso da argumentação de Finnis de que o teórico não deve só selecionar e explicar as facetas importantes e significativas de seus dados, mas, ao fazer isso, ele deve (DICKSON, 2001, p. 39):

Avaliar a importância ou significância em semelhanças e diferenças dentro do seu objeto de estudo, questionando-se o que seria considerado importante ou significativo nesse campo por aqueles cujas preocupações, decisões e atividades criam ou constituem seu objeto de estudo. (FINNIS, 2001, p. 12 apud DICKSON, p. 39)⁶⁵.

Esse ponto também é aceito por Raz, que diferencia o conceito “direito” de conceitos como “massa” ou “eléctron”. Tratando do direito, nós não somos livres para escolhermos qualquer conceito por mais frutífero que seja.

A principal tarefa das teorias jurídicas é avançar a nossa compreensão da sociedade ao nos ajudar a compreender como as pessoas se compreendem a si mesmas. Para fazer isso, o teórico se engaja em julgamentos de valor, visto que tais julgamentos são inescapáveis na tentativa de se separar o que é central e significativo na nossa compreensão do conceito de direito (RAZ, 1994 apud DICKSON, 2001, p. 40)⁶⁶.

Por isso, Dickson conclui

O teórico não introduz um conceito novo para melhorar sua compreensão do comportamento das pessoas que não são familiares com esse conceito. Pelo contrário, ele busca elucidar conceitos que as pessoas já conhecem e fazem uso ao caracterizarem a sociedade na qual elas vivem, e seus próprios comportamentos e atitudes dentro dela (...). O teórico do direito, portanto, não se engaja somente em avaliações sobre o que é importante e significativo sobre seus dados, como qualquer teórico [de qualquer área de pesquisa] deve fazê-lo, mas está a fazer julgamentos de valor a respeito daquilo que é importante e significativo sobre o direito, que levam em

⁶⁵ No original: “Assess importance or significance in similarities and differences within his subject-matter by asking what would be considered important or significant in that field by those whose concerns, decisions and activities create or constitute the subject-matter.”

⁶⁶ No original: “We are not free to pick on any fruitful concepts. It is a major task of legal theory to advance our understanding of society by helping us to understand how people understand themselves. To do so it does engage in evaluative judgement, for such judgement is inescapable in trying to sort out what is central and significant in the common understanding of the concept of law”

consideração, e buscam explicar, a forma como aqueles que vivem sob o direito o compreendem. (DICKSON, 2011, p. 43)⁶⁷.

Na leitura de Dickson, portanto, Raz e Finnis concordam que o teórico deve realizar julgamentos de valor (i) metateóricos e (ii) sobre a forma como as pessoas se autocompreendem⁶⁸. Ainda, ambos consentem que a escolha dos conceitos que aplicarão em suas teorias não é livre e deve ser tomada a partir daquilo que é considerado importante e significativo pelas pessoas que participam do sistema jurídico. Os autores discordariam, contudo, sobre se esses dois tipos de avaliação são suficientes. Para Raz, eles o são, enquanto para Finnis, não, já que seria necessário ao teórico finnisiano explicar moralmente o que é considerado importante e significativo pelos partícipes. Daí a distinção entre teorias indiretamente avaliativas, cujos representantes são Raz e Hart, e teorias diretamente avaliativas, cujos representantes são Finnis e Dworkin.

Apesar de conceder que Finnis possa ser caracterizado, com algumas ressalvas, como um teórico que produz teoria do tipo diretamente avaliativo, entendo que o Capítulo 1 de **NLNR** não deixa espaço para teorias indiretamente avaliativas. Finnis entende que só existe um tipo de teorização: aquela feita a partir do ponto de vista prático. E adotar o ponto de vista prático inevitavelmente leva o teórico a selecionar aquilo que é importante e significativo com base em critérios morais. Nesse sentido, a avaliação de que Finnis trata em **Evaluation and the description of law** é normativa, engajada e direta. Com a releitura do Capítulo 1, espero esclarecer esse ponto.

⁶⁷ No original: “The legal theorist is thus not merely engaging in evaluative judgements regarding that which is important and significant about his data, as any theorist must, but is making evaluative judgements regarding what is important and significant about law which take account of, and attempt to explain, the way in which it is viewed by those living under it. (...)”

⁶⁸ No mesmo sentido, ver (POSTEMA, 2011, p. 555). Na opinião de Postema, na visão de Raz, a tarefa da teoria jurídica é “to make intelligible the views of those committed to the practice of law, including working out what those who are committed to the view would have to show if they were to make a convincing case for their view, but he insisted that this falls short of showing that the view is justified and it does not even start, as Finnis insisted, from the defeasible premise that the view is justified.” Apesar de concordar com Postema que Raz é tornar inteligíveis os pontos de vista internos ou jurídicos, assim como concebidos pelos partícipes, discordo de que Finnis parta da premissa de que esses pontos de vista são justificados. Na resposta final às três teses de Dickson, tratarei desse argumento na replica à tese da justificação moral.

2 RELENDO “EVALUATION AND THE DESCRIPTION OF LAW”

Evaluation and the description of law, Capítulo 1 de **NLNR**, é dividido em cinco seções: (i) a formação dos conceitos para a ciência social descritiva; (ii) atenção ao ponto de vista prático; (iii) seleção do caso central e do sentido focal (*focal meaning*); (iv) seleção do ponto de vista; e (v) a teoria do direito natural.

A primeira seção se inicia com a seguinte assertiva:

Existem bens humanos que só podem ser assegurados por meio de instituições do direito humano, e requerimentos da razoabilidade prática que só essas instituições podem satisfazer. É o objeto deste livro identificar esses bens e esses requerimentos da razoabilidade prática, e, com isso, expor como e em que condições essas instituições são justificadas e os modos que elas podem ser (e algumas vezes são) imperfeitas⁶⁹. (FINNIS, 2011, p. 3)

No prefácio, Finnis esclarece o objetivo de seu livro: identificar os bens humanos⁷⁰ e os requerimentos da razoabilidade prática⁷¹ que só o direito pode assegurar. Por isso, o núcleo de sua obra – capítulos III a XII – esboça o “que

⁶⁹ No original: “There are human goods that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy. It is the object of this book to identify those goods, and those requirements of practical reasonableness, and thus to show how and on what conditions such institutions are justified and the ways in which they can be (and often are) defective.”

⁷⁰ Para mais sobre os bens humanos básicos, vide os capítulos 3 e 4 de **NLNR**. De forma resumida, os bens humanos básicos são: vida, conhecimento, jogos (*play*), experiência estética, sociabilidade (amizade), razoabilidade prática e religião. Os bens humanos básicos podem ser chamados de “valores”, no sentido de serem formas gerais de bem em que se pode participar ou realizar de indefiníveis maneiras ou ocasiões. Na opinião de Finnis, um bem/valor nunca é plenamente alcançado ou terminado, mas sempre participado. Nós firmamos um compromisso com um bem/valor e, assim, participamos dele. Qualquer expressão sobre a nossa compreensão de um valor (bem humano básico) que nos forneça um ponto de início para raciocinarmos sobre o que fazer é um *princípio da razoabilidade prática* (*principle of practical reasonableness*). Por exemplo, “conhecimento é algo bom de se ter” é a formulação de um princípio prático do bem conhecimento. (FINNIS, 2011, pp. 61-63).

⁷¹ Para mais sobre os requerimentos da razoabilidade prática, vide o Capítulo 5 de **NLNR**. Resumidamente, os requerimentos da razoabilidade prática possibilitam a escolha da ação a ser adotada, tendo em vista os bens humanos básicos que a ação humana pode realizar. O bem da razão prática, que é instanciado/participado justamente na tomada de decisão sobre a instanciação/participação nos outros bens básicos, serve para nos orientar em nossas escolhas práticas. Os valores básicos humanos não ganham força moral até serem colocados/exercidos diante de possibilidades limitadas de projetos e ações. A forma como são colocados/exercidos é exatamente o problema da razoabilidade prática. Finnis elenca oito requerimentos: (i) plano de vida coerente; (ii) nenhuma preferência arbitrária entre os valores; (iii) nenhuma preferência arbitrária entre as pessoas; (iv) distanciamento e comprometimento; (v) a (limitada) relevância das consequências: eficiência, dentro dos limites da razão; (vi) respeito por cada valor básico em cada ato; (vii) os requerimentos do bem comum; e (viii) seguir sua própria consciência.

taxonomistas denominariam uma ‘ética’, uma ‘filosofia política’ e uma ‘filosofia ou teoria do direito’” (FINNIS, 2011, p. v).

No primeiro capítulo, contudo, sua atenção está voltada ao papel da avaliação e da descrição na formulação das teorias jurídicas.

Finnis continua e afirma, logo no parágrafo seguinte, que:

Geralmente se supõe que a avaliação do direito como um tipo de instituição social, se é que deve ser feita, deve ser precedida por uma descrição avaliativa e por uma análise da instituição tal como existe de fato. Mas, o desenvolvimento da moderna teoria do direito sugere, e a reflexão sobre a metodologia de qualquer ciência social confirma, que nenhum teórico pode elaborar uma descrição teórica e uma análise dos fatos sociais sem também participar na tarefa da avaliação, de compreender o que realmente é bom para as pessoas humanas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática⁷². (FINNIS, 2011, *loc. cit.*)

Numa primeira leitura, esse trecho parece dar suporte à tese de Dickson de que todos os teóricos realizam julgamentos de valor e suas teorias são avaliativas. O trecho em que se afirma “que nenhum teórico pode elaborar uma descrição teórica e uma análise dos fatos sociais sem também participar na tarefa da avaliação” dá a entender que Dickson teria solucionado a questão. Com as avaliações indiretas, Dickson elidiria a crítica de Finnis àqueles que sustentam que a avaliação do direito deve ser precedida por uma “descrição avaliativa e por uma análise da instituição tal como existe de fato”. Como pretendo argumentar no próximo capítulo, a tese de Dickson, entretanto, não elide a crítica, já que a teorização por meio de avaliações indiretas é, na verdade, uma rerepresentação da tese de que a descrição deve ser avaliativa, precedendo a avaliação em si.

Na sequência do trecho acima citado, Finnis destaca que a filosofia do direito, seja de cunho analítico ou de cunho sociológico, busca descrever, analisar e explicar um objeto. Tal objeto é constituído por ações humanas, práticas, hábitos, disposições e discursos. A completa compreensão das ações e práticas só ocorre quando o teórico atenta para seu ponto, seu objeto, valor, significância e importância,

⁷² No original: “It is often supposed that an evaluation of law as a type of social institution, if it is to be undertaken at all, must be preceded by a value-free description and analysis of that institution as it exists in fact. But the development of modern jurisprudence suggests, and reflection on the methodology of any social science confirms, that no theorist can give a theoretical description and analysis of social facts without also participating in the work of evaluation, of understanding what is really good for human persons, and what is really required by practical reasonableness.”

tal como concebidos por aqueles que os executam (os partícipes do sistema jurídico). Ocorre que as concepções (dos partícipes) do ponto das ações são distintas e isso se reflete nos diferentes discursos e conceitos dos partícipes. Dado que existem distintos conceitos e discursos, Finnis questiona: “como, então, pode existir uma teoria geral e descritiva desses particulares ?” (2011, pp. 3 – 4).

Se a tarefa do teórico fosse listar tudo aquilo que é importante e significativo para os partícipes, o resultado de sua investigação seria um dicionário e não uma teoria. Por isso, para Finnis, o teórico deve selecionar os conceitos (tal como concebidos pelos partícipes), sendo-lhe necessário adotar algum critério para incluir ou excluir certas concepções de sua descrição. O fato de que o teórico seleciona os conceitos com base num critério evidenciaria que sua tarefa não é neutra, visto que ele mesmo, o teórico, realiza um julgamento de valor ao selecionar o critério que empregará para selecionar os conceitos de sua teoria.

Qual critério de seleção deve ele utilizar para justificar a definição (o conceito) de direito que adota? Segundo Finnis, os filósofos analíticos do direito mais antigos, Bentham e Austin, não fornecem nenhuma razão ou justificativa para as definições de direito e de filosofia do direito que sustentam. O autor especula que Bentham⁷³ tenha aplicado como critério a concepção do direito como uma entidade real que causa impressões empíricas na mente. Já em Austin, Finnis supõe que o critério seja simplicidade e definitividade (*definiteness*).

Kelsen⁷⁴ tampouco teria dado a devida atenção ao critério a ser empregado para justificar a definição de “direito” como uma “técnica social que consiste em obter a conduta desejada dos homens através de uma medida de coerção a ser aplicada em caso de conduta contrária.” (KELSEN, 2005, p. 29). A definição de “direito” como uma técnica específica baseada na sanção seria aplicável tanto à antiga Babilônia, quanto aos Estados Unidos e tanto à tribo negra sob a liderança de um chefe despótico, quanto ao moderno Estado suíço. Segundo Finnis, o critério de

⁷³ A definição de direito de Bentham, nas palavras de Finnis, é “*an assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state*”. Finnis extrai a definição do *Of laws in general* de Bentham (FINNIS, 2011, p. 4).

⁷⁴ Kelsen sustenta que sua orientação teórica é a mesma da filosofia analítica do direito, cujo maior representante seria Austin. Ambas buscam obter seus resultados exclusivamente por meio da análise do direito positivo, separando assim a ciência jurídica da filosofia da justiça e da sociologia do direito. Naquilo em que divergem, diz Kelsen, “o fazem porque a Teoria Pura do Direito tenta conduzir o método da jurisprudência analítica de modo mais coerente que Austin e seus seguidores” (KELSEN, 2005, p. XXXI).

Kelsen para selecionar determinado conceito de direito aparenta ser a universalidade da técnica social por ele identificada.

Por não terem dado a devida atenção ao critério que empregam na seleção dos conceitos, Finnis chama de ingênua as metodologias de Bentham, Austin e Kelsen. Hart e Raz, por outro lado, teriam notado a importância de selecionarem um critério para a seleção dos conceitos e, com isso, rompido com a metodologia ingênua de seus antecessores. A sofisticação dos métodos de Hart e Raz possuiria três características principais, que Finnis explica nas seções (ii), (iii) e (iv).

Na seção (ii), “atenção ao ponto de vista prático”, Finnis destaca que Hart e Raz evoluíram em suas descrições, pois levaram em consideração o ponto de vista prático.

Mantendo a abordagem descritiva de seus antecessores, Hart critica a teoria de Kelsen por “não se encaixar nos fatos” (HART apud FINNIS, 2011, p. 6). Finnis ressalta, entretanto, que os “fatos” nos quais a teoria de Kelsen é acusada de não se encaixar bem são fatos sobre a *função* do direito. Ou seja, Kelsen não teria descrito corretamente a função do direito. Nesse sentido, em Hart, o direito seria descrito, por exemplo, (i) em termos de regras *para* a direção da conduta dos cidadãos, (ii) como sendo composto por regras secundárias *de modo a* remediar os defeitos de um regime pré-jurídico e (iii) de forma a possuir um conteúdo mínimo *com vistas a* garantir a sobrevivência da sociedade e dos seus membros. Assim, as “funções do direito” são descritas tendo-se por critério de seleção o ponto de vista prático (FINNIS, 2011, p. 7).

Finnis observa que Raz vai adiante na consideração do ponto de vista prático. O direito não é, para ele, um sistema qualquer de normas, mas um sistema que provê um método autoritativo de resolução de conflitos, por meio de normas que (i) fornecem orientação vinculante para “instituições primárias” (que resolvem os conflitos) e (ii) orientam os indivíduos cujo comportamento pode vir a ser avaliado e julgado por essas instituições (RAZ, 1999 apud FINNIS, 2011, p.7).

Finnis afirma que as abordagens de Hart e de Raz se pretendem descritivas⁷⁵ e buscam identificar o direito com base em critérios não avaliativos. E, com isso, conclui:

[...] é óbvio, então, que as diferenças nas descrições [entre as teorias de Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Raz] derivam de diferenças de opinião, dentre os teóricos descritivos, sobre o que é *importante* e *significativo* no campo dos dados e da experiência com os quais eles são igual e completamente familiares⁷⁶. (FINNIS, 2011, p. 9)

Uma possível leitura dessa passagem indica que Finnis somente deseja evidenciar as inovações de Hart e de Raz: a atenção que deram ao ponto de vista prático na construção de suas teorias. Essa leitura se baseia no fato de Finnis reconstruir Hart e Raz como autores que formulam seus conceitos de direito a partir da compreensão daqueles que vivem sob o direito, que tomam o direito como uma razão para agir.

Essa é a leitura de Dickson. Neste ponto ela assevera, inclusive, que estaria de acordo com Finnis, uma vez que entende que, para construir uma teoria jurídica bem-sucedida, o teórico de fato deve realizar julgamentos de valor sobre o que é significativo e importante a ser explicado, levando em consideração a dimensão sobre como o direito é compreendido por aqueles que vivem sob sua jurisdição, e, a partir disso, oferecer explicações sobre esse fenômeno⁷⁷ (DICKSON, 2001, p. 44).

Acredito que a leitura de Dickson não tenha captado o sentido do excerto acima transcrito. Finnis não parece querer dar suporte a teorias descritivas e indiretamente avaliativas. Pelo contrário, ao ressaltar as diferenças de “opinião entre os teóricos sobre o que é importante e significativo no campo dos dados e da experiência”, Finnis reconhece que os teóricos realizam juízos de valor sobre o que é importante e significativo (como pretende Dickson), mas seu argumento principal –

⁷⁵ Nessa seção, Finnis menciona que a teoria de Raz se aproximaria da de Lon Fuller no que concerne às funções do direito. Finnis também inclui Fuller no grupo de teóricos descritivos, (FINNIS, 2011, p. 8-9).

⁷⁶ No original: “It is obvious, then, that the differences in description derive from the differences of opinion, amongst the descriptive theorist, about what is important and significant in the field of data and experience with which they are all equally and thoroughly familiar”.

⁷⁷ No original: “In order to construct a successful analytical jurisprudential theory, then, a theorist must make sound evaluative judgements regarding that which is important to explain about law which take adequate account of how law is understood by those living under it, and must offer illuminating explanations of those important features”.

que não é abordado por Dickson – é que as diferenças entre esses juízos de valor não se devem aos dados e à experiência “com os quais eles são iguais e completamente familiares”, mas sim ao ponto de vista prático adotado por cada teórico. As “diferenças de opinião” só realçam o fato de que os teóricos adotam o ponto de vista prático e possuem critérios distintos para selecioná-los.

Na seção (iii), “seleção do caso central e sentido focal (*focal meaning*)”, Finnis apresenta o artifício filosófico que lhe permite uma descrição diferenciada do direito. Trata-se da noção de sentido focal, que, para Finnis, encontra paralelo no “tipo ideal” weberiano⁷⁸. O sentido focal permite ao teórico o emprego das palavras de modo a contemplar tanto seus casos centrais, quanto seus casos periféricos, não delimitando o uso das palavras a um sentido unívoco (FINNIS, 2011, p. 9-11).

A vantagem de se empregar esse artifício é que ele permite a compreensão e a diferenciação dos casos centrais dos periféricos e, portanto, a diferenciação, dentro do mesmo termo, entre o caso maduro e o imaturo, o sofisticado e o primitivo, o perfeito e o degenerado, entre outros.

Finnis alega que tanto Hart, quanto Raz se valem desse artifício^{79 80}. Hart conscientemente parte do princípio de que a *extensão* dos termos gerais em qualquer disciplina séria nunca é feita sem um princípio ou racional e não são raras as menções que faz no **O conceito de direito** ao caso-padrão dos conceitos⁸¹ (FINNIS, 2011, p.

⁷⁸ Uma explicação do significado de “tipo ideal” é oferecida por Weber no seu **Economia e sociedade** (WEBER, 2004), no item 11 do primeiro capítulo. A sociologia, explica Weber, procura construir conceitos de tipos e procura regras gerais dos acontecimentos. Assim, ela se diferencia da história, que busca a análise de imputação causal de ações, formações e personalidades individuais culturalmente importantes. Como em toda ciência generalizadora, os conceitos da sociologia, devido à peculiaridade de suas abstrações, têm de ser relativamente vazios em seus conteúdos, ganhando, em contrapartida, univocidade. Para poder exprimir algo unívoco, a sociologia deve delinear tipos puros ou ideais, os quais mostram em si a unidade consequente de uma adequação de sentido mais plena possível. (WEBER, 2004, p. 12). Assim, o tipo ideal corresponde a noção de sentido focal, pois em ambos o teórico filtra os dados da realidade para formular um conceito unívoco, que será tanto vazio, quanto genérico, mas que contemplará tanto os casos “ideais” ou “centrais”, quanto os periféricos.

⁷⁹ Para o argumento completo, especialmente em relação a Hart, ver **Reason, authority and friendship**, de John Finnis. (FINNIS, 2011a, p. 104-113).

⁸⁰ Considerando que uma das críticas que Dickson dirige a Finnis se deve ao uso do *focal meaning* em relação à palavra lei, é de se duvidar até que ponto ela concordaria com a afirmação de que Raz, a cuja teoria a autora adere, também se vale desse artifício. De toda forma, acredito que, para os fins do presente trabalho, podemos nos abster dessa discussão, pois o ponto que entendo poder oferecer uma chave à resposta de Finnis ao desafio de Dickson reside na leitura da próxima seção do Capítulo I de NLNR.

⁸¹ Logo no início de **O Conceito de direito** (2007), Hart cita alguns exemplos que indicam seu uso da noção de sentido focal. “Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira

10). Raz, por seu turno, defendeu em seu **Practical reason and norms** que são várias as características que fazem de um sistema um sistema jurídico; nos sistemas jurídicos típicos seria possível encontrar todas elas, mas em sistemas jurídicos atípicos, nem todas estariam presentes (RAZ, 1999, p. 150 apud FINNIS, p. 10). Assim, Raz parece admitir a existência de um caso central do sistema jurídico, aquele que exhibe todas as características de um sistema jurídico, e o caso periférico, aquele que não exhibe todas.

Estabelecido o uso do sentido focal por Hart e Raz, Finnis, na seção (iv), “seleção do ponto de vista”, questiona: por qual critério deve um certo sentido de determinado termo ser tomado como o caso central e o outro sentido como o caso periférico? Em outras palavras, a partir de qual ponto de vista, e tendo em vista quais preocupações, devem a importância e significância, o ponto e valor das práticas, tais como concebidos pelos partícipes do sistema, serem avaliados? (FINNIS, 2011, p. 11).

A conclusão de Finnis, conforme ele explica no posfácio, é

“Os julgamentos práticos (morais e políticos) da pessoa razoável do ponto de vista prático são os critérios corretos para se resolver se o direito merece um lugar na teoria descritiva das relações humanas, e qual é o entendimento, concepção, ou ideia de direito que é adequada a ser adotada como o sentido focal de “direito”, selecionando o tipo-caso central do direito, naquela teoria”⁸² (FINNIS, 2011, p. 431).

Assim, o critério para seleção do ponto e valor das práticas é o julgamento prático (moral e político) da pessoa razoável do ponto de vista prático. Conforme esclarecido no posfácio, para alcançar essa conclusão, ele lança dois argumentos, um dialético e outro platônico-aristotélico.

O primeiro argumento é desenvolvido por meio da crítica a Raz e Hart por não excluírem dos pontos de vista jurídico e interno os casos periféricos. O ponto é que não há uma boa razão para negar que esses pontos de vista possuam eles mesmos um caso central.

luxuriante claramente que não o é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático” (HART, 2007, p. 8).

⁸² No original: “It is the practical (moral and political) judgements of the practically reasonable person that are the correct criterion for settling whether the law earns a place in the general descriptive theory of human affairs, and what is the understanding, conception, or idea of law that is fit to be deployed as the focal meaning of “law”, picking out the central type of law, in that theory.”

Hart e Raz desenvolveram suas teorias partindo da premissa de que o teórico descritivo deve, ao atribuir um papel central a certo aspecto do direito, ter por referência o ponto de vista dos partícipes (isso é o que justifica a crítica metodológica de Hart a Kelsen). Finnis concorda⁸³:

Então, quando dizemos que teóricos descritivos (cujos propósitos não são práticos) devem proceder, na sua indispensável seleção e formação de conceitos, por meio da adoção de um ponto de vista prático, queremos dizer que eles devem avaliar sua importância e significância em similaridade e diferenças dentro de seu objeto de estudo, perguntando o que seria considerado importante e significativo nesse campo por aqueles cujos interesses, decisões e atividades criam ou constituem o objeto de estudo. (FINNIS, 2011, p. 12)⁸⁴

No entanto, apesar de terem tomado por referência o ponto de vista do partícipe, Hart e Raz não teriam diferenciado, ou melhor, se recusariam a diferenciar o caso central dos casos periféricos do ponto de vista interno ou jurídico.

Hart sustenta que o ponto de vista interno é aquele em que as pessoas “usam as regras como *standards* para a avaliação de seu comportamento e o dos outros⁸⁵” (HART *apud* FINNIS, 2011).

Em contrapartida, Raz alega que o ponto de vista jurídico é aquele adotado por pessoas que “acreditam na validade das normas e as seguem.”⁸⁶ (FINNIS, 2011, p. 12-13).

Nesse sentido, ambos diferenciam o ponto de vista interno e o ponto de vista jurídico do ponto de vista daqueles que obedecem ao direito por medo da

⁸³ Dickson também concorda quando salienta que, para se construir uma boa teoria jurídica, o teórico deve realizar julgamentos avaliativos que deem a devida dimensão sobre como o direito é compreendido por aqueles que vivem sob sua jurisdição e, a partir disso, oferecer explicações sobre esse fenômeno. Inclusive, a passagem a ser mencionada é o que suporta essa posição da autora e fundamenta sua opinião de que Raz e Finnis convergiram quanto à necessidade de avaliações.

⁸⁴ No original: “So when we say that descriptive theorists (whose purposes are not practical) must proceed, in their indispensable selection and formation of concepts, by adopting a practical point of view, we mean that they must assess importance or significance in similarities and differences within their subject-matter by asking what would be considered important and significant in that field by those whose concerns, decisions and activities create or constitute their subject-matter.”

⁸⁵ O ponto de vista interno refere-se àqueles que tomam as regras tanto como razão para criticar, quanto como guia para sua própria conduta. Para mais vide, HART, 2007, pp. 92 – 101. Para uma crítica e desenvolvimento do ponto de vista interno, vide o capítulo quatro, **Social rules**, do **H.L.A. Hart** de Neil MacCormick (MACCORMICK, 2008, pp. 42-60)

⁸⁶ O ponto de vista jurídico de Raz é explicado no final de seu **Practical reason and norms** (RAZ, 1999), quando aborda a normatividade do direito (pp. 170 – 179). Uma explicação mais abrangente será fornecida na seção 1 do capítulo seguinte.

punição. O problema, afirma Finnis, é que eles não vão além, “se recusam a diferenciar ainda mais” (FINNIS, 2011, p. 13).

Apesar de distintos do ponto de vista daqueles que obedecem por medo da sanção, os pontos de vista interno e jurídico ainda são, na opinião de Finnis, “um amálgama de pontos de vista muito diferentes”.

O ponto de vista interno hartiano é partilhado por pessoas que se aliam ao sistema jurídico por diversas considerações, como: “cálculos de longo prazo, desinteressado interesse nos outros, uma atitude não reflexiva herdada ou uma atitude tradicional, ou mero desejo de fazer como os outros fazem” (FINNIS, 2011, *loc. cit.*) Raz, por sua vez, está disposto a estender o ponto de vista jurídico de modo a nele incluir o juiz anarquista que, em decisões importantes, poderia querer minar o direito.

A crítica de Finnis é que não lhe parece assistir razão a Raz e a Hart na recusa em diferenciarem o caso central dos casos periféricos. E os pontos de vista citados acima são, para Finnis, casos periféricos.

O caso central do ponto de vista prático finnisiano, por sua vez, será aquele que trata a obrigação jurídica, ao menos presumivelmente, como uma obrigação moral, sendo esse o ponto de vista a ser adotado pelo teórico para descrever as características da ordem jurídica⁸⁷ (FINNIS, 2011, p. 14-15).

O autor avança ainda mais para afirmar que, entre aqueles que tratam as obrigações jurídicas como obrigações morais, alguns serão mais razoáveis do que outros, devendo o teórico selecionar como caso central não só a visão daqueles que apelam para a razão prática, mas daqueles que também são razoavelmente práticos. A passagem em que Finnis afirma isso é citada expressamente por Dickson:

Dentre aqueles que, do ponto de vista prático, tratam o direito como um aspecto da razoabilidade prática, existem alguns cujas visões sobre o que a razoabilidade prática realmente requer nesse domínio são, em detalhe, mais razoáveis do que outras. Portanto, o ponto de vista central é ele mesmo o ponto de vista não só daqueles que apelam à razoabilidade prática, mas que também são razoavelmente práticos⁸⁸. (FINNIS *apud* DICKSON, 2001, p. 47)

⁸⁷ A passagem em que Finnis defende o uso do caso central do ponto de vista do direito foi também utilizada por Dickson (FINNIS *apud* DICKSON, 2001, p. 47). No caso, a autora empregou-a para rebater a tese da justificação moral. Como argumentarei mais adiante, apesar de ser possível extrair a tese da justificação moral da obra de Finnis, não é exatamente esse o ponto que Finnis busca defender nessa passagem.

⁸⁸ No original: "Among those who, from a practical viewpoint, treat law as an aspect of practical reasonableness, there will be some whose views about what practical reasonableness actually requires

A esse ponto, soma-se o argumento platônico-aristotélico. O ponto de vista prático seria oriundo da metodologia aristotélica, que não só reconhece o princípio de que a teorização sobre as relações humanas deve tomar tal ponto de vista como ponto de partida, mas que os conceitos devem ser selecionados e empregados substancialmente na forma como eles são usados na prática pelo *spoudaios* (a pessoa madura ou virtuosa⁸⁹). Platão defenderia algo similar ao alegar que o amante da sabedoria pode compreender melhor as preocupações de pessoas com outras características. Em outras palavras, os conhecimentos da pessoa madura e razoável fornecem uma melhor base empírica para a reflexão sobre as relações humanas.

Tendo estabelecido que os julgamentos da pessoa madura e razoável formam os critérios para discernir os casos centrais dos casos periféricos, Finnis afirma que, já há algum tempo, é reconhecido que as avaliações do próprio teórico são parte essencial de suas descrições.

Desde Weber⁹⁰, afirma Finnis, é sabido que nas ciências sociais as avaliações do teórico são elas mesmas fatores indispensáveis e decisivos na seleção e formação de quaisquer conceitos a serem usados na descrição de aspectos das relações humanas, como o direito ou a ordem jurídica. Isto porque o teórico não consegue identificar o caso central de seu objeto de estudo, sem decidir ele mesmo quais são os requerimentos da razoabilidade prática.

No caso do direito, os elementos mais importantes a serem conhecidos e explicados pelo teórico são aqueles que, no julgamento do teórico, tornam importantes, a partir do ponto de vista prático, ter o direito (FINNIS, 2011, p. 16).

in this domain are, in detail, more reasonable than others. Thus the central case viewpoint itself is the viewpoint of those who not only appeal to practical reasonableness, but also are practically reasonable”.

⁸⁹ Para a tradução que Finnis oferece do termo *spoudaios*, vide (FINNIS, 2011, pp. 127 – 128).

⁹⁰ Em sentido similar ao de Finnis, comentando Weber, Leo Strauss explica que: “Weber não duvidou nem por um instante de que a ciência moderna é absolutamente superior a qualquer forma anterior de compreensão da natureza e da sociedade. Essa superioridade pode ser estabelecida objetivamente por referência às regras da lógica. Mas suscitou-se na mente de Weber uma dificuldade atinente às ciências sociais. Ele insistia na validade objetiva e universal da ciência social na medida em que ela é um corpo de proposições verdadeiras. Porém essas proposições verdadeiras são apenas parte da ciência social. Elas são apenas o resultado da investigação científica, as respostas às questões. As questões que dirigimos aos fenômenos sociais dependem da direção do nosso interesse, de nosso ponto de vista, e estes, por sua vez, de nossas ideias valorativas. Mas as ideias valorativas são historicamente relativas. Por conseguinte, a substância da ciência social é radicalmente histórica; pois são as ideias valorativas e a direção do interesse que determinam todo o quadro conceitual das ciências sociais (...) A ciência social é necessariamente a compreensão da sociedade a partir do ponto de vista do presente.” Cfe. (STRAUSS, 2014, pp. 47-48)

No pós-escrito ao NLNR, Finnis acrescenta ao trecho acima explicado uma citação extraída de sua obra publicada em 1998, *Aquinas: moral, political and legal theory*, que esclarece melhor o ponto:

Uma pessoa compreende e pode descrever o que os agentes (*acting persons*) estão fazendo, quando compreende as razões desses agentes para se comportarem da forma como se comportam. As razões que as pessoas têm para fazerem o que fazem ficam unidas (*hang together*) para estruturar as ciências sociais na medida em que boas razões – razões boas como razões para o agir – ficam unidas (*hang together*) num conjunto (*set*) coerente de princípios e conclusões, razões gerais ou estratégicas e aplicações particulares ou táticas. As razões que, como um teórico lúcido (*clear-headed*), alguém conta como boas ao considerar as relações humanas dentro do escopo de uma teoria social reflexiva – mesmo que a teoria seja voltada primariamente a explicações *descritivas* – são as mesmas razões que alguém considera como boas quando está considerando como agir⁹¹. (FINNIS, 2011, p. 434)

Diante disso, questiona-se Finnis: “então isso significa que a teoria descritiva do direito (e a ciência social como um todo) é inevitavelmente sujeita às concepções e preconceitos do teórico sobre o que é bom e razoável do ponto de vista prático?” (FINNIS, 2011, p. 17).

Sua resposta é: “sim e não”. “Sim”, porque não há escapatória de um julgamento sobre o que é importante e significativo para os partícipes se a teoria se pretender mais do que um grande monte de fatos descritos em uma infinidade de terminologias incomensuráveis. “Não”, pois a aquisição disciplinada de conhecimento sobre as relações humanas é uma importante ajuda aos teóricos críticos e reflexivos no seu esforço de converter seus próprios preconceitos (e os de sua cultura) em julgamentos verdadeiramente razoáveis sobre o que é bom e razoável do ponto de vista prático (FINNIS, 2011, p. 17).

Nesse sentido, o teórico deve realizar um movimento pendular entre as suas concepções sobre os bens humanos e seus requerimentos práticos e o

⁹¹ No original: “One understands, and can describe, what acting persons are doing when one understands their reasons for behaving as they do. The reasons people have for doing what they are doing hang together to structure a social science just to the extent that good reasons – reasons good as reasons for action – hang together in a coherent set of principles and conclusions, general or strategic reasons, and particular or tactical applications. The reasons which, as a clear-headed theorist, one counts as good when considering human affairs in reflective social theory – even theory intended primarily as explanatory description – are the very reasons on counts as good reasons when considering what to do.”. Ver também FINNIS, 1998a.

conhecimento descritivo já acumulado à sua disposição. Essa é a postura teórica que Finnis emprega ao longo do NLNR.

Por fim, na quinta seção, “a teoria do direito natural”, Finnis esclarece que sua teoria do direito natural adota a postura metodológica citada acima, de modo a avaliar criticamente os pontos de vista práticos e a distinguir o desarrazoado do razoável. E, com isso, conclui que a formação dos conceitos, nas teorias do direito natural, é justificada, tendo em vista os julgamentos morais e políticos dos teóricos. (FINNIS, 2011, p. 18).

3 O VERDADEIRO ATAQUE DE FINNIS

Após esta exposição de **Evaluation and the description of law**, acredito ser possível rerepresentar o verdadeiro ataque de Finnis quando acusa outras teorias de não passarem de um “grande monte de fatos descritos em uma infinidade de terminologias incomensuráveis” (FINNIS, 2011, p. 17).

Conforme já mencionado, a passagem está inserida na seção (iv) do primeiro capítulo de **NLNR**, na qual Finnis sustenta que os teóricos têm de realizar avaliações que levem em consideração seus próprios juízos morais e políticos, na formação dos conceitos que empregarão em suas teorias, mesmo que descritivas.

Em outras palavras, o teórico tem de ele mesmo avaliar o que é razoável do ponto de vista prático para localizar e descrever o caso central do ponto de vista prático, que é o ponto de vista dos partícipes que consideram a obrigação jurídica como presumivelmente uma obrigação moral e que também são razoáveis do ponto de vista prático (*spoudaios*).

Quando formula essa passagem, Finnis já lançou todos os argumentos favoráveis a sua posição metodológica e contrários a de Raz e a de Hart. Portanto, interpreto o ataque como sendo dirigido aos dois positivistas.

Na leitura de Dickson, o alvo, entretanto, é outro. Finnis só estaria a dizer que os teóricos devem realizar avaliações sobre o que é importante e significativo a ser explicado, tendo em vista os dados que os teóricos possuem diante de si, sob o risco de apresentarem uma “miscelânea desconectada de fatos”, ao invés de uma teoria coerente.

Dessa forma, Finnis estaria tratando de um requerimento teórico que só demandaria do pesquisador julgamentos valorativos puramente metateóricos, aplicáveis a qualquer campo de pesquisa⁹², um requerimento que Dickson caracteriza como “banal”.

A leitura de Dickson não me parece corresponder ao que Finnis quis dizer.

No encadeamento dos argumentos do capítulo, o ataque surge no contexto da resposta à questão que Finnis formula a si mesmo sobre a hipótese de os preconceitos dos teóricos integrarem sua teoria. Essa questão nasce após Finnis atacar Hart e Raz, por incluírem no caso central do ponto de vista interno instâncias periféricas, como a do sujeito que obedece ao direito por hábito herdado ou a do juiz anarquista.

Partindo desse pressuposto, o que Finnis busca apontar com a questão é o fato de que esses pontos de vista devem ser excluídos do caso central, já que não são razoáveis do ponto de vista prático. Uma boa descrição do direito não pode ser feita por um anarquista que quer ele mesmo minar o sistema. O que Finnis está a criticar é que o *critério* de Raz e Hart para a *seleção* do que é importante e significativo para os partícipes é ruim. Em outras palavras, ao não excluírem do ponto de vista interno ou jurídico concepções degeneradas, como a do juiz anarquista ou carreirista, os conceitos empregados nas teorias de Raz e Hart resultam imprecisos e não descrevem o fenômeno jurídico, tal qual experimentado pelos partícipes.

Ora, contestariam Raz e Hart, por que é necessário diferenciar o caso central do ponto de vista prático dos casos degenerados? Finnis primeiro replicaria que as críticas que ambos lançaram aos seus antecessores são fundadas na conceituação imprecisa de Bentham, Austin e Kelsen. Em segundo lugar, caso pretendessem descrever todas os pontos de vista internos ou jurídicos, Hart e Raz acabariam com um dicionário, ou uma mistura de lexicografia com história local ou

⁹² Logo após citar o ataque de Finnis, Dickson assevera: “As it stands, however, this point amounts to no more than the thought that any theorist must assess or evaluate which are the most important features of the data to be explained, on pain of presenting a collection of unconnected miscellaneous facts instead of a coherent argument in the form of a theory. As such, this ‘theoretical requirement’, as Finnis calls it, merely involves the theorist in purely meta-theoretical value-judgments which are applicable to theories concerning any subject matter whatsoever and which do not yet tell us anything particularly interesting about the task of *legal* theory. Indeed, as presented by Finnis in this passage, the requirement seems no more than an elucidation of what it is for something to *be* a theory at all, rather than the presentation of a ‘rubbish heap’ of facts”. (DICKSON, 2001, p. 39).

com um “grande monte de fatos descritos em uma infinidade terminologias incomensuráveis”⁹³.

Nesse sentido, na seleção daquilo a ser descrito, as concepções e preconceitos do teórico necessariamente integrarão sua formulação teórica, já que ele terá que excluir uma grande quantidade de dados para apresentar sua *teoria*.

Dessa forma, o ataque está longe de só refletir a necessidade de avaliações metateóricas, como o interpreta Dickson. Pelo contrário, busca atingir os teóricos que acreditam ser possível isolar seus preconceitos e concepções da sua formulação teórica. Esse impossível isolamento, esclarece Finnis, ocorre, *prima facie*, nas teorias de Hart e de Raz, quando incluem, ou melhor, deixam de excluir do ponto de vista interno os casos periféricos, como o do sujeito que obedece por “desinteressado interesse nos outros”, o do juiz anarquista que quer minar o sistema, ou, no exemplo proposto por Dickson, o caso do agnóstico que quer explicar o funcionamento de uma missa.

Uma evidência em favor da leitura que apresento pode ser extraída do artigo **Describing law normatively**⁹⁴, de Finnis, publicado originalmente em 2003, após a publicação de **Evaluation and legal theory**, em 2001, porém antes do artigo **Methodology in jurisprudence: a critical survey**, de Dickson, publicado em 2004, no qual a autora não altera sua visão a respeito do ataque de Finnis⁹⁵ (FINNIS, 2011d).

Rebatendo o argumento de Brian Leiter⁹⁶, que faz leitura similar a de Dickson, no sentido de que Finnis só estaria, quando faz seu ataque, a defender a

⁹³ Veremos, mais adiante, que Finnis acredita que nem Hart, nem Raz produziram ao longo de suas trajetórias intelectuais esse tipo de teoria. Pelo contrário, teriam elaborado teorias tão avaliativas quanto a sua, só não admitiram isso expressamente, como o faz Finnis.

⁹⁴ Publicado originalmente sob o título **Law and what I truly should decide** no American Journal of Jurisprudence.

⁹⁵ Conforme Dickson afirma em 2004 “In the book, I attempt to explain the commitments and tenability of indirectly evaluative legal theory partly via an analysis of the argument by Finnis just discussed. I begin by arguing that Finnis’s claim that theorists must make evaluations of significance and importance in order for their theories to be more than miscellaneous lists of facts is true but somewhat banal. The need for what I term ‘purely metatheoretical’ value judgments about which data to focus on and how to order and arrange materials for explanation in order for one’s theory to exhibit such general theoretical virtues as simplicity, clarity, consistency, and comprehensiveness are common to all theoretical explanations, including theoretical explanations of law, but noting this point does not yet tell us anything distinctive about the methodological commitments of jurisprudence.” (DICKSON, 2004, p. 125).

⁹⁶ Cf. LEITER, 2003.

“verdade banal”, segundo a qual os teóricos do direito, assim como quaisquer outros, devem utilizar valores metateóricos em suas teorias, Finnis afirma:

[...] de forma distinta das ciências naturais e parte da ciência da psicologia, as ações humanas, práticas, disposições e o discurso parcialmente constitutivo dessas práticas não podem ser compreendidos sem uma compreensão de seu ponto, objetivo, significância, ou importância, da forma como concebido por aqueles que o realizaram. Eu tomei por dado e implícito, mas tratei como óbvio demais para precisar afirmá-lo, que aquelas concepções de ponto, objetivo e demais, as concepções concretas que as pessoas de fato tiveram podem ser descritas sem serem compartilhadas e, de fato, podem ser bem descritas sem o compartilhamento na prática de avaliação. Mas isso é o que os biógrafos, historiadores militares e outros fazem a todo tempo. (...) O problema é que biografia e história são uma coisa e uma teoria geral da sociedade ou uma filosofia da sociedade ou do poder ou da autoridade ou da coordenação ou do direito é (ou são) outra bem diferente. (FINNIS, 2011d, p. 34)⁹⁷

O resumo de Gerald Postema pode expor sumariamente o argumento metodológico de Finnis

Uma teoria geral e descritiva de um artefato cultural como o direito, deve identificar, relacionar e tornar inteligíveis os conceitos e proposições gerais que estruturam as práticas jurídicas da comunidade. No entanto, porque existem muitos desses conceitos e proposições gerais e dar igual consideração e tratamento dentro de uma teoria para todos eles a tornaria ininteligível, alguma seleção deve ser feita e algumas ideias e do características principais do direito devem ser trazidas para o primeiro plano, enquanto outras devem ser colocadas no fundo. (...) Valores próprios do teórico inevitavelmente irão orientar esta seleção, e esses valores não serão limitados a valores formais ou teóricos de consistência, coerência, e congêneres, visto que sozinhos esses valores nunca poderiam orientar a seleção que resultariam numa explicação inteligível. (POSTEMA, 2011, p. 555)⁹⁸

⁹⁷ No original: “unlike what I there call ‘natural sciences including a part of the science of psychology, human actions, practices, dispositions, and the discourse partially constitutive of some such practices cannot be understood without understanding their point, objective, significance, or importance ‘as conceived by the people who performed in them, engaged in them, ...’. I here took for granted and implied, but treated as too obvious to need stating, that those conceptions of point, objective, and so forth, the conceptions concrete people have actually had, can be well described without being shared, and, indeed, can be well described without any sharing in the practice of evaluation at all. That is what biographers, military historians and others do all the time. (...) The problem is that biography and history are one thing and a *general* social theory or a *philosophy* of society or power or authority or coordination or law is (or are) something purportedly quite different.”

⁹⁸ No original: “A general descriptive theory of a cultural artifact like law, must identify, relate and make intelligible concepts and general propositions that structure the community's practice of law. However, because there are many such concepts and general propositions and to give equal consideration and treatment within a theory to all of them would make it unintelligible, some selection must be made and some ideas and salient features of law must be relegated to the explanatory foreground and others to the background. (...) The theorist's own values inevitably will guide this

3 CONCLUSÃO

Neste capítulo, busquei apresentar o argumento central de Finnis em *Evaluation and the description of law*: a teorização deve ser feita identificando-se o caso central do ponto de vista prático, a ser identificado pelo teórico maduro e razoável.

A leitura apresentada por Dickson é equivocada por não atentar para o ponto central do argumento de Finnis de que a formação dos conceitos é precedida por uma escolha do teórico. Quando Finnis se refere ao que é significativo e importante, ele está tratando de um nível explanatório inferior ao do teórico. O que é significativo e importante ou o ponto e valor das práticas dos partícipes é o que qualquer teórico das relações humanas deve descrever. Se sua tarefa fosse só descrever o que é importante e significativo, ele teria que descrever *tudo aquilo* que é importante e significativo para os partícipes e seu resultado seria um “grande monte de fatos descritos em uma infinidade terminologias incomensuráveis”. Ocorre que o teórico não descreve todos os dados que estão à sua disposição. Ele filtra, seleciona, inclui e exclui. E, para tanto, precisará de um critério. A escolha do critério para selecionar os dados é, justamente, a escolha relevante do teórico.

Assim sendo, a teorização por meio de avaliações indiretas, sobre se X é importante ou significativo para os partícipes, parece partir do pressuposto que o critério de seleção do teórico, sua avaliação, é “tudo aquilo que for importante e significativo para os partícipes na sua autocompreensão do direito”. Em outras palavras, é como se o critério de seleção do teórico forçosamente fosse o mesmo dos partícipes. É como se os teóricos indiretamente avaliativos abdicassem de, como teóricos, escolher o critério através do qual filtrarão os dados. Se essa descrição for correta, então a tarefa de teorias indiretamente avaliativas é descrever tudo o que for relevante e significativo no nível dos partícipes, sem o teórico avaliar ou selecionar esses dados⁹⁹.

selection, and these values will not be limited to formal or theoretical values of consistency, coherence, and the like, since they alone could never guide selection that would yield an intelligible explanation.”

⁹⁹ Vide nota de rodapé 68 para posição de Raz no mesmo sentido.

Como pretendo expor no próximo capítulo, Hart, Raz e Dickson acreditam ser precisamente essa suas tarefas teóricas, pois a escolha de um critério prévio à investigação implicaria no abandono à posição teórica descritiva que creem possuir.

CAPÍTULO 3: “O QUÊ?” X “POR QUÊ?”

Conclui o capítulo anterior questionando se o critério de seleção dos dados necessários à explicação do fenômeno jurídico pelos teóricos indiretamente avaliativos corresponderia àquilo que é importante e significativo para os partícipes do sistema jurídico.

Finnis argumenta que toda teoria necessita de um critério para selecionar os dados que busca explicar, de forma a apresentá-los de maneira inteligível. Caso não possuísse um critério, os dados seriam apresentados como um monte de fatos numa terminologia incomensurável, já que, sem um critério, o teórico não poderia excluir nada, nem dados conflitantes e contraditórios. Tendo em vista a necessidade de um critério, questionei, ao final, qual seria o critério que as teorias do tipo indiretamente avaliativo utilizariam.

Como Dickson deixa transparecer a todo momento na sua investigação acerca da natureza do direito, o teórico indiretamente avaliativo deve tomar por referência aquilo que é compreendido como importante e significativo por parte dos partícipes do sistema jurídico¹⁰⁰. Nesse sentido, o critério de seleção desse teórico seria: “aquilo que os partícipes considerarem importante e significativo”. Em outras palavras, uma vez identificada a avaliação dos partícipes sobre o que é importante e significativo, o teórico, ele mesmo, não filtraria, nem excluiria nada. Seria como se abrisse mão de ter, ele próprio, um critério. Evidentemente, ao abdicar de um critério, o teórico indiretamente avaliativo fica sujeito ao ataque de Finnis de que a teoria pode não ser nada além de lexicografia com história local.

Suponho que, se questionados, Hart, Raz e Dickson diriam que renunciam ao critério, por entenderem que, para *conhecer* a natureza do direito, não é necessário *ao teórico* avaliá-la; bastariam, para tanto, as avaliações daqueles que fazem parte do sistema jurídico.

¹⁰⁰ Vide, *e.g.*, a afirmação na página 44: “In order to construct a successful analytical jurisprudential theory, then, a theorist must make sound evaluative judgements regarding that which is important to explain about law which take adequate account of how law is understood by those living under it, and must offer illuminating explanations of those important features” e a afirmação da página 144: “So—how are we to go about explaining the nature of law? By rejecting the moral evaluation, moral justification and beneficial moral consequences theses, and adopting the indirectly evaluative approach to legal theory which seeks to pick out and explain the important and significant features of law, without prejudging the issue of whether or not they render law a good or justified phenomenon.”

Entendo que a questão epistemológica, a forma como se *conhece* a natureza do direito, está na raiz da divergência entre Finnis e os autores positivistas. Enquanto os autores positivistas acreditam que é primeiro preciso conhecer, para depois, em se desejando, avaliar, Finnis acredita que só podemos conhecer a natureza do direito por meio de sua avaliação.

Neste capítulo, pretendo apresentar as posições epistemológicas de Hart, Raz e Dickson, de um lado, e Finnis, de outro. Para todos esses autores, a tarefa do filósofo do direito é *descrever* o distinto fenômeno social e normativo chamado direito. A diferença é que os positivistas acreditam poder conhecer e descrever a natureza do direito sem terem de se envolver em avaliações. Finnis, por seu turno, sustenta que é necessário ao teórico avaliar, já que esse é o modo de se conhecer a natureza do direito. E vai além, acusando seus opositores de não adotarem o método descritivo que defendem¹⁰¹. Finnis reconstrói algumas teses positivistas chamando atenção para a maneira como elas são, na verdade, avaliações por parte do teórico ao invés de meras descrições dos pontos de vista dos partícipes.

Nesse sentido, o capítulo está dividido em quatro seções. Na primeira, apresento a *inércia normativa do positivismo*, o modo pelo qual autores positivistas entendem possuir um projeto teórico essencialmente descritivo e normativamente inerte. Na segunda, exponho a divergência metodológica/epistemológica entre autores positivistas e Finnis. Os positivistas procuram primeiro conhecer a natureza do direito para depois avaliá-la. Já Finnis sustenta que, no caso do direito, conhecer é avaliar. Assim, enquanto positivistas abordam seu objeto de estudo questionando “o quê?”, Finnis aborda o direito questionando “por quê?”. Essa distinção é fundamental para compreender a divergência entre os autores. Na terceira seção, ofereço a releitura que Finnis nos apresenta de algumas teses positivistas para demonstrar como autores dessa corrente comungam de sua metodologia. Por fim, concluo, indicando por que considero a abordagem metodológica de Finnis mais acertada.

¹⁰¹ Ao leitor, pode parecer estranha a afirmação de que os projetos de Hart, Raz e Dickson são descritivos, visto que a autora procura afastar esse rótulo, ao chamar atenção para as avaliações que positivistas fazem. Como pretendo demonstrar na seção 1, apesar de concordar que esses autores realizam avaliações indiretas, o foco central deles ainda é a descrição.

1 A INÉRCIA NORMATIVA DO POSITIVISMO

Um dos motivos pelos quais Dickson considera que a teoria de Hart é uma teoria de sucesso se deve ao fato de ele ter incorporado à sua análise o “ponto de vista interno”, que lhe permitiu explicar o direito da “forma como é compreendido por aqueles que estão sujeitos às normas jurídicas e que as usam para guiar suas condutas” (DICKSON, 2001, p. 24).

Talvez por esta razão a autora defenda que um dos fatores importantes e significativos a serem avaliados pelos teóricos reside na forma como aqueles sujeitos ao direito se autocompreendem (DICKSON, 2001, p. 69).

Para Hart, as regras são razões para que seus seguidores critiquem aqueles que não as seguem e, mais importante, servem como um padrão geral a ser observado por determinado grupo de forma reflexivamente crítica, no sentido de que suas exigências sejam justificadas pelos membros do grupo (HART, 2007, p. 66).

Nesse sentido, o ponto de vista interno refere-se àqueles partícipes do sistema jurídico que tomam as regras tanto como razão para criticar, quanto como guia para sua própria conduta:

O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamentos enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas, o que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do “ter o dever de, ‘ter de’ e ‘dever’, ‘bem’ e ‘mal’ (HART, op. cit., loc. cit.).

Raz, por sua vez, chamará de “ponto de vista jurídico”:

O ponto de vista jurídico (do sistema S), nós podemos dizer, consiste nas normas de S e quaisquer outras razões pelas quais os sujeitos às normas de S são requeridos, pelas normas de S, a agir. O cidadão ideal seguidor de regras é aquele que age a partir do ponto de vista jurídico. Ele não só se conforma ao direito. Ele segue as normas jurídicas e as normas juridicamente reconhecidas como normas e as aceita como razões exclusionárias para desconsiderar as razões conflitantes que elas excluem¹⁰². (RAZ, 1999, p. 71)

¹⁰² No original, “The legal point of view (of system S), we could say, consists of the norms of S and any other reasons on which the norm subjects of S are required to by the norms of S to act. The ideal law-abiding citizen is the man who acts from the legal point of view. He does not merely conforms to

Finnis, como já dito, elogia Raz e Hart por terem elaborado suas teorias levando em consideração esses pontos de vista, já que lhes possibilitou descrever o caráter normativo do direito, *i.e.*, como ele serve à direção da conduta de oficiais e cidadãos (FINNIS, 2011, p. 7).

Nesses termos, os principais autores mencionados até o momento reconhecem a importância de compreender o direito levando em consideração seu caráter normativo, isto é, a forma como o direito busca guiar a conduta de cidadãos e oficiais.

Recentemente, John Gardner definiu o positivismo jurídico, do qual Hart e Raz são fortes representantes, a partir da seguinte proposição, a qual denomina *Legal Positivism - LP*:

Proposição LP: Em qualquer sistema jurídico, se uma determinada norma é juridicamente válida, e, portanto, se ela é parte do direito daquele sistema, depende somente de suas fontes e não de seu mérito. (GARDNER, 2001, p. 199)

Apesar de a definição de Gardner estar relacionada às condições de validade de certas normas que podem ser usadas no raciocínio prático, a definição é, na definição dele, por si mesma, “normativamente inerte”. “Ela não provê nenhuma direção (*guidance*) sobre o que as pessoas devem fazer em qualquer situação [...] nem do ponto de vista moral, nem do ponto de vista jurídico.” (GARDNER, 2001, p. 202-203)¹⁰³

A proposição LP de Gardner é compatível com os pontos de vista interno e jurídico, respectivamente, de Hart e Raz, expostos acima? Sim. Ambos chamaram atenção para o fato de que o ponto de vista daqueles que veem nas regras razões para agir são importantes para uma adequada descrição do direito. Contudo, eles mesmos,

law. He follows legal norms and legally recognized norms as norms and accepts them also as exclusionary reasons for disregarding those conflicting reasons which they exclude.”

¹⁰³ Confirma o contexto desta citação: “Proposition (LP*), although a proposition about the conditions of validity of certain norms that may be used in practical reasoning, is itself normatively inert. It does not provide any guidance at all on what anyone should do about anything on any occasion. (...)That means that *by itself* it does not point in favor of or against doing anything at all. I don't just mean that it provides no moral guidance. It provides no legal guidance either. It merely states one feature that all legal guidance necessarily has, viz. that if valid *qua* legal it is valid in virtue of its sources, not its merits.” (GARDNER, 2011, p. 203)

os teóricos, não precisam endossar esses pontos de vista. Eles só precisam descrevê-los, sem, com isso, adotá-los.

Por essa razão é que, como teórico, Hart adota a posição *externa que leva em consideração o ponto de vista interno*, que pode ser chamada de ponto de vista hermenêutico. O termo “ponto de vista hermenêutico” foi cunhado por MacCormick para diferenciá-lo tanto do ponto de vista interno, quanto do extremamente externo (MACCORMICK, 2008, p. 45).

MacCormick nomeia essa posição de “hermenêutica” ou “não extremamente externa” em contraposição à extremamente externa, que desconsidera totalmente o ponto de vista interno. Sob o ponto de vista hermenêutico, o teórico da escola de Hart deve tomar o ponto de vista de alguém que compreende e busca descrever as regras jurídicas tais como sustentadas do ponto de vista interno, sem, contudo, ele mesmo ter algum compromisso (*commitment*) em favor dessas regras sob seu aspecto interno ou contra elas.

O observador hermenêutico poderia, inclusive, ser um membro do grupo que ele busca descrever. Hart, por exemplo, poderia descrever o sistema jurídico inglês, mantendo afastados seus próprios compromissos ou críticas morais em relação às regras as quais estivesse sujeito, de modo a conservar a posição descritiva do teórico de retratar as regras tais quais elas são sob os olhos daqueles que as tomam como regras.

A possibilidade de o teórico realizar descrições de enunciados normativos sem endossá-los, tal qual pretende o observador hermenêutico hartiano, foi reconhecida e adotada por Raz. Foi ele quem chamou atenção do positivismo para o uso e a importância dos *detached normative statements*, enunciados que possibilitam ao teórico tratar normativamente de direitos e obrigações de pessoas que fazem parte do sistema jurídico.

Os *detached normative statements* são definidos por “proposições sobre o direito, sobre os direitos ou obrigações que as pessoas têm, não uma proposição sobre as crenças, atitudes ou ações das pessoas, nem mesmo sobre as crenças, atitudes ou ações das pessoas sobre o direito.” Sendo assim, eles não portam toda a força normativa de uma proposição normativa comum. “Ao enunciá-lo o falante não se vincula com a visão normativa que ele expressa”. (RAZ, 2011, p. 153-155)

Por meio dos *detached normative statements*, o teórico poderia valer-se da linguagem normativa para descrever direitos e obrigações de pessoas que fazem parte do sistema jurídico, sem, com isso, se vincular normativamente àquilo que descreve.

Nesse sentido, o teórico poderia afirmar que determinada lei é válida e que as pessoas daquele sistema jurídico podem ver nela uma razão para agir, *i. e.*, reconhecem “ter uma obrigação”. Mas disso o teórico não concluiria que elas devem agir.

Ele só estaria a enunciar que aqueles que veem as regras jurídicas do ponto de vista interno ou jurídico enxergam nelas razão para agir. Com esse enunciado, o teórico não afirma que, porque são regras, elas geram razões para agir, mas tão somente que aquelas são regras e que as pessoas adotam determinado comportamento normativo quando estão diante delas¹⁰⁴ (RAZ, 1999, p. 175).

Para ilustrar o ponto, Raz cita um exemplo hipotético extraído de Kelsen de um anarquista lecionando direito. O professor anarquista, por meio dos *detached statements*, consegue explicar o funcionamento do sistema jurídico, falar de direitos e deveres a partir do ponto de vista interno, sem, com isso, aprová-lo.

Outro exemplo, este formulado por Raz, é o do judeu ortodoxo que pergunta ao seu amigo católico e *expert* em direito judaico “o que devo fazer?”. O amigo católico, tendo conhecimento em direito judaico, explica-lhe o que ele, o judeu ortodoxo, deve fazer, sem, com isso, acreditar que isso é o que ele, católico, deve fazer (RAZ, 2011, p. 156).

Segundo Raz, os dois exemplos servem para ilustrar a possibilidade de enunciar proposições normativas a partir de um ponto de vista externo de alguém que não endossa a normatividade daquilo que enuncia. Em outras palavras, seria possível ao teórico descrever termos como “direito”, “dever” e “regra” levando em consideração a força normativa daqueles que os utilizam como forma de guiar suas

¹⁰⁴ Tratando do ponto de vista jurídico, Raz faz a seguinte colocação: “What, then, is the way to explain statements of what ought to be done according to law ? The beginning of wisdom is to allow that such statements are not reducible to one or the other of the basic types. Such statements simply state what one has reason to do from the legal point of view, namely what ought to be done if legal norms are valid norms. But they do not state this conditional. They do not state that if the law is valid that is what ought to be done. Nor do they state what ought to be done. They do not presuppose that the law is valid. They are like statements made on the assumption that something is the case, for example, that a certain scientific theory is valid, which are not conditionals of which the assumption is the antecedent, nor do they presuppose that the theory is true. We could say that they state what is the case from the point of view of the theory or on the assumption of the theory.”

condutas (ponto de vista interno ou jurídico), sem, para tanto, ter que endossar o ponto de vista interno dos partícipes.

Quando Dickson ilustrou as proposições indiretamente avaliativas com exemplos similares aos de Raz (anarquista teorizando sobre o Direito e o agnóstico, sobre uma missa), acredito que os *detached normative statements* lhe eram familiares.

Creio, na verdade, que exista um paralelo entre os *detached statements* e as avaliações indiretas. Enquanto, com os *detached statements*, Raz quer explicitar a possibilidade lógica de se descrever a linguagem normativa, com as avaliações indiretas, Dickson quer explicitar a possibilidade lógica de se avaliar, sem avaliar o mérito do que está sendo avaliado.

Nos dois casos, os autores argumentam pela possibilidade de se explicar algo sem ter de discutir, no mérito, o que está sendo explicado. Por isso, entendo que ambos adotam o ponto de vista hartiano, do observador hermenêutico, o qual pretende descrever o ponto de vista interno, sem avaliá-lo (ao menos não diretamente).

Nesse sentido, a definição que Gardner fornece do positivismo é compatível com as propostas teóricas de Raz, Hart e Dickson. Para eles, o papel do filósofo consiste em descrever o funcionamento da instituição socialmente distinta chamada direito, levando em consideração a forma como aqueles sujeitos ao direito se autocompreendem. Se a linguagem daqueles que se autocompreendem por meio do direito, *i. e.*, a linguagem normativa, é algo importante e significativo a ser descrito, então o teórico deve descrevê-lo.

Assim, a única proposição que o positivismo jurídico efetivamente defende é a de que as condições de validade de uma norma jurídica são factuais (vinculada às suas fontes sociais) e não dependem de seu mérito. Essa é a única proposição de teóricos positivistas. Ela não tem o condão de orientar condutas, de fornecer razões para a ação. Busca tão somente defender que a positividade das normas depende de certos acontecimentos e não do mérito delas.

Além dessa reivindicação de mérito, isto é, de que as normas jurídicas devem ser reconhecidas a partir de suas fontes sociais, o positivismo não afirma nada (GARDNER, 2011, p. 225)¹⁰⁵. Por isso, é “normativamente inerte”, busca apenas

¹⁰⁵ O contexto da passagem talvez esclareça o ponto de Gardner. Ao final do artigo, resumindo sua pesquisa sobre os mitos que acusam o positivismo de aderir, afirma: “The main tendency we encountered—running through several of our myths—was a tendency to assume that (LP*) must have implications of its own for what at least some people (e.g. judges, governments) should do. In fact, it

descrever o que é o caso, mesmo que aquilo a ser descrito seja algo normativo. Afinal – afirma Hart no posfácio a **O conceito de direito** –, “uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (HART, 2007, p. 301-306).

Qual é, então, a relação entre o positivismo jurídico – definido como a corrente teórica que defende, única e exclusivamente, a proposição de que a validade das normas jurídicas depende de suas fontes e não de seu mérito, sendo, portanto, “normativamente inerte” – e a tese de Dickson de que existe espaço lógico para teorias indiretamente avaliativas, sendo essa a forma correta de se teorizar sobre o direito?

O paralelo estabelecido com os *detached normative statements* parece claro. Da mesma forma que estes não vinculam o enunciante quando ele está a descrever uma proposição normativa, a proposição indiretamente avaliativa não vincula o avaliador a respeito do mérito daquilo que ele está avaliando. São artifícios similares para que os teóricos possam descrever ou avaliar estados de coisas sem ter de endossar ou julgar o ponto de vista ou o valor a que se reportam.

Sendo assim, da mesma forma que o positivismo jurídico não busca prescrever como as pessoas devem se conduzir, as teorias indiretamente avaliativas não buscam avaliar o que é bom ou ruim, procuram tão-somente selecionar o que é importante e significativo a ser explicado. Quando Dickson defende, portanto, teorias indiretamente avaliativas, ela está defendendo a forma de teorizar dos positivistas jurídicos¹⁰⁶.

Ainda, quando critica a teoria de Finnis por não conseguir identificar com precisão as normas jurídicas válidas, Dickson defende a tese positivista das fontes sociais¹⁰⁷. Somando-se a defesa da tese das fontes sociais à proposta de teorias

has no such implications. It tells us how the legal validity of any norm in any legal system falls to be determined—namely, by its sources—but leaves open whether and when and why any of us should ever bother to have or to follow any valid legal norms. To show that valid legal norms are ever worth having or following, and in what way, always requires a separate argument, regarding which (LP*) is in itself entirely agnostic.” (GARDNER, 2011, p. 225).

¹⁰⁶ Não se pode esquecer que a autora contrapõe as teorias de Finnis e Dworkin à de Raz, um positivista *hard*, a cuja teoria ela, qualificadamente, adere. John Gardner, também um positivista *hard*, quando prefacia o livro de Dickson, concorda com o a autora no sentido de que se deve abordar a problemática da natureza do direito por meio de avaliações indiretas. (DICKSON, 2011).

¹⁰⁷ Para informações complementares sobre a defesa da adoção de Raz à tese das fontes sociais, vide Dickson (2001, p. 116-121) e Raz (1999, p. 37-45).

indiretamente avaliativas, parece clara a adesão de Dickson à proposição LP do positivismo jurídico e sua consequente inércia normativa (DICKSON, 2001, p. 76).

A noção positivista de que os teóricos embarcam numa tarefa normativamente inerte reforça o argumento, exposto no final do capítulo anterior, de que eles não realizariam avaliações. Em outras palavras, no nível do teórico, não caberia ao autor positivista selecionar, julgar e avaliar aquilo que os partícipes do sistema consideram correto ou essencial na instituição socialmente distinta chamada direito. Sua tarefa consistiria em descrever o uso dos conceitos hermenêuticos tal como realizado pelos partícipes. Assim, ainda que descrevessem o uso da linguagem normativa, eles, os teóricos, não a empregam diretamente. Por isso, o projeto positivista é essencialmente descritivo.

Nesse momento, a taxonomia apresentada por Dickson já não mais distingue com precisão as divergências entre os teóricos que procura estudar. É que a divergência não reside no *tipo* de avaliação a ser feita, mas em *quem* deve fazê-la. Uma vez estabelecido que Dickson abdica do critério para seleção dos dados relevantes, ela, como teórica, não mais avalia. A avaliação que sua teoria *pretende fazer* é feita, na realidade, pelos partícipes, ou seja, *quem* avalia não é o teórico, mas sim o partícipe. Nesse sentido, Dickson revela-se uma teórica eminentemente descritiva. Concede-se que o que ela descreve são avaliações, mas, ainda assim, sua posição teórica é descritiva. Tratar teorias essencialmente descritivas como indiretamente avaliativas ofusca o que as distingue das outras teorias: a posição intelectual descritiva dos teóricos positivistas é uma de suas principais características.

Esclarecido que os autores positivistas abdicam de avaliarem no nível do teórico, *i.e.*, que não possuem um critério para selecionar aquilo que os partícipes consideram importante e significativo, cabe analisar o argumento que esses autores fornecem para justificar essa abdicação.

2 “O QUÊ?” X “POR QUÊ?”

No artigo **Describing law normatively**, de 2003, Finnis comenta expressamente o artigo retro mencionado de Gardner, o que fornece um bom ponto de partida para apresentar sua posição. No penúltimo parágrafo, Finnis fornece a chave para compreensão de seu ponto:

Então nós voltamos ao ponto que eu delineei na página 1 de *Natural Law and Natural Rights* e delineei novamente neste artigo: a premissa de que, em relação às coisas humanas constituídas por escolhas humanas, como o direito, você pode responder a questão: ‘O que é?’ antes de enfrentar a questão ‘Por que escolher tê-lo, criá-lo, mantê-lo, e cooperar com ele?’ Essa premissa, eu tenho dito, é um erro filosófico, induzido ou ao menos tornado aparentemente plausível pela gramática de superfície (*surface grammar*) da última questão. Eu acredito que esse erro coloque muitos de meus amigos e colegas no caminho errado¹⁰⁸. (FINNIS, 2011d, p. 45)

Finnis busca, com essa assertiva, rebater o argumento de Gardner que, mesmo reconhecendo a limitação e inércia normativa do positivismo, ainda o defende, pois o positivismo busca responder a uma questão logicamente anterior àquela formulada por teorias do direito natural.

Para Gardner (e contra o que propõe Finnis), a questão “o quê?” precederia a questão “por quê?”¹⁰⁹. Em outras palavras, o teórico deve identificar seu *explanandum*, descrevê-lo, para depois, se desejar, avaliá-lo. Nesse sentido, a avaliação de mérito (ou direta) seria posterior à descrição (GARDNER, 2001, p. 226).

Quando argumenta em favor das avaliações indiretas e sua precedência em relação às avaliações diretas, Dickson parece querer demonstrar o mesmo ponto. Para sustentá-lo, cita Raz:

Uma teoria do que o direito é busca identificar suas características centrais, proeminentes, importantes. O que faz uma característica proeminente, importante ou central é inescapavelmente e inevitavelmente uma questão avaliativa. Algo será importante se trata de algo que importa. Em grande medida, é precisamente o fato de que algumas características são relevantes a respeito do que alguém deve fazer que marca sua importância.

¹⁰⁸ No original: “And so we come back to the point I took up on p. 1 of *Natural Law and Natural Rights* and have taken up again in this essay: the assumption that in relation to human things constituted by human choices, like law, you can answer the question: ‘What is it?’ before you tackle the question ‘Why choose to have it, create it, maintain it, and comply with it?’ That assumption, I have been arguing, is a philosophical mistake, induced or at least made apparently plausible by the surface grammar of the latter question. I think that this mistake sets many of my friends and colleagues off on the wrong foot.”

¹⁰⁹ Para o contexto do argumento de Gardner, no original: “Maybe the ideal of the rule of law, for example, does represent a moral ideal distinctively for law, such that one does not fully understand the nature of law until one understands that at least part of its success, if it were ever successful, would lie in conformity to this ideal. Or maybe the relevant ideal of legality is something quite different. But picking out the relevant ideal(s) is irrelevant to the truth or the importance of (LP*). For (LP*) tries to answer a logically prior question. What is this field of human endeavor, to which the natural lawyer’s proposed criteria of success and failure apply? What makes something a candidate for being accounted a success or failure in these terms? What is this *lex*, such that it ought to be *ius* Legal positivism naturally supplies only part of the answer.”

É crucial lembrar, contudo, que nós podemos e geralmente sabemos que certa característica de um sistema ou instituição é relevante para sua avaliação sem saber se ela é boa ou ruim. O fato do ensino fundamental ser compulsório é reconhecido por todos como algo importante para sua avaliação, independente de ser um dos pontos fortes ou fracos de nosso sistema educacional.¹¹⁰ (RAZ *apud* DICKSON, 2001, p. 62)

Na conclusão de **Evaluation and legal theory**, sua adesão à ideia de que o teórico deve primeiro descrever (ou avaliar indiretamente) para depois avaliar fica evidente:

Existem, portanto, muitas questões anteriores que precisamos nos perguntar e buscar responder antes mesmo de alcançarmos o ponto no qual podemos formular, quanto menos responder, questões diretamente avaliativas sobre o direito. Investigar essas questões anteriores que revelam a natureza do direito, e nos contam o que é distintivo sobre essa instituição social e a forma pela qual ela se diferencia das outras formas de organização social, é a tarefa da teoria indiretamente avaliativa (DICKSON, 2001, p. 136)¹¹¹.

Quando Finnis repreende seus colegas por iniciarem suas teorias buscando responder a questão “o que é?” antes de se perguntarem “por que escolher tê-lo?” presume-se que ele esteja atacando, entre outros, Hart, Raz e Dickson. Apesar desses autores começarem pelo caminho errado, Finnis afirma que seus rivais acabarão no mesmo lugar que ele:

Mesmo assim, muitos de nós terminamos na mesma estrada, ou melhor, no mesmo ponto da mesma estrada. O caminho (oficial) *deles* para esse ponto, eu admito, possui o apelo de parecer tornar possível a construção de uma

¹¹⁰ No original: “A theory of what the law is strives to identify its central, prominent, important features. What makes a feature prominent or important or central is inescapably and inevitably an evaluative question. It is important if it bears upon what matters. In large measure it is precisely the fact that certain features are relevant to what one ought to do which marks their importance. It is crucial to remember, however, that we can and often do know that a feature of a scheme or institution is relevant to its evaluation without knowing whether that makes it good or bad. The fact that primary education is compulsory is recognized by all as important to its evaluation, regardless of whether they take it to be one of the strengths or rather weaknesses of our educational arrangements.”

¹¹¹ No original: “There are, therefore, many prior questions which we need to ask and attempt to answer before we can even get to the point where we can formulate, let alone answer, the directly evaluative questions about the law which we might eventually wish to. Investigating those prior questions which reveal the nature of law, and which tell us what is distinctive about this social institution, and how it differs from other forms of social organization, is the task of indirectly evaluative legal theory.”

morada jurídico-filosófica sem ter de gastar tempo em seus fundamentos (FINNIS, 2011d, p. 45)¹¹².

Em outras palavras, Finnis acusa seus oponentes de não só terminarem com teorias construídas de forma normativa, tal qual a dele assumidamente faz, mas de também construírem suas teorias sem investigarem e esclarecerem seus fundamentos.

A seguir, pretendo expor os argumentos de Finnis para sustentar que a questão “por quê?” precede a questão “o quê?”, ou seja, por que o teórico deve se envolver (e se envolve) em avaliações que visam filtrar e selecionar aquilo que é importante e significativo, o ponto e valor das avaliações feitas pelos partícipes. Certamente, a questão ganha feições epistemológicas, pois o debate retrata a divergência entre os autores sobre o modo como se deve conhecer a natureza do direito.

Para os positivistas, esse processo ocorre a partir do ponto de vista externo, não sendo necessário ao teórico se envolver diretamente para descrever a natureza do direito. Através da análise conceitual descritiva, os autores positivistas entendem poder descrever a natureza do direito. Em Finnis a situação é diversa. A metodologia aristotélico-tomista, reformulada a partir das contribuições de Germain Grisez, indica que *não existe*, epistemologicamente falando, *uma natureza a ser descoberta*. É através da razoabilidade prática, que investiga através da questão normativa “por quê?”, que nós a conhecemos. E, por isso, a natureza do direito é, por definição, normativa.

2.1 ANÁLISE CONCEITUAL DESCRITIVA.

Junto de expressões como “filosofia”, “análise” e “análise lógica”, a expressão “análise conceitual” possui diversos sentidos. Genericamente, faz parte de um estilo que se caracteriza por “focar na estrutura dos, e nas implicações entre, os

¹¹² No original: “Even so, most of us end up on the same road and indeed at much the same point on the road. Their (official) route to that point has, I admit, the attraction of making it seem possible to build a legal-philosophical dwelling place without first spending time on the foundations.”

conceitos do esquema conceptual em uso” (BRANQUINHO; MURCHO; GOMES, 2006, p. 30)¹¹³.

Brian Bix considera a análise conceitual como uma parte fundamental da filosofia do direito, ressaltando que a natureza e propósito da análise conceitual e da filosofia do direito não são sempre claramente definidos. (BIX, 2004, p. 9). Não pretendo aqui fazer uma explanação dos diversos tipos e problemas da análise conceitual enquanto atividade filosófica, preocupo-me, outrossim, com o tipo de análise conceitual que Hart e Raz levam a cabo, que denominarei “análise conceitual descritiva”¹¹⁴¹¹⁵.

A análise conceitual na filosofia do direito teve em Hart seu principal proponente no século XX (BIX, 2004, p. 8). O título de sua obra mais famosa, **O conceito de direito**, é revelador nesse sentido. Já no prefácio, Hart informa ao leitor que seu livro será considerado pelo jurista como um ensaio sobre teoria jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), “porque diz respeito à clarificação do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa. Além disso, em muitos pontos, suscitei questões que, bem pode-se dizer, se referem aos significados das palavras.” (HART, 2007, p. 1).

Hart destaca-se como um dos principais entusiastas e proponentes da “análise linguística” ou da “filosofia da linguagem comum” e sua obra se distingue

¹¹³ Para um apanhado dos sentidos do termo “análise”, aí incluído o termo análise conceitual, vide o verbete “análise” em BRANQUINHO; MURCHO; GOMES, 2006, pp. 30 – 36)

¹¹⁴ O predicado “descritiva” serve para diferenciar o tipo de análise conceitual descritiva-explanatória que Hart e Raz levam a cabo do tipo de análise conceitual interpretativa de Dworkin. Na crítica que lança ao positivismo metodológico de Hart, Stephen Perry utilizará o termo “análise conceitual interna” no sentido interpretativo-dworkiniano, para nele enquadrar Hart (PERRY, 2011, pp. 311-313). Se, por um lado, a análise conceitual preocupa-se com as estruturas e as implicações do esquema conceitual em uso, por outro, Finnis, também a adota em sua teoria, partindo, entretanto, de pressupostos distintos dos de Hart, Raz e Dworkin (FINNIS, 2011, p. 434). Evitarei, entretanto, referir-me a Finnis como autor que se vale da análise conceitual, pois, para evitar confusões, preferi reservar o termo a Raz e Hart.

¹¹⁵ Na opinião de Shapiro, o termo “análise conceitual” é um pouco confuso, na medida em que sugere que o objeto da análise é um conceito, ao invés das entidades que caem sob o conceito. Para Shapiro, o termo análise conceitual denota um processo que usa um conceito para analisar a natureza das entidades que caem sob ele. Em sua opinião, esse sentido do termo teria sido empregado por Raz, assim como por Hart (SHAPIRO, 2011, p. 405). Para Shapiro, a análise conceitual pode ser compreendida como o trabalho de um detetive. Ao investigar um assassinato, o detetive coleta evidências e provas na cena do crime. O detetive irá, então, estudar as evidências e provas com a esperança de que, somadas aos seus conhecimentos do mundo e da psicologia humana, elas ajudarão a eliminar muitos dos suspeitos e levá-lo à identidade do assassino. Na análise conceitual, o filósofo também coleta provas e usa o processo de eliminação para elucidar a identidade da entidade que cai sob o conceito em questão. A diferença entre o detetive e o filósofo do direito é que a análise daquele é relacionada a estados de coisas verdadeiros (*true*), enquanto este está primariamente interessado em truísmos, verdades auto-evidentemente verdadeiras (SHAPIRO, 2011, p. 13).

pela aplicação que o direito fez dela. Membro da comunidade acadêmica da Universidade de Oxford do pós-guerra, Hart, assim como seus colegas, acreditava estar promovendo uma revolução na filosofia ao resgatá-la de uma série de maus entendidos sobre a linguagem¹¹⁶. Hart pode ser considerado uma espécie de introdutor da chamada “virada linguística” na teoria e filosofia do direito (MACEDO JUNIOR, 2010).

O programa de filosofia analítica do direito de Hart foi levado a cabo em sua obra mais influente, **O conceito de direito**. Nele, Hart considera insatisfatória a resposta alcançada por meio da diferenciação entre gênero e espécie. É que definir valendo-se do método *per genus et differentiam* exige que se conheça uma família mais extensa das coisas, ou *genus*, sobre cuja natureza somos esclarecidos e dentro da qual a definição localiza o que define. No caso do direito, esta exigência seria inútil, “porque aqui não há uma categoria geral bem conhecida e familiar, de que o direito seja membro” (HART, 2007, p. 19).

Além disso, a diferenciação por gênero baseia-se na suposição tácita de que todos os casos daquilo que vai ser definido tenham características comuns que sejam referidas pela expressão definida¹¹⁷. Ocorre que a linguagem opera com casos de fronteira e as palavras, inclusive “direito”, são dotadas de *textura aberta*¹¹⁸, de

¹¹⁶ As filosofias da linguagem, de Oxford, mais influenciadas por J.L. Austin, e de Cambridge, influenciadas por Wittgenstein, “reconheciam a grande variedade de tipos de discurso humano e de comunicação significativa entre os homens, reconhecimento que levava à convicção de que perplexidades filosóficas anteriores poderiam freqüentemente ser resolvidas não pela construção de alguma teoria geral, mas pela discriminação e caracterização dos diferentes modos em que a linguagem humana é utilizada, alguns deles refletindo diferentes formas de vida humana. Segundo essa concepção da filosofia, o erro que cegara muito da filosofia anterior, e mais recente e notavelmente do Positivismo Lógico dos anos pré-Guerra, fora o de supor que havia apenas algumas formas de discurso (discursos empíricos de asserções factuais (*empirical fact-stating*) ou asserções de verdades definicionais ou logicamente necessárias) que eram significativas, descartando como sem sentido, ou como meras expressões de sentimentos, todos os outros usos da linguagem que, como no caso das asserções metafísicas ou dos julgamentos morais, não poderiam ser mostradas como sendo formas disfarçadas ou complexas de alguns dos tipos privilegiados de discurso.” (HART, 2010, p. 3).

¹¹⁷ Nas palavras de Macedo Junior: “Desse modo, para Hart, o conceito de direito, diferentemente de outros conceitos determináveis *per genus et differentiam* (por exemplo, triângulo, ou o conceito de *elefante* que podemos encontrar num dicionário), deve ser buscado por meio da identificação das práticas sociais às quais ele se refere. Evidentemente pode haver algum grau de disputa quanto à definição de quais são essas práticas paradigmáticas, bem como de qual é a forma correta de descrevê-las. É possível, contudo, basear-se na ideia de que muitas práticas estão subjacentes às várias definições teóricas existentes e envolvem algum tipo de consenso pressuposto acerca do significado do direito. Afinal, é necessário que exista ao menos um caso-padrão que lhe sirva de base para a determinação do significado de um conceito.” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 57).

¹¹⁸ A noção de textura aberta dos conceitos pode ser considerada uma aplicação do artifício do *focal meaning* por Hart. Para a importância da noção de textura aberta na metodologia de Hart, ver STAVROPOULOS, 2001, p. 59-99.

modo que o “uso comum de um termo não proíbe a extensão do termo a casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estejam presentes” (HART, 2007, p. 20). Apesar disso, Hart entende haver um conjunto central de elementos (forma-padrão) constitutivos do conceito de direito. Em diversas passagens do livro, Hart busca esclarecer as formas-padrão (*central case*) dos termos comuns do vocabulário jurídico.

A busca pelo esclarecimento das formas-padrão é interpretada por Nicos Stavropoulos como uma adesão de Hart à “análise conceitual ambiciosa”, cujo objetivo seria elucidar a compreensão do uso ordinário de um termo e o que ele designa (STRAVOPOULOS, 2001, p. 71).

A análise conceitual ambiciosa visa a “ordenar o uso”, isto é, capturar os elementos essenciais daquilo a que uma expressão se refere e, assim, prover uma descrição de sua natureza. Seria voltada à explicação da concepção ordinária de um conceito-alvo, ou melhor, à “teoria popular” (*folk theory*) da natureza das coisas que caem sob um conceito. Seu método supõe que o uso das palavras por si só determina a correta compreensão dos conceitos.

Hart trata o uso comum das palavras como uma fonte de conhecimento teórico. Para ele, atentar para o uso pode aguçar nossa compreensão dos conceitos que figuram no uso e, assim, *prover intuições sobre a natureza das coisas designadas pelos objetos* (STAVROPOULOS, 2001, p. 81).

Em suma, para Hart, a compreensão do uso dos conceitos pelos partícipes do sistema jurídico é o que nos proverá intuições sobre a natureza do direito, esclarecendo a compreensão (do observador hermenêutico) sobre o conceito de direito.

Em Raz a situação não é distinta.

Na introdução de **Practical reason and norms**, Raz afirma que a filosofia prática inclui tanto uma parte substantiva ou avaliativa, quanto uma parte formal, interessada na análise conceitual.

Segundo esse autor, enquanto a parte substantiva inclui os argumentos destinados a mostrar quais valores devemos perseguir, quais razões devem guiar nossa conduta, quais normas são vinculantes, etc., a análise conceitual se preocupa com as *propriedades lógicas* de conceitos como “valor”, “razão para ação” ou “norma e natureza das regras de inferência que governam o raciocínio prático”.

Apesar de não serem totalmente independentes, Raz reconhece que a filosofia prática substantiva e a análise conceitual são relativamente independentes e seu estudo em **Practical reason and norms** é voltado primariamente à análise conceitual (RAZ, 1999, p. 10-11).

Ainda que Raz não defenda abertamente a prioridade lógica da análise conceitual sobre a pesquisa substantiva em filosofia prática, ele defende, ao menos, alguma independência entre as duas investigações. Apesar disso, acredito que Raz concorde com a existência de prioridade lógica da investigação conceitual em relação à investigação substantiva, visto que, na obra **Practical reason and norms**, de 1975, a análise conceitual é priorizada.

Posteriormente, no artigo **Can there be a theory of Law**, de 2005, que serve de base para o **Evaluation and legal theory**, de Dickson, Raz critica a abordagem teórica por meio da análise conceitual e, em seu lugar, propõe que a tarefa do teórico seja de investigar a natureza do direito.

Para Raz, conceitos fazem parte da forma como concebemos aspectos do mundo e são usados tanto para expressar as palavras e seus significados, quanto para expressar a natureza das coisas sobre as quais eles se aplicam. Nesse sentido, explicar o que um conceito é significa explicar como as pessoas que o empregam o compreendem. Ocorre que as pessoas podem conhecer um conceito sem compreendê-lo por completo ou fazer referência a um conceito sem entender todas suas características necessárias. Ainda, por ser atrelado à forma como as pessoas o compreendem, os conceitos são, primariamente, paroquiais (RAZ, 2005, p. 2-5).

Já a natureza de uma coisa é, para Raz, relacionada às propriedades que devem ser encontradas nessa coisa em qualquer lugar e tempo que essa coisa existir. Essas propriedades são universais e não dependem de fatores contingentes para que essa coisa exista.

No caso do direito, na mesma linha do argumentado por Dickson (que aderiu ao raciocínio de Raz)¹¹⁹, a tarefa do teórico consiste em investigar sua natureza, i.e., as características essenciais que certas práticas sociais devem possuir para serem consideradas direito. Essas características devem ser acessadas por meio de avaliações sobre aquilo que é importante e significativo para os partícipes do

¹¹⁹ Vide Capítulo 1, especialmente a seção 1.

sistema na autocompreensão que possuem do fenômeno jurídico (RAZ, 2005., p. 9-14).

Apesar de distinguir a análise conceitual da investigação acerca da natureza do direito, Raz afirma que a investigação de Hart, voltada ao esclarecimento do conceito de direito, assemelha-se mais à análise da natureza das coisas do que à análise dos conceitos. Ou seja, apesar de criticar o projeto eminentemente conceitual de Hart, Raz considera que seu resultado foi correto, pois trouxe uma melhor compreensão a respeito da natureza do direito.

Em suma, tanto a investigação sobre a natureza do direito, na terminologia de Raz, quanto a investigação sobre o conceito de direito, na terminologia de Hart, visam a esclarecer quais são as características essenciais que o direito possui ou deve possuir para ser chamado de direito. Para fins da presente dissertação, considerarei que ambos adotam como método de investigação filosófica a “análise conceitual descritiva”, que visa, primariamente, a responder a questão “*o que são as coisas?*”.

Finnis relata que, no caderno que parece conter a gênese das ideias utilizadas em **O conceito de direito**, a palavra “conceito” aparece diversas vezes em maiúsculas. Isso indicaria que, ao identificar os conceitos, Hart estaria buscando esclarecê-los, mas sem julgá-los:

Seria como se nesses pensamentos preparatórios, a investigação ou identificação de um conceito de alguma forma suspendesse (*lifted*) sua compreensão e sua teoria acima da investigação daquilo que uma população em particular teria pretendido ou desejado, acima das concepções dessa população sobre o que é importante se promover como desejável (bom) e evitar como indesejável (mau), e acima dos próprios julgamentos do teórico sobre o que é desejável e importante (bom e mal), para alcançar uma esfera de eternos – verdadeiramente gerais – essências ou formas de alguma forma disponíveis para adoção na investigação, uma percepção teórica, neutra e avaliativa. (FINNIS, 2011d, p. 234)¹²⁰

¹²⁰ No original: “It was as if, in these preparatory thoughts, the investigation or identification of a Concept somehow lifted one’s understanding, one’s account, one’s theory, above an investigation of what particular people or groups (or any merely statistical-frequency-based selection of them) have meant, or have intended, above their conceptions of what it is important to promote as desirable (good) and avoid as undesirable (bad), and above the theorist’s own ‘pre-theoretical’ judgments about importance and desirability (good and bad), into a realm of timeless – truly *general* – essences or forms somehow available for adoption on inspection, a neutral, value-free, and ‘theoretical’ perception.”

Para Finnis, a visão de que é possível descrever um conceito sem o teórico participar de sua avaliação não passa de um “um mito filosófico, uma ilusão” (FINNIS, 2011d, p. 234).

2.2 METODOLOGIA DE FINNIS

A metodologia de Finnis se distingue da metodologia de seus colegas positivistas por ser fundada na razoabilidade prática. É através da razoabilidade prática que conhecemos a natureza humana e a natureza do direito.

Crucial ao método finnisiano é a distinção entre o conhecimento prático e o conhecimento teórico, especulativo ou contemplativo. Este é chamado de “*is-knowledge*” e visa ser um conhecimento sobre como as coisas são. O “*ought-knowledge*”, o conhecimento prático, por sua vez, incide sobre as escolhas práticas, sobre o que a pessoa deve fazer e como deve agir¹²¹. Outra forma de colocar a distinção entre a metodologia positivista e a de Finnis é que esta busca alcançar verdades através do conhecimento prático, enquanto os positivistas buscam alcançar verdades através do conhecimento teórico.

Como o próprio Finnis reconheceu no prefácio ao **NLNR**, boa parte de sua doutrina tem por fundamento as ideias clássicas, na forma como foram rerepresentadas e desenvolvidas por Germain Grisez, principalmente em **O primeiro princípio da razão prática**¹²².

Segundo a interpretação de Grisez, a razão prática distingue-se da razão teórica.

[A]mente prática é diferente da mente teórica nisto: que a inteligibilidade e a verdade do conhecimento prático não alcançam uma dimensão da realidade que esteja para além dos dados da experiência pronta para ser apreendida por eles. Não; o conhecimento prático refere-se a uma dimensão muito diferente da realidade, que é realmente uma possibilidade pelo dado, mas uma possibilidade que precisa ser realizada, para se tornar real, pela direção da própria mente. A mente teórica atravessa a ponte do

¹²¹ Finnis prossegue: “This is not the ‘ought’ that is part of non-practical knowledge’s stock of information about regularities: ‘It’s the equinox, so the tides ought to be higher’; ‘It’s spring, so the roses should be budding’; and so forth. Rather, it is an ought that directs me to the good I am to (should, even if in fact I don’t) choose and try to achieve – an ‘am to’ which is not predictive but normative, not future indicative but gerundive, action-guiding by making sense of action by making it intelligible as the means of an intelligible purpose.”

¹²² (GRISEZ, 2007).

dado para invadir o reino do ser; ali a mente pode apreender tudo, real ou possível, cuja realidade não esteja condicionada pelo pensamento e ação humanas. A mente prática também atravessa a ponte do dado, mas traz seus dons ao reino do ser, pois a mente prática contribui com aquilo cuja possibilidade, sendo oportunidade, exige a ação humana para sua realização (GRISEZ, 2007, p. 187).

Apesar de a razão prática ser distinta da razão teórica, a razão de uma pessoa faz parte de sua realidade única, isto é, ambas fazem parte da *razão* do sujeito (FINNIS, 2011 a, p. 8). O que a distinção entre razão prática e razão teórica visa elucidar são as diferentes funções que a razão pode desempenhar.

Nas subseções a seguir, procuro expor como, na leitura de Finnis, a razão prática pode levar tanto ao conhecimento da natureza humana, quanto ao conhecimento do direito.

2.2.1. RAZÃO PRÁTICA E O CONHECIMENTO DA NATUREZA HUMANA.

É a partir de sua teoria epistemológica, herdeira de Aristóteles e São Tomás, conforme lidos por Germain Grisez¹²³, que Finnis nos apresentará a forma de conhecermos a natureza humana.

Para Aristóteles a ética é um empreendimento eminentemente prático, já que ela serve para guiar nossa conduta de modo que vivamos nossas vidas correta e razoavelmente, ou melhor, bem. Por outro lado, o estudo da ética é também um empreendimento teórico, no sentido de que através dela buscamos chegar à verdade. Diferentemente de outros conhecimentos teóricos, como as ciências físicas e naturais, a verdade, no campo da ética, será alcançada justamente no campo prático, no campo da ação. A pergunta aqui é: como posso agir corretamente?

Ao trabalhar com ética, estamos à busca da verdade. O que se quer saber, ou pelo menos ter maior clareza a respeito, é a verdade sobre o ponto, o bem, o valor da ação humana (...) no campo da ética, como identificado por Aristóteles, buscamos a verdade, não só por ela mesma (*its own sake*), nem simplesmente por querermos saber a verdade sobre nosso objeto de

¹²³ Para mais, vide (GRISEZ, 2007). Para uma enfática defesa das posições de Grisez e de Finnis, vide os seguintes artigos de Robert George, reunidos em seu **In defense of natural law** (1984): **A defense of the new natural law theory**, **Recent criticism of natural law theory** e **Natural law and human nature**. Nesses três artigos, George defende vigorosamente a tese de que não existe uma natureza humana a ser descrita, mas sim uma natureza humana a ser encontrada. Seus opositores são tanto autores da neo-escolástica, que defendem a existência de uma natureza humana a ser descrita, quanto céticos, que não acreditam na existência de uma natureza humana, tal como concebida pelo direito natural.

estudo, mas sim (e primariamente) para que nossas escolhas, ações e todo nosso modo de vida seja bom, que valha a pena (FINNIS, 1983, p. 4) ¹²⁴.

Dessa forma, podemos dizer que alguém está pensando de maneira prática, ou, conforme a ética, quando está considerando o que é bom ser, conseguir, ter ou fazer. E *o que é bom ser, conseguir, ter ou fazer* é alcançado por meio da reflexão prática (FINNIS, 1983, p. 12). É dentro do campo da ética, eminentemente prático, que serão alcançadas as verdades sobre a própria ética. E essas verdades nos levarão aos bens humanos básicos e ao conhecimento da natureza humana.

Finnis rebate o argumento de que da natureza humana chegamos aos bens humanos, apresentando-o inversamente: é a partir dos bens humanos que conhecemos a natureza humana.

Quando falamos da *natureza humana* não estamos tratando da investigação teórica, avaliativa e descritiva que poderia ser encontrada na física de Aristoteles ou no que hoje é a antropologia. A *natureza humana*, nesse sentido, é uma forma de expressar as conclusões alcançadas a partir da investigação ética, que é abertamente avaliativa (*evaluative*) e prática. Diferentemente da natureza dos outros seres vivos, que descobrimos através da investigação externa e teórica, já que não partilhamos de suas formas de vida, a *descrição* da natureza humana não será suficiente se não incorporar os resultados somente obteníveis através do empreendimento prático da ética.

Não é a toa, dirá Finnis, que os únicos tratados sobre a natureza humana de Aristóteles são sua *Ética a Nicomaco* e *Política*. Para o filósofo grego, o estudo da natureza dos seres é o estudo de suas potencialidades ou capacidades. E, no caso dos seres humanos, sua epistemologia se desenvolve, segundo Finnis, da seguinte forma:

Potencialidades ou capacidades são compreendidas através da compreensão de seus atos correspondentes (atualizações); e os atos ou atualizações, por sua vez, são compreendidos através da compreensão de seus objetos. Agora, os principais objetos da vida humana (i.e., nossas capacidades e nossas atividades) são precisamente o objeto de nossa razão

¹²⁴ No original: “But in doing ethics, one does seek truth. What would one would like to know, or at least to become clearer about, is the truth about the point, the good, the worth, of human action (...) and in ethics, in the full and proper sense identified by Aristotle, one chooses to seek that truth not only for “it’s own sake”, nor simply for the sake of becoming a person who knows the truth about that subject-matter, but rather (and equally primarily) in order that one’s choices, actions and whole way of life will be (and be known by oneself to be) good, worthwhile.”

prática, i.e., de nosso raciocínio sobre o que fazer e ser (FINNIS, 1983, p. 21)¹²⁵

Nem Finnis, nem Aristóteles, desconsideram que do ponto de vista ontológico, a ordem é inversa à epistemológica. Ontologicamente, “a essência da alma embasa as potências, as potências embasam os atos e os atos embasam o conhecimento dos objetos” (FINNIS, 1983, p. 21). Epistemologicamente, por outro lado, a forma como conhecemos a essência ou natureza humana, será aquela proposta pelo próprio Aristóteles: primeiro se deve conhecer os objetos, e, assim, se pode conhecer plenamente os atos humanos característicos, e, *assim*, as potencialidades humanas, e, *assim*, a essência ou natureza humana (FINNIS, 1983, p. 21).

Para Finnis, epistemologicamente, o conhecimento da natureza humana não é a “base da ética”; pelo contrário, a ética que é uma preliminar indispensável ao completo e correto conhecimento da natureza humana.

O conhecimento adequado da natureza humana não é a fonte da maneira pela qual compreendemos os fins, bens e realização (*flourishing*) humanos. Pelo contrário, o conhecimento adequado da natureza humana é o resultado do nosso modo de compreender os objetos inteligíveis da vontade e ação humana, objetos que são os bens inteligíveis (FINNIS, 2011, p. 416).¹²⁶

Apesar disso, sem uma boa compreensão factual, descritiva e teórica da natureza humana não se alcança uma boa teoria ética. A ética não seria deduzida ou inferida a partir da metafísica ou da antropologia, mas uma má metafísica ou má antropologia pode bloquear a reflexão ética sobre a forma de participação nos bens humanos.

Sua outra grande referência, São Tomás de Aquino, convergiria para a posição aristotélica descrita acima. O princípio aristotélico de que através das potencialidades chegamos à natureza dos seres é “vigorosamente empregado por Aquino em toda sua trajetória intelectual” (FINNIS, 1983, p. 25). Finnis traça a

¹²⁵ No original: “Potentialities or capacities are understood by understanding their corresponding acts (actualizations); and acts or actualizations are in turn to be understood by understanding their objects. Now, the principal objects of human life (i.e., of our capacities and our activities) are precisely the concern of practical reason, i.e., of our thinking about what to do and be.”

¹²⁶ No original: “Adequate knowledge of human nature is not the source of our coming to understand human ends, goods or flourishing. Rather, it is a resultant of our understanding of the intelligible objects of human willing and action, objects which are the intelligible goods.”

mesma distinção entre a epistemologia e a ontologia em Aquino, chamando atenção para a questão *Is-Ought*¹²⁷.

Epistemologicamente as proposições sobre os bens básicos humanos não são derivadas de proposições sobre a natureza humana. Esses bens básicos para Aquino são conhecidos por si mesmos, indemonstráveis (auto-evidentes). Na mesma linha de Aristóteles, nós conhecemos a natureza humana ao conhecermos suas potencialidades, e as potencialidades ao conhecermos suas atuações (*actuations*), que conhecemos, por sua vez, ao conhecermos seus objetos – e os objetos da vontade humana são precisamente os bens básicos humanos. Dessa forma, epistemologicamente, os bens básicos não são derivados da natureza humana (FINNIS, 2011a, p. 147).

Ontologicamente, entretanto, aplicando o mesmo princípio metodológico, teremos que os bens básicos são derivados da natureza humana. O argumento é simples: fosse a natureza humana diferente, os bens humanos tais como compreendidos não a aperfeiçoariam. Em outras palavras, a condição de um bem como um bem básico humano é derivada da natureza que esse bem visa aperfeiçoar. Portanto, se a natureza física fosse outra, os bens humanos tais como compreendidos não a aperfeiçoariam. Dessa forma, ontologicamente, os valores são derivados dos fatos.

No campo da razão prática, da forma como nos devemos conduzir, i.e., da ética, contudo, a investigação que importa à Finnis é a epistemológica, já que é ela, essencialmente, que nos permite *conhecer* a natureza humana e, assim, apreender seus valores.

Em suma, na epistemologia de Finnis, o conhecimento das nossas capacidades e potencialidades precede nossa própria natureza,

É claro que nós só podemos nos realizar (*flourish*) porque temos as capacidades para fazê-lo – porque temos a natureza que temos, antes mesmo de fazer as escolhas que podemos fazer. Mas nenhum de nós sabe, adequadamente, o que é a realização (*flourishing*) humana e quais bens a compõem por conhecer essa natureza. Na ordem de como conhecemos as coisas (a ordem epistemológica), o conhecimento delas, como inteligíveis,

¹²⁷ A explicação a seguir foi extraída do artigo **Is and Ought in Aquinas**, reimpresso no CEJF I (FINNIS, 2011a, pp. 144 – 157)

desejáveis e que valem a pena ser buscadas precede o conhecimento de nossa natureza como tal (FINNIS, 2011a, p. 5)¹²⁸.

2.2.2. RAZÃO PRÁTICA E O CONHECIMENTO DO DIREITO.

Esclarecido que, para Finnis, acessa-se, epistemologicamente, a natureza humana através da razão prática, veremos que, em relação ao direito, o princípio é o mesmo. Por incidir sobre nossa deliberação prática, buscando fornecer razões para que ajamos de certa forma, o conhecimento sobre o direito é eminentemente prático¹²⁹.

Finnis primeiro pede que realizemos o seguinte experimento mental: suponha que você pense a respeito do direito sem tentar descrevê-lo, sem tentar elucidar o conceito de direito. Suponha que você se pergunte se, por que e quando cada um de nós deve ser favorável a introduzir, ter, endossar, manter, cooperar (*comply*) e aplicar (*enforce*) o direito. Nesse caso, o sujeito pensaria sobre o direito não como algo limitado ao seu tempo e local, mas como algo que as pessoas de qualquer tempo e local, de que temos conhecimento, teriam como direito (FINNIS, 2011d, p. 23).

Finnis narra que esse experimento mental seria similar ao que Aristóteles propôs quando sugeriu que se “traduzisse” “o quê?” por “por quê?”. O exemplo do tipo aristotélico é o eclipse. Quando se pensa a respeito do que é um eclipse, pensa-se nele como uma sombra que encobre a Lua. Mas, por que essa sombra encobre a Lua? A sombra encobre a Lua *porque* a Terra está bloqueando a luz do Sol. Um eclipse, portanto, é o resultado visível da Terra se posicionando entre o Sol e a Lua. Isso é *o que é* um eclipse.

Da mesma forma, Finnis propõe que se pense: o que é um relógio? Ora, um relógio é um conjunto de correntes e polias. Mas para que essas correntes, polias, números e ponteiros são conectados entre si dessa forma? Eles são conectados como um instrumento para medir a passagem do tempo.

¹²⁸ No original: “Of course, we can only flourish because we have the capacities to do so – because we have the nature we have, prior to any choices we might make. But none of us knows, adequately, what human flourishing is and what its component goods are, by first knowing that nature. In the order of the coming to know (the epistemological order), knowledge of the goods, as intelligible, desirable, pursuit-worthy, comes before knowledge of our nature as such.”

¹²⁹ A explanação a seguir foi fundamentalmente extraída do artigo **Describing law normatively**, de 2003 (FINNIS, 2011d, pp. 23-45).

Finnis dá mais um exemplo: o que é um argumento? Cedo na vida aprende-se que algumas proposições realmente dão razão a conclusões e, assim, são argumentos, enquanto outras, embora busquem fornecer as mesmas razões para conclusões, não o são. Por que, então, articular essas proposições numa série ou justapor premissas e conclusões? Para compelir, justificar ou garantir que a conclusão seja aceita (FINNIS, 2011d, p. 25).

No caso do direito, por que ter o tipo de coisa ou coisas que são chamadas de direito e sistema jurídico, instituições jurídicas, processos e arranjos que nomeamos de nosso tempo e local? Por que tê-lo? A investigação é abertamente a respeito de se e porque *eu* – a pessoa que se pergunta no curso da investigação – devo querer apoiar e aquiescer com o direito. Ela surge no curso da reflexão, da reflexão deliberativa, sobre o que eu realmente devo fazer, aqui e agora, e com a minha vida, na medida em que posso encará-la (FINNIS, 2011d, p. 25.).

Parafraseando São Tomás de Aquino, Finnis afirma que esse tipo de questão prática primeiro surge quando somos uma criança de aproximadamente sete anos. Alguma criança, no horário do intervalo da escola, está batendo na outra. O que eu devo fazer? Ajudar a bater ou ajudar a vítima? Avisar o professor? Numa situação como essa, Finnis assevera que a criança entra no domínio moral ou domínio ético ou domínio da moralidade.

Nesse domínio, a questão sempre é: o que eu devo decidir? Decidir envolve tanto o julgamento prático (o julgamento de consciência sobre as ações possíveis) e a decisão autodeterminada. O sentido primário da moralidade – a realidade primária da moralidade – é o conjunto de considerações que o indivíduo compreende como incidentes sobre a tomada desse tipo de decisão e como critério para que eu avalie minhas decisões como boas ou ruins precisamente como decisões (FINNIS, 2011d, p. 26).

Assim como a criança não se envolve com o *bullying* por considerá-lo errado e injusto, no caso do direito, em que são necessárias regras para restringir o uso da violência, roubos e fraudes significa que precisamos das regras justamente em razão da justiça.

Dessa forma, o direito é, por sua própria natureza, moralmente valioso. Pelo valor da justiça e de uma comunidade que se realize, *i. e.*, composta por pessoas em boa forma e vivendo bem, é que precisamos de um conjunto de regras, arranjos e instituições, autoridade, pessoas com responsabilidade e o que mais nós comumente

chamamos de direito. Pelo valor da justiça, é que precisamos de regras gerais, claras, estáveis, capazes de serem cumpridas (FINNIS, 2011d, p. 27).

Nesse sentido, a vida do direito, ao menos sua realidade primária, não reside na lógica da coerência conceitual ou da compreensão do que outras pessoas pensaram, disseram, estipularam ou decidiram. A realidade primária do direito é sua reivindicação, em si mesma, presumivelmente moral, sobre o curso de minha deliberação a respeito do que fazer (FINNIS, 2011d, p. 28).

E, ao incidir sobre o curso da minha deliberação, a questão inevitável é: o que justifica a adoção da decisão reivindicada pelo direito em detrimento de outras decisões que posso querer tomar? Por que devo decidir pelo direito? Ao responder essa questão, tenho de levar em consideração para que serve o direito e, somente por meio dessa pergunta, entenderei o que ele é.

Dessa forma, somente quando se busca identificar por que se deseja a instituição social denominada direito, identificamos, precisamente, o que ela é. A questão “por quê?” precede, portanto, a questão “o quê?”.

Em resumo, uma teoria do direito completa e totalmente realista pode e, em todos os sentidos, tem sido trabalhada partindo da questão cem por cento normativa o que devo decidir fazer e, equivalentemente, que tipo de pessoa quero ser. Não consigo pensar em nenhum projeto de pesquisa que se presuma uma teoria filosófica sobre o direito com um ponto de partida diferente (FINNIS, 2011d, p. 31-32).¹³⁰

2.3 Por que “Por quê?” precede “O quê?”

Retomando a conclusão do capítulo anterior, a crítica de Finnis aos autores positivistas era relacionada ao critério que esses autores utilizariam para filtrar e selecionar os dados sobre os quais eram formados os conceitos utilizados em suas teorias. Enquanto Bentham, Austin e Kelsen deram pouca atenção a essa questão metodológica, Hart e Raz obtiveram maior poder explanatório, pois deram a devida atenção ao ponto de vista prático, extraindo os conceitos utilizados em suas teorias da autocompreensão dos partícipes do sistema jurídico. A crítica de Finnis a Hart e Raz

¹³⁰ No original: “In short, a complete and fully realistic theory of law can be and in all essentials has been worked out from the starting point of the 100 percent normative question, what should I decide to do and, equivalently, what kind of person should I resolve or allow myself to be. I can think of no interesting project of inquiry left over for a philosophical theory of law with any different starting point.”

deveu-se, justamente, por eles não terem diferenciado mais, não terem excluído do ponto de vista interno ou jurídico os casos degenerados.

Hart e Raz poderiam contestar Finnis, afirmando que basta reconhecer a importância do ponto de vista interno ou jurídico, já que ele contém a linguagem normativa. Filtrá-lo – diriam eles – seria demais. Caso o fizessem, eles, os teóricos, se envolveriam na tarefa avaliativa, o que não é necessário, nem recomendável. Ademais, poderiam afirmar que seus projetos são descritivos, visam descrever a natureza do direito.

A réplica de Finnis a esse argumento já havia sido dada no Capítulo 1 de **NLNR**, mas agora possuímos mais elementos para compreendê-la em sua integridade. Hart e Raz, na opinião de Finnis, adotam um critério. Isso é inerente às ciências sociais e sabido pelos teóricos, ao menos, desde Weber. O teórico precisa filtrar, senão terá de descrever tudo aquilo que observa. O teórico precisa avaliar, senão sua teoria resultará num dicionário. O critério de Hart e Raz, diz Finnis, é ruim, mas ele existe. E existe também em Bentham, Austin e Kelsen.

Hart e Raz, conscientemente, tomam como critério aquilo que é importante para o partícipe, no que chamaram, respectivamente, de ponto de vista interno e ponto de vista jurídico. Finnis ataca Hart e Raz por permanecerem numa posição “instável e insatisfatória”, por não terem diferenciado mais e por não terem abertamente defendido que, como teóricos, participam também da avaliação. (FINNIS, 2011, p. 13).

Para além da crítica de que a teoria necessita de um critério de seleção e avaliação dos dados – que, ao fim, poderia ser concedida por Hart e Raz, já que ambos poderiam contestar Finnis afirmando que possuem um critério de seleção e avaliação, mas esse critério só reproduz o que os partícipes consideram importante e significativo¹³¹ –, existe a discussão epistemológica sobre a forma como se conhece a natureza do direito.

Finnis diz que o critério pelo qual o teórico filtra os dados corresponde, justamente, à avaliação que ele, como teórico, faz. É que é impossível conhecer a natureza do direito sem avaliá-la. Diferentemente de Raz e de Hart, que buscam descrever a natureza do direito aplicando as formas de conhecer do conhecimento

¹³¹ Chamar atenção para o fato de que as teorias jurídicas de orientação positivista possuem um critério de avaliação é o grande mérito da obra de Dickson.

teórico, Finnis argumenta que só é possível conhecer o direito por meio do conhecimento prático. Assim como a natureza humana, que só pode ser descoberta por meio da investigação prática sobre quais são os objetos inteligíveis e desejáveis (os bens humanos básicos), a natureza do direito só pode ser descoberta por meio da investigação prática sobre a realização da justiça.

É como se, na leitura de Finnis, a natureza do direito não estivesse “no mundo”¹³², pronta para ser descoberta e descrita pelo teórico. Pelo contrário, ela é acessada e conhecida a partir da investigação prática sobre o que fazer e como agir. Por esse motivo, o teórico engaja-se na tarefa avaliativa. Uma teoria sobre o que o direito é, nesse sentido, é uma teoria sobre o que o direito *deve ser*. A descrição é normativa, visto que o filósofo do direito adota o ponto de vista prático ao formular sua teoria. Na investigação sobre a natureza do direito, ele mesmo, o teórico, está a investigar quando e em que circunstâncias o direito é uma instituição justificada, quando e sob quais condições essa instituição pode lhe demandar obediência, afetando sua escolha sobre o que fazer¹³³.

Por esse motivo, Finnis sugere que o ponto de vista a ser adotado pelo teórico é aquele que toma a obrigação jurídica como uma obrigação, presumivelmente, moral. E dentre os que tomam a obrigação jurídica como obrigação presumivelmente moral, existem aqueles que são mais razoáveis do que outros. O ponto de vista a ser adotado na formulação das teorias jurídicas, portanto, é o do homem maduro e razoável do ponto de vista prático.

Em suma, a adoção do ponto de vista prático é necessária à teorização jurídica, pois é por meio dele que o teórico conhece a natureza do direito e, assim, pode descrever suas características essenciais.

¹³² Não pretendo com isso dizer que Hart e Raz adotam a concepção fiscalista de mundo de Kelsen. A grande inovação de Hart foi justamente rejeitar a concepção absoluta de mundo de Kelsen. Vide (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 61 e ss). O ponto é que a análise conceitual descritiva de Hart e Raz, segundo a qual o uso das palavras pode aguçar nossa compreensão dos conceitos que figuram no uso e, assim, prover intuições sobre a natureza das coisas designadas pelos objetos, também pressupõe, apesar de hermenêutico, um “mundo” a ser descrito.

¹³³ Aqui cabe lembrar o primeiro parágrafo de NLNR: “Existem bens humanos que só podem ser assegurados por meio de instituições do direito humano, e requerimentos da razão prática que só essas instituições podem satisfazer. É o objeto desse livro identificar esses bens e esses requerimentos da razão prática, e, com isso, expor como e em que condições essas instituições são justificadas e os modos de elas podem ser (e algumas vezes são) imperfeitas” (FINNIS, 2011, p. 3).

Na seção a seguir, exponho a releitura que Finnis apresenta de algumas teses positivistas. Essa releitura demonstra que os positivistas adotaram o ponto de vista prático na elaboração de suas teorias.

3 HART, RAZ E DICKSON E O DIREITO NATURAL

Como Finnis afirma no final do primeiro capítulo de **NLNR**, Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart e Raz teriam publicado severas críticas ao que entenderam ser a teoria do direito natural. Apesar disso, prossegue Finnis, o trabalho teórico de todos esses autores adotou, sem explicitar ou justificar, algum ponto de vista prático como critério de relevância e significância na construção de suas análises descritivas (FINNIS, 2011, p. 18).

Ora, se a teoria do direito natural é, conforme a caracterização de Finnis, aquela que explicitamente e, com total consciência do movimento pendular a ser realizado pelo teórico, encarrega-se de uma crítica de pontos de vista práticos, de modo a distinguir o razoável do não razoável, os autores citados acima seriam naturalistas disfarçados.

Como já foi dito, no final de **Describing law normatively**, Finnis acusa seus amigos e colegas de começarem no caminho errado, mas, ao fim, acabarem na mesma estrada e no mesmo lugar que ele, com teorias normativas, que, em sua formulação, dependem da adoção de um ponto de vista prático pelo teórico.

Nesta seção, pretendo expor o argumento de Finnis de que os teóricos do positivismo são, na verdade, teóricos do direito natural. Para tanto, é necessário discutir algumas teses substantivas dos positivistas¹³⁴. Dada sua influência, o foco preferencial de Finnis é Hart¹³⁵.

Finnis provoca-o afirmando que o livro de Hart poderia ter sido chamado de “*Um novo e melhorado conceito de Direito*”, em vez de **O conceito de Direito**, já que Hart não teria buscado descrever o conceito de direito que as sociedades

¹³⁴ A discussão substantiva é influenciada por questões metodológicas. Essa tese foi defendida na Introdução desta dissertação e reiterada na primeira seção do capítulo I, quando apresentei a discussão metateórica de Dickson.

¹³⁵ Para uma crítica similar a Hart, vide o artigo de Stephen Perry **Hart’s methodological positivism (PERRY, 2001)**

geralmente possuem, mas um conceito melhorado de direito (FINNIS, 2011d, p. 107).

Um dos argumentos apresentados por Hart em **O conceito de direito** é que as regras que conferem poderes aos cidadãos não deveriam ser descritas como fragmentos de regras primárias, que impõem obrigações diretas aos cidadãos (HART, 2007, p. 44-46).

A crítica de Hart é dirigida diretamente a Kelsen e a Austin, que definiam as normas jurídicas a partir da possibilidade de aplicação de sanção. Hart entende que confundir todas as normas num mesmo tipo, sendo todas definidas a partir da possibilidade de aplicação de sanções, apesar de gerar uniformidade, causa enorme distorção.

A crítica específica das duas formas de teoria (Kelsen e Austin) que vamos desenvolver aqui é de que elas compram a uniformidade agradável do padrão a que reduzem toda lei por um preço demasiado alto: o de distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem¹³⁶. (HART, 2007, p. 46)

Ora, pergunta Finnis, seria a crítica de Hart normativamente inerte? Estaria ele só especificando melhor o conceito de direito, chamando atenção para a distinção entre regras primárias e secundárias? Finnis crê que não. O ponto de Hart é que, se olharmos através do ponto de vista daqueles que estão dentro do sistema jurídico, o ponto de vista interno, descobriremos que essa divisão é relevante.

Mas de quem seria esse ponto de vista? Finnis afiança que o ponto de vista interno acaba sendo o “meu, o seu, o de Hart, não porque é o ponto de vista meu, seu ou de Hart, mas sim porque parece verdade a ele, a você e a mim, que existe valor em ter essas regras, razão para tê-las” (FINNIS, 2011d, p. 36).

Finnis quer dizer, com isso, que Hart está apresentando uma distinção entre tipos de regras não porque isso descreve melhor o conceito de direito ou suas propriedades lógicas, mas porque ele, Hart, o teórico, adotou o ponto de vista prático e, a partir dele, vislumbrou ser valiosa a distinção entre regras que geram obrigações e regras que conferem poderes. A observação “hermenêutica” de Hart não seria feita,

¹³⁶ A menção a Kelsen e a Austin foi adicionada por mim.

portanto, a partir do ponto de vista externo ou hermenêutico, mas a partir do ponto de vista prático, como defende Finnis.

Outro exemplo de Finnis, recai sobre a explicação de Hart sobre as regras secundárias como *remédios* para *problemas* das comunidades pré-jurídicas.

Hart entende o direito como um sistema de regras. As regras, por sua vez, podem ser de dois tipos: primárias ou secundárias.

As regras primárias são aquelas que estabelecem obrigações diretas aos indivíduos. Elas são o tipo básico de regra e geralmente exigem que seus destinatários façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram, quer não. Já as regras secundárias asseguram que se possam criar novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar sua aplicação. Resumindo, as regras primárias impõem deveres, enquanto as secundárias atribuem poderes, públicos ou privados (HART, 2007, p. 91).

Hart admite que comunidades primitivas ou pequenas comunidades existiram ou podem existir sem regras secundárias. Nessas comunidades, o controle social para a observância das regras primárias, que seriam basicamente os costumes, é exercido por meio do controle do próprio grupo, dependendo para tanto da existência de laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças partilhadas.

Na ausência desses fatores, a existência de tais comunidades seria dificultada por três defeitos decorrentes da estrutura social simples das regras primárias: (i) incerteza; (ii) caráter estático das regras; e (iii) ineficácia.

Hart assevera que, se surgissem dúvidas sobre quais são as regras primárias existentes ou qual o âmbito de aplicação de cada uma, sem a possibilidade de se recorrer a um texto ou a um grupo de funcionários dotados de autoridade para dirimir tais questões, a comunidade primitiva teria um problema de incerteza sobre as regras.

Caso a comunidade quisesse alterar alguma de suas regras primárias, teria de aguardar lento processo, por meio do qual ou, por um lado, tipos de conduta pensados como facultativos se tornassem habituais e usuais e, depois, obrigatórios, ou, por outro lado, os desvios, antes punidos, fossem paulatinamente tolerados até caírem no esquecimento.

Nessas comunidades, não há, segundo Hart, meio para adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias. Por isso, o caráter estático das regras pode surgir como um defeito.

Em terceiro lugar, a pressão social difusa pode se mostrar ineficaz para obter a observância geral e permanente e a punição em caso de desvio das regras primárias. A ausência de uma instância oficial para assegurar o cumprimento das regras pode implicar na sua ineficácia.

Para cada um desses defeitos, Hart apresenta um tipo de regra secundária. A introdução desses três tipos de regras secundárias pode ser entendida como a passagem do “mundo pré-jurídico para o jurídico” (HART, 2007, p. 103).

O remédio para a incerteza é a introdução da regra de reconhecimento. “Ela especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce” (HART, 2007, p. 104).

A partir da regra de reconhecimento – sustenta o autor – cria-se um critério concludente para a identificação das regras primárias de obrigação, um critério que permite verificar quais são as regras dotadas de autoridade. Além disso, com ela surgem, ainda que de forma embrionária, as ideias de sistema jurídico, já que as regras passam a estar unificadas sob a regra de reconhecimento, e de validade jurídica.

O remédio para a qualidade estática é o que Hart chama de regras de alteração, cuja forma mais simples é a que confere poder a um indivíduo ou corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias ou eliminar regras antigas.

Por fim, as regras de julgamento ou de adjudicação servem para remediar a ineficácia, já que dão poder a certos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade sobre a hipótese de, num caso concreto, ter sido violada uma regra primária (HART, 2007, p. 105-106).

Ora, ao chamar atenção para a distinção entre regras primárias e secundárias e ao caracterizar as regras secundárias como remédios para a saída do mundo pré-jurídico, Hart, novamente, estaria chamando atenção para uma distinção valiosa e valorosa: regras secundárias devem ser distinguidas das primárias, pois aquelas realizam valores do sistema jurídico que estas não realizam, como eficácia, alternância e precisão. Além disso, uma melhor compreensão do papel delas fornece aos cidadãos motivos para obedecerem às normas jurídicas.

Sobre os motivos para se obedecer às normas jurídicas, Hart reconhece que, no conceito de direito, existe um conteúdo mínimo de direito natural, basicamente voltado à preservação e à sobrevivência. Hart defende a existência de um

conteúdo mínimo do direito natural, isto é, a existência de princípios de conduta reconhecidos universalmente que “qualquer organização social deve conter, para ser viável” (HART, 2007, p. 209).

Segundo Hart, esses princípios de conduta estão assentados em verdades elementares relativas aos seres humanos, ao seu ambiente natural e às suas finalidades. Aderindo à corrente iniciada por Hobbes, Hart concede que a sobrevivência pode ser tida como o objetivo central da vida humana, de modo que os arranjos sociais devem ser estabelecidos para assegurá-la.

Seria esse conteúdo mínimo, a busca pela sobrevivência, o suficiente para justificar a normatividade das demais características do conceito de direito? Em outras palavras, ao reconhecer certo “conteúdo mínimo do Direito Natural” estariam justificadas, a partir do ponto de vista interno, as diferenciações entre regras primárias e secundárias? Finnis acredita que não. A diferenciação entre esses tipos de regra vai além, “os defeitos que as regras secundárias visam sanar vão muito além da mera sobrevivência.” (FINNIS, 2011d, p. 38).

Em suma, para Finnis, a teoria de Hart não é normativamente inerte e ele teria nos legado com um conceito de direito novo e melhor, que corresponde ao conceito existente em sociedades que ele acreditava razoavelmente organizadas¹³⁷ (FINNIS, 2011d, p. 234).

Para esse tipo de teorização, Hart selecionou aquilo que era importante e significativo explicar a partir daquilo que ele mesmo, Hart, considerava serem os requerimentos da razão prática, isto é, o conhecimento prático somado ao conhecimento teórico acumulado em sua época e disponível a ele.

Nesse sentido, para Finnis, Hart, ainda que de forma não declarada, aderiu à metodologia do direito natural.

¹³⁷ Prestando quase um tributo a Hart, Finnis afirma no final de **On Hart's ways: law as a reason and as fact** que a teoria de Hart seria normativa e fundada em boas razões, tendo ele nos legado um convite ao raciocínio e reflexão sobre aspectos cruciais da vida sob o direito: “I argued earlier in this essay that that account gets its persuasiveness partly from its suppressed appeal to reasons which, though largely unarticulated or, where articulated, unintegrated in the legal theory proposed in *The Concept of Law*, are reasons (good and not so good) pervasive in Hart's other writings and indeed in his own life. His work is a standing invitation to develop legal theory's critical account and promotion of those considerations of justice, of concern for common good, which include the general principles of legality and law common to civilized peoples and make law salient as a means to governance and a reasonable exercise and acceptance of authority.”

Finnis também relê Kelsen como um teórico simpático à metodologia do direito natural em função da delimitação kelseniana do direito de modo a excluir regras contraditórias.

Kelsen afirma que sem o princípio da não contradição, a ideia de legalidade seria destruída (KELSEN, 2005, p. 580).

Este autor sustenta que a norma fundamental não só busca proclamar que tudo o que a autoridade legisladora criou é direito, mas também visa a estabelecer o direito como um todo significativo. Ela busca coletar o material empírico produzido por um determinado processo e dotá-lo de significado jurídico, o que significa dizer que “sob certas condições, estabelecidas pela autoridade suprema, a coerção deve ser aplicada de um modo determinado por essa autoridade” (KELSEN, 2005, p. 579).

Nesse sentido, a ideia de legalidade, *i. e.*, “de conformidade ao Direito” estaria inscrita na norma fundamental. Trata-se da ideia de que certa consequência está ligada a ocorrência de certa condição concreta. Isto é, sob certas condições X, deve ocorrer certa consequência A e não deve ocorrer a consequência não-A. Caso, sob as mesmas condições X, não-A fosse aplicado, a norma não seria significativa. Os princípios do direito que visam a solucionar as antinomias “não têm outro propósito, que não o de dar uma interpretação significativa ao material do Direito positivo. Todos o fazem aplicando o princípio da não contradição na esfera normativa.” (KELSEN, *op. cit.*, *loc. cit.*)

Diante da importância que Kelsen atribui à norma fundamental, Finnis questiona-se: por que o direito, descrito objetivamente, como pretendia Kelsen, deve conter normas não contraditórias ou não conflitantes?

Finnis observa que, caso um historiador tivesse que explicar qual é o direito de certo lugar, não teria dificuldades em relatar que aquela ordem jurídica possuiria normas contraditórias. Por que Kelsen, um teórico do direito, escolhe, então, delimitar o conteúdo da norma fundamental e do direito de modo a respeitar o princípio da não contradição?

O motivo, alega Finnis, é que o direito, para Kelsen, visa a orientar as condutas e as deliberações práticas dos cidadãos e, dessa forma, não consegue orientar condutas caso passe orientações contraditórias (FINNIS, 2011a, p. 105-106).

Desse modo, Kelsen está defendendo uma razão pela qual o direito não deve conter normas contraditórias e não somente descrevendo o direito como ele é.

Em relação a Raz e a Dickson, Finnis não formula o mesmo tipo de crítica¹³⁸. Pode-se pensar, entretanto, se a formulação de algumas teses centrais da teoria raziana não seriam engajadas e normativas. A seguir apresento algumas delas.

Uma das teses centrais de Raz é a tese forte das fontes sociais (*strong social thesis*), formulada por Raz e defendida por Dickson (2001, pp. 121), segundo a qual a

A teoria do direito só é aceitável se seus testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependerem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de serem descritos em termos *value-neutral* e sem que se recorra a argumentos morais. (RAZ, 2011, p. 39-40)

Ora, por que uma teoria do direito que incorporasse outros testes não seria uma teoria do direito aceitável? A descrição do direito, que leva em consideração o que é importante e significativo para os partícipes, não poderia prescindir de um teste para a validade das normas? Todas as sociedades, em qualquer tempo e local, possuíam um teste de validade das normas similar ao proposto pela *strong social thesis*?

Acredito que respostas completas a essas questões demandariam aprofundamento que transcende o escopo desta dissertação. Entretanto, pode-se imaginar se ao defender a tese das fontes sociais, Raz não estaria formulando um argumento em favor do valor da segurança jurídica, que protege os cidadãos de mudanças arbitrárias nas regras. Em outras palavras, a defesa de que na natureza do direito existe um teste de validade das normas jurídicas, um teste claro com um critério preciso, pode ser considerada a busca pela realização do valor segundo o qual às pessoas não serão impostas obrigações arbitrárias.

Um segundo exemplo pode ser extraído do **Practical reason and norms**¹³⁹. Após reconhecer que a “filosofia do direito não é nada além da filosofia prática aplicada a uma instituição social” (RAZ, 1999, p. 149), Raz elenca três

¹³⁸ Apesar de Finnis debater diretamente com Raz em alguns textos, vide, *e.g.*, **Law’s authority and social theory’s predicament** (2011d, pp. 46-65) e **Law as coordination** (2011d, pp. 66-73), não pude encontrar uma reconstrução de Raz nos moldes do direito natural. Como Raz incorpora e aprofunda diversas teses de Hart, pode-se estender a Raz as críticas dirigidas a Hart. A despeito disso, considero ser possível reconstruir algumas teses razianas nos buscando compreender o valor que Raz nelas teria visto.

¹³⁹ Como Dickson adere a teoria de Raz, considero que o exemplo abrange sua teoria também.

propriedades que caracterizam os sistemas jurídicos. A primeira é que os sistemas jurídicos reivindicam autoridade para regular qualquer tipo de comportamento. A segunda é que o sistema jurídico reivindica ser supremo, de modo a poder normatizar a criação e aplicação de outros sistemas normativos. A terceira e última é que os sistemas jurídicos são abertos pois podem conferir força vinculante a normas que não pertencem ao sistema jurídico (RAZ, 1999, pp. 150-154).

Concordo com Raz no sentido de que essas três propriedades são características ao sistema jurídico. Entretanto, parece-me que elas são características *porque* permitem que os sistemas jurídicos forneçam a “última palavra” em termos de direcionamento das condutas. Isto é, o fato do direito poder (i) regular qualquer comportamento, (ii) regular a criação de outros sistemas normativos; e (iii) incorporar normas de outros sistemas jurídicos, indica que o direito é o único sistema normativo que pode reivindicar autoridade sobre os demais e, assim, servir como última palavra aos cidadãos, como uma razão exclusionária¹⁴⁰ para a adoção da conduta jurídica e não de outras. Novamente, pode-se interpretar a definição de Raz como sendo fundada na função que o direito cumpre de realizar o valor da segurança jurídica ou das expectativas protegidas.

Os exemplos acima servem para reforçar o ponto de Finnis de que o método de teorização do direito natural, tal como por ele concebido, não seria exclusivo aos autores que se autoproclamam membros desta vertente. Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart e Raz, cada um a seu modo, também teriam formulado suas teorias a partir de seus pontos de vista práticos¹⁴¹.

¹⁴⁰ Raz define a razão exclusionária como: “I shall call a reason to act for a reason a positive second-order reason. There are also negative second-order reasons, that is, reasons to refrain from acting for a reason. I shall call negative second-order reasons exclusionary reasons. To get an example of an exclusionary reason we need to reverse the father’s instruction and assume that he orders his son not to act on his mother’s orders. Now the son has a reason for not acting on a reason.” (RAZ, 2009, p. 17). Para a formulação original de razão exclusionária, vide as páginas 35-48 do **Practical reason and norms**.

¹⁴¹ Não obstante poderem ser caracterizados como teóricos do direito natural, Finnis acusa os autores que descendem de Hart por deixarem vazios em suas teorias: “In substance, all current theorist descending from Hart, such as Raz’s, Gardner’s, and Green’s, are more accurately labeled natural law theories, though one must immediately add that for want of frank recognition of this, they tolerate more gaps and tangles in their accounts than a sound philosophical theory can afford to have” (FINNIS apud DEMPSEY, 2013, p. 827)

4 CONCLUSÃO

Neste capítulo, apresentei o positivismo como uma corrente teórica com um projeto eminentemente descritivo. Dickson, Raz e Hart são autores que fazem parte dessa corrente e possuem projetos eminentemente descritivos.

No final da primeira seção, sugeri que a taxonomia de Dickson ofusca essa pretensão descritiva. Ao indicar que todas as teorias são avaliativas, sendo que o que as diferencia é o tipo de avaliação que fazem, Dickson passa a equivocada impressão de que os positivistas teriam abandonado o projeto descritivista. Como procurei demonstrar, o positivismo se define como uma corrente normativamente inerte, cuja única proposição refere-se à forma de identificação da validade das normas. Para o positivismo, se existe algum juízo de valor sobre o que é importante e significativo a ser avaliado, esse juízo de valor não é do teórico, mas sim dos partícipes. O teórico, segundo essa vertente, somente descreve esses juízos de valor, não participando na tarefa avaliativa. Assim sendo, chamar atenção para o caráter avaliativo de teorias positivistas, rotulando-as como indiretamente avaliativas, ofuscaria o fato de que a avaliação sobre o que é importante e significativo – a avaliação indireta – não é feita pelo teórico, mas sim pelos partícipes.

Na segunda seção expus o motivo pelo qual os positivistas acreditam que da prática e do uso dos conceitos é possível extrair conclusões acerca da natureza do direito. Vinculados à análise conceitual descritiva, esses autores acreditam ser possível descrever as práticas, sem que, para isso, tenham de participar na tarefa avaliativa. Em outras palavras, o modo de conhecimento da natureza do direito seria neutro e avalorativo, sendo tarefa do teórico descrever, sem avaliar.

A crítica de Finnis a essa postura metodológica/epistemológica é que ela não passa de uma ilusão. Quando o teórico se propõe a descrever uma prática social tal qual o direito, com vistas a formular uma teoria geral da sociedade¹⁴², ele mesmo está a avaliar a forma como o direito interfere e deve interferir no rumo de suas ações.

¹⁴² Deve-se observar, contudo, que Finnis não nega que se possam produzir descrições, inclusive daquilo que é importante e significativo para os membros de determinada comunidade. Pelo contrário, esse é o método a ser empregado por historiadores e biógrafos, que “descrevem ações individuais e sociais, arranjos e instituições com referência ao seu ponto *como concebido por aquelas pessoas que estão sendo estudadas*” (FINNIS, 2011, p. 427). O ponto de Finnis, contudo, é que uma teoria geral da sociedade (o que uma teoria jurídica pretende ser) demanda do teórico envolvimento na avaliação das “concepções dessas pessoas que estão sendo estudadas.”

O conhecimento sobre a natureza do direito é eminentemente prático e a razão prática investiga por meio da pergunta “por quê?” e não por meio da pergunta “o quê?”, empregada pela razão teórica. Nesse sentido, a tarefa do teórico não é desvendar a natureza do direito, mas sim conhecê-la e construí-la avaliando os bens que a instituição social chamada direito pode realizar.

Finnis acredita que seus opositores positivistas partilham de sua metodologia e, nesse sentido, na terceira seção, foi apresentada a reconstrução que ele faz de algumas importantes teses de autores do positivismo jurídico. Finnis entende que Kelsen, Hart e autores que de Hart descendem podem ser rotulados como teóricos do direito natural, pois suas investigações foram levadas a cabo buscando resolver questões práticas e não só teóricas.

Considero pertinentes as críticas de Finnis.

A meu ver, o teórico inicia sua investigação questionando-se *por que* ter aquele tipo de instituição (direito) e qual seria a *razão* para tê-la. As conclusões do teórico, após sua investigação prática, resultarão naquilo que para ele será *a natureza do direito*. Por isso, a descrição que ele vier a oferecer da natureza do direito será engajada e normativa.

Hart, Raz e Dickson discordariam da afirmação de que as teorias descritivas que elaboram são normativas. Contudo, após a releitura de Finnis, apresentada neste capítulo, considero plausível a caracterização deles como teóricos do direito natural nos moldes apresentados por Finnis.

Não me parece que Hart, Raz e Dickson estejam preocupados tão-somente em descrever desinteressadamente os conceitos ou a natureza do direito. Aquilo que eles escolhem descrever é precisamente aquilo que lhes parece valioso ter. E se consideram valiosa determinada propriedade do direito e, por isso, a incluem em suas teorias, é necessário explicar o porquê, ou seja, discutir, como Finnis provoca, os fundamentos. E a argumentação sobre os fundamentos é, inevitavelmente, uma argumentação moral, que remete o teórico a discussões de filosofia moral e política.

CONCLUSÃO: EM DEFESA DO PONTO DE VISTA PRÁTICO

Nesta dissertação, procurei apresentar o argumento metodológico de Finnis em defesa da teorização jurídica a partir do ponto de vista prático, engajado e normativo. Esse argumento de Finnis, desenvolvido no primeiro capítulo de **Natural Law and Natural Rights**, foi objeto de muitas leituras e críticas. Uma delas foi formulada por Julie Dickson em **Evaluation and legal theory**. Tomei a crítica de Dickson como contraponto a Finnis e busquei desenvolver uma resposta a Dickson ao longo da dissertação.

Acredito que uma das contribuições dessa dissertação foi aprofundar a resposta que Finnis teria a fornecer a Dickson. Outra, foi aprofundar a compreensão do que diz Finnis no Capítulo 1 de **NLNR**, para que se evite futuras más interpretações. Por fim e, talvez a maior contribuição, tenha sido chamar atenção para o que está em jogo quando se teoriza sobre o direito. Não se trata de mera atividade descritiva-explanatória. Acredito que a teorização sobre o direito impacta sobre nossas vidas, de modo que devemos levá-la realmente a sério. Isso significa excluir (ou ao menos oferecer a crítica devida) da nossa descrição conceitos e ideias que não contribuam ao *desenvolvimento* de nossas personalidades e de nossas sociedades. O direito serve à realização de um fim, da realização da justiça na comunidade completa, em que as pessoas levam uma vida íntegra, livre e digna. Teorizar sobre o direito é teorizar sobre o que nos leva a esse tipo de comunidade.

1. RESPONDENDO A DICKSON.

Na Introdução, afirmei que minha investigação poderia tomar como ponto de partida a mesma pergunta que motivou a obra de Dickson, qual seja, “até que ponto, e, em que sentido, deve um teórico do direito fazer julgamentos de valor sobre o fenômeno que ele busca caracterizar, de forma que ele possa construir uma teoria bem-sucedida do direito?”¹⁴³.

Enquanto a resposta dela corre no sentido de não ser necessário ao teórico avaliar diretamente para conhecer o fenômeno que ele busca caracterizar, Finnis

¹⁴³ No original: “The central question motivating this examination is as follows: to what extent, and in what sense, must a legal theorist make value judgments about the phenomena which he seeks to characterize in order to construct a successful theory of law?” (DICKSON, 2004, p. 3).

argumenta no sentido de que é *inevitável* ao teórico avaliar diretamente para conhecer o fenômeno que ele busca caracterizar. Inclusive, para o autor, o “fenômeno que o teórico busca caracterizar” não é algo a ser por ele descoberto, mas sim construído. A natureza do direito é o resultado (e não o ponto de partida) da investigação do teórico, investigação essa realizada, essencialmente, a partir de sua razoabilidade prática.

Concordo com o argumento de Finnis

Dickson ilustra a posição diretamente avaliativa de Finnis a partir da suposta adesão dele às teses da avaliação moral, da justificação moral e da consequência moral benéfica.

Acredito que uma primeira resposta às três teses passa pela devida compreensão da metodologia e, principalmente, da epistemologia de Finnis. Como exposto no capítulo anterior, o ponto de vista daquele que busca conhecer a natureza do direito é, para Finnis, prático e moral. Uma pesquisa que não adotasse como ponto de partida o ponto de vista prático acabaria com “um grande monte de fatos descritos numa terminologia incomensurável”. Nesse sentido, tanto a teoria de Finnis, quanto as teorias jurídicas rivais são normativas e engajadas e, portanto, diretamente avaliativas. Em outras palavras, uma vez adotada a premissa metodológica de Finnis de que a teorização jurídica ocorre a partir do ponto de vista prático, não há que se diferenciar teorias diretamente avaliativas de teorias indiretamente avaliativas, perdendo sentido a caracterização daquelas por meio das três teses.

Para além dessa primeira e mais ampla resposta, ofereço abaixo alguns comentários individuais às três teses.

Quanto aquela que Dickson considera a mais importante, a tese da avaliação moral, relacionada à necessidade de se avaliar moralmente o direito de modo a compreendê-lo adequadamente, pode-se dizer que Finnis adere a essa tese, mas de forma qualificada. É que da forma como Dickson explica, Finnis faria a avaliação moral ou direta do direito após identificar e descrever sua natureza. Ou seja, a avaliação moral do teórico seria posterior à descrição. Como visto, Finnis defende que a avaliação moral ocorre (e deve ocorrer), mas que ela não se dá após a investigação e descrição da natureza do direito, mas sim no curso da investigação e descrição da natureza. Assim sendo, pode-se dizer que Finnis de fato adere à tese da avaliação moral, mas seus oponentes, inclusive Dickson, também o fazem, visto que avaliar moralmente é inevitável à construção de teorias gerais da sociedade.

Quanto à tese da justificação moral, relacionada à necessidade do teórico defender que o direito consiste em um fenômeno moralmente justificado e que deve também ser obedecido, do ponto de vista moral, acredito que esta tese não é aplicável à teoria de Finnis, na forma como exposta por Dickson.

É que Finnis não defende que o direito seja, factualmente, um fenômeno moralmente justificado. Quando ele sustenta que o ponto de vista a ser adotado pelo teórico é aquele que toma a obrigação jurídica como uma obrigação presumivelmente moral, ele deseja chamar atenção para o fato de que, no curso da investigação sobre a natureza do direito (que é prática), o teórico está a investigar quando e em quais circunstâncias o direito lhe fornece razões para que ele (o teórico) adote o comportamento demandado pela norma jurídica. Isso não significa que a norma jurídica sempre será moralmente justificada. Significa, somente, que o teórico deve buscar compreendê-las como se moralmente justificadas fossem, já que elas incidirão sobre sua deliberação sobre o que fazer.

Ainda, segundo Finnis, caso as normas jurídicas não sejam, na visão do teórico (ou de qualquer outra pessoa que busca agir), moralmente justificadas, ele pode explicar o eventual descumprimento com base na ausência de justificação moral das normas.

Por fim, quanto à tese das consequências morais benéficas, relacionada à ideia de que uma teoria jurídica poderia ser considerada bem-sucedida se trouxesse consequências moralmente benéficas, acredito que essa seja a tese mais relevante e iluminadora a ser considerada.

Como indica Dickson, essa tese foi proposta por Frederick Schauer no artigo **Positivism as Pariah**. Nele, Schauer apresenta um tipo de argumentação similar a de Finnis. Ele assume que as teorias do direito podem fazer uma diferença à prática que visam descrever (ao direito) e que essa diferença deve ser considerada pelo teórico. Ainda, parece-lhe implausível que a descrição conceitual possa ser divorciada das escolhas de valor do teórico (SCHAUER, 1996, p. 33). Por fim, conclui:

A descrição conceitual da natureza daquela instituição [do direito] é uma escolha contingente das características de uma instituição que lhe parece

[ao teórico] particularmente importante, e significa, portanto, se engajar numa atividade inevitavelmente normativa. (SCHAUER, 1996, p. 33)¹⁴⁴

Rejeitar a tese da consequência moral benéfica, portanto, seria rejeitar a tese de que o teórico deve construir sua teoria sob o ponto de vista prático e moralmente engajado. Essa é a tese de Finnis e espero ter exposto os motivos pelos quais a considero correta.

Em suma, respondendo à pergunta inicial, sobre se um teórico deve avaliar moralmente o fenômeno que ele busca caracterizar, a resposta que apresento é que sim, ele deve. Mas, contra a intuição de Dickson, acredito que seja inevitável avaliar moralmente o direito. Concordando com Finnis, entendo que a natureza do direito não existe num mundo metafísico, pronta para ser descrita e encontrada pelo filósofo. Pelo contrário, ela é construída a partir da investigação prática e moral. Nesse sentido, acredito que se uma defesa do positivismo deve ser feita, ela deve ser levada a cabo nos moldes da proposta de Schauer, argumentando em favor das teses positivistas sob o ponto de vista moral e engajado, atento para os efeitos da adoção de certas teses em detrimento de outras.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONVITE DE FINNIS.

Segundo Hart, a teoria do direito natural de Finnis “é de muitas formas antes complementar do que oposta à teoria positivista do direito” (HART, 2010, p. 13). Apesar disso, Hart entende que o retorno ao direito natural “irá trazer à tona antigas confusões entre o direito e os parâmetros apropriados para sua crítica” (2010, p. 13).

Depreende-se da ressalva de Hart que, para ele, existiriam duas coisas: “o direito” e “os parâmetros apropriados para sua crítica”. Retornar ao direito natural traria à tona a confusão entre essas duas coisas. É como se existissem dois projetos distintos: um focado na descoberta do que é o direito e outro focado em formular os parâmetros apropriados para sua crítica.

¹⁴⁴ No original: “to provide a conceptual account of the nature of that institution is contingently to pick out those features of a contingent institution that seem particularly important, and is thus to engage in an inevitably normative enterprise.”

Ao longo da dissertação, procurei expor o argumento metodológico de Finnis contrário à ideia de dois projetos distintos. Para ele, descobrir o que é o direito, sua natureza, é uma tarefa levada a cabo por meio da avaliação crítica, moral e política do direito, feita pelo teórico. De fato, Finnis confundiria os dois projetos, mas isso, na sua opinião, é inevitável quando se faz teoria do direito. Mais do que isso, a consciência da inevitabilidade dessa “confusão” propiciaria ao teórico uma visão mais clara de sua tarefa. Autores positivistas não teriam se dado conta de que suas teorias envolvem avaliações políticas e morais e, por isso, suas teorias possuiriam “mais buracos e problemas (*tangles*) do que uma correta (*sound*) teoria filosófica poderia suportar” (FINNIS apud DEMPSEY, p. 827).

É que, na opinião de Finnis, com a qual concordo, o filósofo busca, no curso de sua investigação prática sobre a natureza do direito, saber por que temos o direito que temos e por que temos a sociedade que temos. Suas respostas visarão justificar ou criticar moral e politicamente a instituição social chamada “direito” que possuímos. Suas respostas servirão como propostas para que o direito continue a ser da forma que é ou se transforme naquilo que o teórico acredita que deve ser. É nesse sentido que entendo que a teorização jurídica serve à melhoria e ao desenvolvimento do direito e, assim sendo, de nossas sociedades.

Por isso, compreendo que a conclusão a ser extraída da leitura de Finnis é um convite para que aprofundemos e esclareçamos nossas concepções morais (sobre a ação correta) e políticas (sobre as relações humanas em sociedade) antes de iniciarmos ou enquanto fazemos nossa filosofia do direito. Só assim produziremos e alcançaremos o caso central da filosofia do direito, aquele no qual o teórico maduro (*spoudaios*), atento aos requerimentos da razão prática, formula, a partir de suas concepções morais e políticas claramente colocadas aos seus leitores, sua teoria sobre a forma correta do exercício e da distribuição do poder na sociedade¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Acredito que os autores positivistas criticados ao longo dessa dissertação, Kelsen, Hart, Raz e Dickson, possuem concepções morais e políticas que impactam em suas teorias (vide seção 3 do capítulo 3 e nota de rodapé nº 136). Além disso, Kelsen e Hart, principalmente, defenderam em vida formas de organização social democráticas e inclusivas. A disputa de Kelsen contra o nazismo e a de Hart contra a proibição do homossexualismo na Inglaterra são provas disso. O problema de suas teorias, entretanto, é que eles não transparecem, na formulação de seus conceitos de direito, suas concepções morais e políticas, e, por isso, suas filosofias do direito não correspondem ao que entendo ser o caso central da filosofia do direito

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, John. *In*: HART, Hebert Lionel A. **Ensaio sobre teoria e filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BIX, Brian H. Natural law: the modern tradition. *In*: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. **Jurisprudence and philosophy of law**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GOMES, Nelson G. **Enciclopédia de termos lógico-filosóficos**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DEMPSEY, Michelle Madden. On Finnis's way in. **Villanova: public law and legal theory working papers**. Working paper nº 2013-3035. 2012.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

_____. Methodology in jurisprudence: a critical survey. **Legal Theory**, Oxford, v. 10, n. 3, p. 117-156, set. 2004.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. **Law's Empire**. Oxford: Hart publishing, 1998.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. **Introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA NETO, Arthur M. **O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico**. 2013. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

FINNIS, John. **Fundamentals of ethics**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

_____. **Aquinas**: moral, political and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998a.

_____. On the incoherence of legal positivism. **Notre Dame Law Review**, South Bend, v. 75, n. 1597, 1999-2000.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Paulo: Unisinos, 2007.

_____. (2011). **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. **Reason in action**: collected essays. v. I. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

_____. **Intention and identity**: collected essays. v. II. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

_____. **Human rights and common good**: collected essays. v. III. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

_____. **Philosophy of law**: collected essays. v. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011d.

_____. **Religion and Public reasons**: collected essays. v. V. Oxford: Oxford University Press, 2011e.

_____. (2011). On Hart's ways: law as a reason and as a fact. *In*: FINNIS, John. **Philosophy of law**: collected essays. v. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011f. pp. 230-256.

GARDNER, John. Legal positivism: 5 ½ myths. **American Journal of Jurisprudence**, Oxford, n. 46, p.p. 199-207, 2001.

_____. General Editor's preface. *In*: DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

GEORGE, Robert P. **Natural law theory**: contemporary essays. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. **The autonomy of law**: essays on legal positivism. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. **In defense of natural law**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. The achievement of John Finnis. *In*: KEOWN, John; GEORGE, Robert P. **Reason, morality and law**: the philosophy of John Finnis. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GRISEZ, Germain. The first principle of practical reason: a commentary on the Summa Theologia. **Natural Law Forum**, a. 10, n.168, 1965.

_____. O primeiro princípio da razão prática. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, n. 2, a. 3, pp. 179-218, 2007.

HART, Hebert Lionel A. **Essays on Bentham**: studies in jurisprudence and political theory. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. **Ensaio sobre teoria e filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. (2010). O positivismo e a separação entre o direito e a moral. *In*: HART, Hebert Lionel A. **Ensaio sobre teoria e filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HUDSON, William D. **The is-ought question**. Bristol: Macmillan, 1969.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LACEY, Nicola. **A life of H.L.A. Hart**: the nightmare and the noble dream. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. **American journal of jurisprudence**, Oxford, n. 48, pp. 17-51, 2003.

MACCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. *In*: GEORGE, Robert P. **Natural law theory**: contemporary essays. Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. **H.L.A. Hart**. 2. ed. Califórnia: Stanford University Press, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo P. (2010). As várias lições de H.L.A. Hart. *In*: HART, Hebert Lionel A. **Ensaio sobre teoria e filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **O Direito em desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. 2013. Tese (Apresentada ao concurso de Professor Titular da Universidade de São Paulo) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

_____. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013a.

MARMOR, Andrei. **Philosophy of law**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

PERRY, Stephen. (2001). Hart's methodological positivism. *In*: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript**: essays on the postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

PERRY, Stephen. (2000). Interpretação e metodologia na teoria jurídica. *In: MARMOR, Andrei (ed.). **Direito e interpretação***. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

POSTEMA, Gerald. **A treatise of legal philosophy and general jurisprudence**. New York: Springer, 2011. v. 11.

RAZ, Joseph. Can There Be a Theory of Law?. **Archive fur Rechts und Sozialphilosophie**, Oxford, v. 82, n. 1, 1996.

_____. **Practical reason and norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. **Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **The authority of law: essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. (2009). The purity of the pure theory. *In: RAZ, Joseph. **The authority of law: essays on law and morality***. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

REIS, Luciana S. 2013. **Direito e método: a contribuição de Ronald Dworkin**. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013.

SCHAUER, Frederick. Positivism as pariah. *In: GEORGE, Robert P. **The autonomy of law: essays on legal positivism***. Oxford: Oxford University Press, 1996. pp. 31-57.

SGARBI, Adrian. O Direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 102, pp. 661-689, 2007.

SHAPIRO, Scott. What's the internal point of view?. **Fordham Law Review**, Nova Iorque, v. 75, n. 3, pp. 1157-70, 2006.

_____. The "Hart-Dworkin" debate: a short guide for the perplexed. *In: RIPSTEIN, Arthur (ed.). **Ronald Dworkin***. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

STAVROPOULOS, Nicos. Hart's semantics. *In: COLEMAN, Jules (org.). **Hart's Postscript: essays on the postscript to the Concept of Law***. Oxford: Oxford University Press, 2001.

STRUSS, Leo. **Direito natural e história**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol.1 . Brasília: EDU-UNB, 2000.

