



O POSITIVISMO JURÍDICO E A INFUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UMA CRÍTICA A PARTIR DA ÉTICA DA LEI NATURAL

LEGAL POSITIVISM AND THE IMPOSSIBILITY OF FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS: A CRITICAL FROM THE ETHICS OF NATURAL LAW

Elden Borges Souza

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pesquisador no Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”.

Victor Sales Pinheiro

Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduado em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA). Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Tradição da Lei Natural”.

Resumo

O discurso contemporâneo acerca dos direitos humanos concentrou todos os seus esforços no reconhecimento e na efetivação desses direitos. Uma das consequências de tal esforço político é a crescente positividade nacional e internacional. No entanto, o efeito desse gesto é a negação da necessidade de uma fundamentação filosófica dos direitos humanos. Portanto, o positivismo jurídico passa a ser o sustentáculo desses direitos. No entanto, principalmente a partir de Finnis, a lei natural recuperou espaço e passou a impugnar essa possibilidade. Portanto, o problema analisado no presente trabalho é a crítica da lei natural à fundamentação dos direitos humanos em uma visão positivista do Direito. A partir de uma revisão bibliográfica, o presente trabalho identificou a insuficiência do positivismo jurídico na fundamentação dos direitos humanos, principalmente ao considerar as principais críticas formuladas pelo direito natural.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Lei Natural. Positivismo Jurídico.

Abstract

The rights talk has concentrated all its efforts in the recognition and realization of human rights. One of the consequences of such a political effort is the growing national and international affirmation. However, the effect of this gesture is the denial of the need for a philosophical foundation of human rights. So, legal positivism becomes the mainstay of those rights. However, mainly from Finnis, Natural Law regained space and started to challenge this possibility. Therefore, the problem discussed in this paper is the critique of natural law about foundation of human rights in a positivist view of Law. From a literature review, this study identified the inadequacy of legal positivism in the foundation of human rights, especially when considering the main criticisms made by natural law.

Key-words: Human Rights. Legal Positivism. Natural Law.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A expansão dos direitos humanos ao longo do século XX caracterizou um fenômeno *sui generis* na história desses direitos: a crescente rejeição a qualquer tentativa de fundamentá-los e uma ênfase total na prática política apta a efetivá-los. O arauto desse pensamento pode ser considerado Bobbio (2004), embora o discurso de direitos (*rights talk*) comprove claramente que as discussões filosóficas sobre fundamentos vêm sendo criticadas em nome de uma maior *aplicação* dos direitos (DOUZINAS, 2009, p. 192).

Por um lado, a base da Declaração Universal dos Direitos Humanos é plural e sua construção foi um empreendimento de diversos agentes, tanto do Ocidente quanto do Oriente, caracterizando uma universalização em torno de valores (JOAS, 2012, p. 265). Por outro lado, esse processo afirmativo corrobora o argumento de que o fundamento filosófico desse documento é a lei natural (MARITAIN, 1966, p. 83). No entanto, o avanço crescente da positivação no âmbito do Direito Internacional Público após 1948 acabou por empurrar os direitos humanos para uma concepção positivista.

Nesse contexto, a recuperação da teoria do direito natural, por vários teóricos do direito, com destaque a Finnis, torna-se premente quanto mais se percebe a insuficiência do positivismo jurídico para enfrentar o problema da fundamentação dos direitos humanos, cerne do constitucionalismo e da democracia contemporâneos. Portanto, a análise deste trabalho tem como uma das suas premissas fundamentais a

crítica ao positivismo jurídico, seja a partir de uma ótica jurídico-constitucional, político-sociológica ou teórico-filosófica.

Uma abordagem dos direitos humanos à luz da lei natural é caracterizada pela interdisciplinaridade, pela interlocução com a filosofia e demais ciências sociais. Tendo em vista que tais direitos jamais poderão ser adequadamente apresentados apenas por uma teoria do direito, por terem claramente uma feição filosófica e política, há total pertinência de se aprofundar o debate contemporâneo da lei natural.

Articulando teoria política, moral e jurídica, o pensamento de Finnis tornou-se referência indispensável no estudo da filosofia contemporânea, reunindo estudiosos de filosofia do direito, direitos humanos, bioética, filosofia prática (jurídica moral e política) e história da filosofia. A profundidade e amplitude de sua obra atraem tanto pesquisadores da teoria analítica do direito, no âmbito da tradição positivista anglo-saxã, como entre os acadêmicos de filosofia moral e política, na esfera da tradição continental-hermenêutica. Justifica-se, assim, uma crítica assentada em seu pensamento.

Esse jusfilósofo australiano, professor da Universidade de Oxford, é o responsável pela reconsideração positiva e filosoficamente fundamentada da teoria da lei natural e da razão prática correspondente. Dessa forma, a partir da constatação da insuficiência do positivismo jurídico na análise dos direitos humanos, este trabalho volta-se, precisamente, à necessidade de uma fundamentação ética dos direitos humanos, com apresentada por J. Finnis, que pode ser considerada decisiva para a compreensão do constitucionalismo e democracia contemporâneos.

Em suma, o objetivo central desse Texto é evidenciar a diferença fundamental entre jusnaturalismo e positivismo, ressaltando a inadequação deste último para a compreensão dos direitos humanos em sua dimensão filosófica, tendo por referência – não de forma exclusiva, destaque-se – a lei natural em Finnis.

Para esse objetivo, convém conceituar e contextualizar a reflexão sobre o direito natural, identificando a tradição do realismo neoclássico, aristotélico-tomista, a que Finnis pertence. Em seguida, expõem-se as teses positivistas da separação epistemológica da Ciência do Direito e da Ética, do ceticismo ético, do relativismo axiológico e da conseqüente infundamentabilidade dos direitos humanos.

2 A TRADIÇÃO DA LEI NATURAL

A teoria contemporânea dos direitos humanos delinea-se em duas vias complementares: a da fundamentação ética e a da efetivação jurídico-política. No âmbito da fundamentação ética, opõem-se teorias procedimentais-convencionalistas (como as juspositivistas em geral) e substanciais-naturalistas (como a de Finnis). Na seara da efetivação jurídico-política, estudam-se a teoria dos direitos fundamentais e os sistemas nacionais e internacionais de proteção e realização dos direitos humanos. Partindo dessa observação básica, pode-se dizer que o estudo dos direitos humanos encontra-se na fronteira da filosofia e da política, podendo ser abordado tanto na sua dimensão filosófica quanto na sua dimensão social e histórica¹.

Tratando-se de uma divisão didática de especialidades acadêmicas, essas vertentes não são excludentes e não devem ser divorciadas, pois, como adverte Bobbio (2004, p. 44), “o problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios”. O problema do positivismo em geral é o tratamento do problema jurídico dos meios (do que é lícito) apartado do problema moral dos fins (do que é justo e bom), conforme demonstrou Villey (2008).

A tese do direito natural é a da existência, racionalmente cognoscível, de uma lei cuja normatividade independe da autoridade política ou da lei positiva. Desde a reflexão de Sófocles, Platão, Aristóteles e Cícero, o direito natural é pensado como racional, universal, imutável, inalienável, normativo e moral. Reconhecendo a permanente vinculação do Direito e da Moral, da norma e do bem humano que ela tutela, a teoria do direito natural reconhece que a Justiça é o fim do Direito, sendo a função jurídica primordial a de *qualificar* as condutas como moralmente justas ou injustas, boas ou más. Sem essa qualificação moral, o direito deixa de ser um instrumento para a justiça e se torna um fim em si mesmo, uma regulação de condutas desprovida de significado moral e de legitimidade.

Essa autonomização ocorreu com a positivação e codificação do direito, com a correspondente cientificização do seu estudo, reduzido à descrição avaliativa de

¹ Embora concebida de modo independente, esta articulação se assemelha a de GRIFFIN (2008, p. 29). Segundo este autor, há duas aproximações possíveis à temática dos direitos humanos, “de cima para baixo” (“*top-down*”) e “de baixo para cima” (“*bottom-up*”), sendo a primeira a aproximação filosófica da fundamentação e a segunda a jurídico-política da efetivação.

normas estatais (WEYL, 2008). A ideologia cientificista aplicada ao Direito subtraiu-lhe o elemento prudencial de sabedoria prática, que o caracterizava desde seu desenvolvimento romano (BARZOTTO, 2010). Ou seja, a teoria do direito natural foi substituída pelo positivismo jurídico, o qual comporta três reducionismos fundamentais, três densas perdas conceituais: (1) a redução do direito às normas do Estado; (2) a redução da filosofia do direito à descrição científica do ordenamento jurídico (baseado no critério exclusivo da validade interna das normas); e (3) a redução do raciocínio dialético e prudencial ao silogismo teórico da lógica formal.

Sem o direito natural, que atua como um controle moral do Direito Positivo, este se torna autopoiético, autorreferencial, autônomo. Como explica Celso Lafer, a doutrina milenar do direito natural comporta dois planos: o ontológico e o deontológico. O ser, a essência ou a natureza do direito (ontologia) é normativo, constituindo-se como o dever-ser do Direito Positivo (deontologia), “na medida em que o dizer o Direito e o fazer justiça são concebidos como atividades sinônimas” (LAFER, 2003, p. 36).

Historicamente, podem-se delinear três correntes jusnaturalistas fundamentais – a cosmológica, a teológica e a racionalista –, que determinam, diferentemente, o significado de “natureza” e “natural” (HESPANHA, 2012).

A origem da tese do direito natural remonta ao pensamento grego clássico, concentrado na *physis*, na ordem da natureza diferente da ordenação humana (*nomos*). Isto é, a ordem do mundo (*cosmos*) independe do arbítrio humano. Platão e Aristóteles tentaram aproximar, dialeticamente, o fosso aberto pelos sofistas entre a universalidade e necessidade das leis naturais (*physis*) e a particularidade e contingência das leis humanas (*nomos*). Para a tradição platônico-aristotélica, portanto, a ordem humana só será justa quando adequada à estrutura e à harmonia do *cosmos*. Para que a constituição humana (*politeia*) seja justa, ela deve espelhar-se na harmonia e na proporção da natureza, em que cada ente encontra sua razão de ser, sua finalidade, seu bem (*telos*).

Nesse sentido, a metafísica clássica é teleológica porque a função do direito político é a justiça, que direciona a comunidade humana à consecução do bem comum. O homem pode alcançar a felicidade (*eudaimonia*), a atualização plena das suas potências naturais, porque pode conhecer sua finalidade intrínseca, pela faculdade da razão (*logos*). Pelo princípio da isomorfia estrutural entre ser e pensamento, típico da ontologia grega, a razão do mundo é acessível à razão humana. De validade universal e imutável, a lei natural, que embasa o “justo por natureza”, é a referência fundamental

para a lei positiva humana (ARISTÓTELES, 2014, p. 178-215). Natureza, razão e norma se implicam reciprocamente. Em síntese, a natureza é pensada a partir da referência à *cosmo-logia*, à ordem racional do mundo. O pensador principal desta tradição é Aristóteles, que será a base da reflexão metafísica de Tomás de Aquino, seu herdeiro cristão.

Com a transição do pensamento clássico para a filosofia cristã, a ordem cosmológica passa a ser considerada criatura da inteligência de Deus. No que concerne à lei natural, não há uma solução de continuidade e sim uma convergência entre a ontologia grega e a Revelação cristã. Nessa tradição, a lei natural é pensada como *teologia*, como razão divina que ordena o mundo e que se evidencia ao homem, tanto por sua razão natural, quanto por sua fé na Revelação. Nesse contexto, o homem é capaz de instaurar as leis positivas ajustando-as e legitimando-as na ordem natural divina. O principal filósofo desta tradição é Tomás de Aquino².

Se há uma unidade entre o pensamento clássico e o cristão, a modernidade é caracterizada pela ruptura e diferenciação na compreensão do direito natural. Há um hiato que separa o direito natural tradicional, de Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino, do direito natural moderno revolucionário, de Hobbes, Locke e Rousseau. O jusnaturalismo torna-se jusracionalismo, não sendo mais a natureza uma ordem cósmica da qual emana normatividade, senão o que decorre da razão humana.

A razão humana, da qual depende a natureza, torna-se a fonte suprema do Direito. Essa concepção moderna está ligada à laicização da cultura europeia – que se desgarrava, progressivamente, da sua origem greco-romana-cristã –, consoante a afirmação do individualismo e dos direitos inatos de liberdade, empunhados contra o absolutismo monárquico nas revoluções burguesas. Locke (2009) é, provavelmente, o autor mais representativo desta concepção moderna racionalista.

Villey (2005) e Bastit (2010) identificam, porém, o nominalismo de Ockham como a verdadeira fonte da ruptura moderna com a ordem teleológica greco-cristã, com a afirmação dos direitos subjetivos como poderes subjetivos, embasando o individualismo, o voluntarismo e o positivismo modernos. Nuançando essa leitura, Hervada (2008, p. 347) ressalta que o traço distintivo do direito natural moderno, em relação ao clássico, é o subjetivismo voluntarista moderno, que compreende o direito

² A discussão sobre a natureza da lei, dentro da qual se aborda a lei natural, inicia na questão 90 na *Prima Secundae* (primeira parte da segunda parte da Suma), ao passo que o direito natural é analisado na *Secunda Secundae* (a segunda parte da segunda parte da Suma), dentro do tratado da justiça, a partir da questão 57 (TOMÁS DE AQUINO, 2009).

natural como direito subjetivo, como poder ou faculdade do indivíduo. O bem deixa de ser matéria de conhecimento racional, passando a ser um ato da vontade (voluntarismo); analogamente, o conceito central da política passa a ser o de poder político, não mais o de bem comum.

Como explica Barzotto (2010, p. 61), o filósofo nominalista Ockham defende o primado da vontade sobre a razão, o voluntarismo; logo, “a experiência jurídica não está mais centrada no conceito de justiça, mas nos conceitos de poderes subjetivos derivados de um ato de vontade do poder político (lei) ou do ato de vontade dos particulares (contrato)”. Da mesma forma posiciona-se Culleton (2006, p. 99-111).

Núcleo da reflexão filosófica sobre o Direito até o século XIX, esta teoria milenar da lei natural voltou à discussão e a mobilizar a atenção com a crise teórica e político-ideológica do positivismo. Teórica, porque essa teoria não é capaz de explicar a contento o seu objeto de estudo, o fenômeno jurídico-normativo, a partir do seu isolamento epistemológico da sociedade em geral, da moral, da política, da religião e da história. Político-ideológica, porque o positivismo serviu de instrumento para o legalismo nazista e comunista, regimes totalitários que privaram, sistematicamente, seus cidadãos de direitos humanos em estrita observância às leis promulgadas pelos respectivos estados de exceção (ARENDR, 2007). Pode-se dizer que o niilismo ético dos sistemas legais totalitários implodiu a teoria positivista (COMPARATO, 2006; MORRISON, 2012), exigindo a reinserção da reflexão moral sobre o Direito Natural.

Com efeito, pode-se afirmar, com Palombella (2005, p. 226), que uma “uma exigência fundadora” emerge das reformulações da tese jusnaturalista, surgidas depois das atrocidades jurídicas da II Guerra Mundial. Atendendo o princípio de validação formal das normas jurídicas, o “legalismo” nazista introduziu leis moralmente aberrantes e claramente injustas no ordenamento jurídico, sem que se pudesse recorrer a uma instância moral extra-jurídica para julgá-las, sendo essa instância tradicionalmente atribuída à reflexão do direito natural. Traçando um panorama diversificado, Palombella menciona os trabalhos pioneiros dos neokantianos G. Radbruch, R. Stammler, assim como a teorização italiana sobre o tema, com Del Vecchio, Capograssi e Fassò, sem prejuízo das articulações do direito natural com o existencialismo heideggeriano.

Independente das diferenças filosóficas radicais, é possível afirmar, com segurança, a relevância e o protagonismo da filosofia do direito natural em nossos dias:

Em todo caso, na evolução de tais perspectivas, o direito natural tende a fundamentar conteúdos e a justificar a obrigatoriedade das regras que se lhe conformem ou que com ele sejam compatíveis. Fique claro que hoje é pacífica a consideração do direito positivo não como um limite extrínseco e oposto inconciliável ao direito natural, mas como uma necessidade organizativa imprescindível da vida em sociedade, cujas características não podem violar as teses ontológicas e as assunções deontológicas do direito natural, sob pena de injustiça e arbitrariedade: em vez da oposição entre um direito positivo fechado e 'heterônomo' e o direito natural, encontramos a oposição entre direito positivo conforme o direito natural e um direito destituído, na raiz, de qualquer capacidade de obrigar (não em sentido moral, mas) em sentido jurídico, ou seja, intimamente não jurídico, um não-direito (PALOMBELLA, 2005, p. 232).

Tendo em mente esse quadro geral da tradição da lei natural, é possível situar o debate contemporâneo acerca da lei natural e sua consequente relação com os direitos humanos, a partir da crítica ao positivismo jurídico.

3 A FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Se a reflexão sobre o direito natural é hoje uma realidade incontestada e variada, de inegável alcance heurístico, qual o lugar de Finnis no debate jusnaturalista atual?

De início, a importância de analisar a lei natural, a partir de Finnis, como fundamento ético dos direitos humanos decorre da ainda incipiente recepção desse autor no Brasil, a despeito da sua influência nas academias internacionais. Se a razão prática aristotélica tem sido debatida em virtude da hermenêutica Gadamer e da retórica de Perelman (MOOTZ III, 2011), a razão prática reformulada por Tomás de Aquino é tema praticamente desconhecido na Academia de Direito (OLIVEIRA, 2002).

Outrossim, a análise da lei natural e razão prática em Finnis, um dos protagonistas da filosofia do direito contemporânea, envolve o diálogo com os principais autores do direito dos nossos dias, tanto os teóricos de ascendência analítica, como Hart, Dworkin, Alexy e Raz (FINNIS, 2007a, p. 103), quanto os da tradição continental-hermenêutica, como Habermas e Gadamer (ENGELMAN, 2007).

Desse modo, sua análise contribui para o debate acerca da fundamentação, trazendo critérios para a avaliação da retórica dos direitos humanos, tão facilmente apropriada por ideologias de diversos matizes, revolucionárias e conservadoras, progressistas e reacionárias, modernistas e tradicionalistas. A finalidade da obra de Finnis é a identificação dos bens humanos básicos, fins permanentes e autoevidentes da ação humana, à revelia das modas ideológicas vigentes. Isso legitima a dimensão

metafísica do seu pensamento, o recurso ao realismo ontológico de Aristóteles e Tomás de Aquino.

Pois bem. Embora atento ao debate analítico contemporâneo, Finnis renova a tradição realista clássica, de Aristóteles e Tomás, neutralizada e grandemente incompreendida pela modernidade filosófica. O marco fundamental dessa renovação foi o ensaio de Grisez (1965, p. 168-201), sobre o primeiro princípio da razão prática (*bonum faciendum et malum vitandum*), tal como demonstrado por Tomás de Aquino, assinalando o começo da chamada teoria neoclássica do direito natural, que tem na obra de Finnis, *Lei natural e direitos naturais*, sua sistematização paradigmática (FARALLI, 2006). Dentro dessa corrente, deve-se registrar o trabalho dos norte-americanos R. P. George (2001) e M. Murphy (2006), dois dos principais expoentes dessa sólida tradição filosófica.

Como demonstra Barzotto (2010, p. 49-53), o realismo tomista, tal como defendido por Finnis, é capaz de superar os impasses filosóficos das tentativas modernas de fundamentação dos direitos humanos, tanto do idealismo (responsável pelo universalismo abstrato dos direitos humanos) quanto do empirismo (que nega os direitos humanos com um particularismo relativista). Essas duas correntes modernas evidenciam o caráter reducionista e unilateral da filosofia moderna, proveniente do nominalismo de Guilherme de Ockham, ora concentrada nas ideias subjetivas e abstratas (idealismo), ora voltada aos fatos constatáveis pelos sentidos (empirismo).

De caráter voluntarista, a fundamentação moderna dos direitos humanos varia entre o sentido unívoco do idealismo abstrato, que abstrai a existência particular e concreta dos homens, e o sentido equívoco do empirismo relativista, que nega a essência universal do homem, num servilismo ao puro fato, à força bruta, do qual derivam o historicismo, o materialismo e o positivismo. O realismo tomista apresenta um sentido analógico aos direitos humanos, ao articular, dialeticamente, a existência particular e a essência universal, fatos e valores, matéria e forma, ente e ser. Essa articulação reside no cerne da noção de “pessoa humana”, como “substância individual de natureza racional”, segundo a clássica definição realista de Boécio assumida por Tomás de Aquino.

Convém transcrever a síntese de Barzotto (2010, p. 52) sobre a superioridade filosófica do realismo tomista em relação aos reducionismos modernos do idealismo e empirismo, em relação à fundamentação dos direitos humanos:

Essa concepção analógica [do realismo tomista] permite superar o atual debate entre particularismo e universalismo nos direitos humanos.

O particularismo, reflexo de uma visão empirista, enfatiza de tal modo a história que aniquila a humanidade como categoria de sentido, com o que abole a própria noção de direitos humanos. O universalismo atual, de corte iluminista e liberal, abstrai de tal modo as particularidades históricas que destrói toda possibilidade de efetivar os direitos humanos em escala global, uma vez que o ser humano só existe como pessoa, isto é, como ser concreto e, portanto, condicionado pelo contexto histórico. (...).

O realismo propugna um universalismo analógico. A pertença à espécie humana garante a posse de direitos, os direitos humanos. Mas esses direitos se manifestam de modos distintos, do mesmo modo como a mesma humanidade se manifesta em cada pessoa humana de modo distinto. Os mesmos direitos, na sua essência, para todos aqueles que possuem a essência humana. Mas direitos que existem com conteúdos concretos diferentes para pessoas que existem de modo diferente. Na sua efetividade, os direitos não serão absolutamente idênticos ([sentido unívoco do] idealismo) nem absolutamente diferentes ([sentido equívoco do] empirismo), mas semelhantes [analógicos].

Deve-se distinguir, ainda, a posição teórica de Finnis da posição de outros autores que, de alguma forma, se vinculam ao pensamento aristotélico, como Strauss, Villey e MacIntyre, todos indispensáveis para compreensão da essência do direito natural e suas implicações modernas (BERTI, 1992).

Segundo Douzinas (2009, p. 31-32), a diferença se dá na relação com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Enquanto Finnis reconhece nela a herança da tradição da lei natural clássica, os demais autores rechaçam a Declaração, como culminância do modernismo jurídico, que nega a tradição clássica da Lei Natural. Ou seja, os três autores referidos são refratários à fundamentação dos direitos humanos contemporâneos na lei natural, já que eles nasceram exatamente da ruptura com a tradição clássica, sendo fruto do individualismo, nominalismo, voluntarismo, relativismo e liberalismo, que, longe de alcançar a ordem política justa, impedem a possibilidade de conquistá-la pelo primado da liberdade individual sobre a natureza.

Nesse contexto, L. Strauss, M. Villey e A. MacIntyre devem ser estudados pelo penetrante diagnóstico que realizam da modernidade jurídica, mas, como demitem a possibilidade de fundamentar eticamente os direitos humanos na lei natural e na razão prática, não podem servir de referenciais teóricos primordiais para este trabalho. Da mesma forma, do ponto de vista histórico-hermenêutico, devem-se estudar as ideologias políticas que se apropriam da teoria do direito natural, do anarquismo ao absolutismo, do liberalismo ao conservadorismo, o que ultrapassa o limite deste artigo (SHAPIRO, 2006, p. 149; TUCK, 1979; SKINNER, 1996; GIERKE, 1934; ROMMEN, 1998).

Assim, o realismo tomista de Finnis afasta-se das críticas comuns contra o direito natural moderno e sustenta tanto a fundamentação ética dos direitos humanos, como demonstra os limites do positivismo jurídico nessa empreitada.

4 O POSITIVISMO JURÍDICO E A INFUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Os teóricos positivistas dispensam o problema da fundamentação, considerando-o secundário ou mesmo desimportante, quando não for simplesmente ocioso. Nesse sentido, em 1964, Norberto Bobbio, conhecido jurista nos meios acadêmicos brasileiros, afirmou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 43). Com essa afirmação, Bobbio sintetiza o tipo de abordagem característica da tradição juspositivista, a partir de três problemas que a noção filosófica de *fundamentação* dos direitos humanos encerra: vagueza, relativismo e heterogeneidade dos direitos humanos.

O primeiro problema da fundamentação é a vagueza da expressão “direitos dos homens”, ou direitos humanos, que implica uma tautologia e uma necessidade de definição ulterior que preencha o significado do que é, afinal, a humanidade que se quer salvaguardar. Afirmar que o fundamento dos direitos humanos é a dignidade da pessoa humana não resolve o problema, mas antes o aguça³. Em que consiste a dignidade da pessoa humana? Como aperfeiçoá-la? Costuma-se afirmar que a dignidade da pessoa humana permite o desenvolvimento da civilização. Mas o que é civilização? Bobbio nota que esses termos são vazios de significado substancial e são presas indefesas a apropriações ideológicas das mais variadas matizes. De fato, a conciliação verbal em torno de certas noções abstratas – como direitos humanos, justiça e bem comum – ocultam contradições internas oriundas de tradições jurídicas, políticas e ideológicas diferentes⁴.

³ A resposta moderna mais satisfatória a essa questão é a de Kant, que propõe uma fundamentação formalista da ética, em que a dignidade humana reside na racionalidade e autonomia moral do homem, na sua possibilidade de obedecer a imperativos categóricos da razão, não devendo ser tratado jamais como um meio, mas sempre como um fim em si mesmo (BIELEFELDT, 2000).

⁴ A intenção fundamental de John Finnis é exatamente superar esse estado de imprecisão semântica e, conseqüente, insegurança jurídica, determinando o conteúdo substancial dos direitos humanos a partir dos princípios da razão prática, os bens humanos fundamentais. (FINNIS, 2007b).

Dessa pluralidade de tradições, resulta a heterogeneidade da noção de direitos do homem. Ou seja, o que está em jogo é um conjunto muito díspar de pretensões políticas, baseadas em fundamentos antagônicos entre si, como a tradição liberal dos direitos individuais (comumente chamados de primeira geração pela teoria dos direitos fundamentais) e a tradição socialista dos direitos sociais (ditos de segunda geração). Por essa razão, não haveria um fundamento único dos direitos humanos, mas uma pluralidade irreduzível de direitos humanos que não poderiam ser coerentemente subsumidos numa categoria única, sob risco de contradição interna e enfraquecimento teórico.

Essa heterogeneidade responde ao caráter autocontraditório dos direitos humanos: quando um novo direito é afirmado, em benefício de um conjunto de titulares, ele logo contradiz outra camada de titulares, que se tornam, agora, devedores dos primeiros, e assim sucessivamente (VILLEY, 2007). Da mesma forma, pode-se perceber a antinomia entre os direitos invocados por uma mesma pessoa, a colisão de direitos que se realizam como *liberdade* – que acarretam em obrigações negativas, abstenções, não-intervenção por parte da sociedade civil e do Estado – e os direitos que se realizam como *poderes* – que pressupõem obrigações positivas e o conseqüente crescimento da tutela estatal sobre o titular do direito. Por isso, afirma Bobbio (2004, p. 41), “quanto mais aumentam os poderes do indivíduo, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”.

A última objeção à tarefa de fundamentação dos direitos humanos reside no relativismo histórico que os caracterizaria, pois “não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas” (BOBBIO, 2004, p. 38). Partindo da constatação empírica de que o processo de afirmação dos direitos humanos se dá historicamente e do modo variável nas diversas nações (COMPARATO, 2003; HUNT, 2009), Bobbio demite a possibilidade de um fundamento absoluto, metafísico e supra-histórico, relegando essas categorias, que estruturam a filosofia clássica, de Platão a Tomás de Aquino, à ideologia de classe ou subjetivismo político.

Ademais, Bobbio parte do pressuposto liberal de que a afirmação de uma verdade contraria a livre-determinação do homem, defendendo que o pluralismo irreduzível é o valor mais sublime dos direitos humanos, que salvaguardam a liberdade de pensamento e de religião, baseados na tolerância, na autonomia moral, no

reconhecimento intersubjetivo e no convívio pacífico. A “irresistível pluralidade das concepções últimas” baseia-se no fato de os valores últimos serem injustificáveis, apenas assumidos como meras “preferências pessoais”, “opções políticas” ou “orientações ideológicas” (BOBBIO, 2004, p. 38).

Como se pode perceber, à defesa do relativismo histórico dos direitos humanos subjaz uma crítica ao que Bobbio denomina racionalismo ético, cujos dogmas centrais seriam: a potência e o primado da razão. Consoante o primeiro princípio do racionalismo ético, a razão é capaz de demonstrar, apoditicamente, o fundamento dos valores últimos. Isto é, os valores são cognoscíveis pela razão humana, que pode demonstrá-los na forma de um teorema irrefutável, tornando-os evidentes e inquestionáveis. Nada resta à razão humana senão reconhecê-los de modo irresistível. Tal como o poder se impõe na ordem da vontade, a verdade se impõe na ordem da razão.

Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos (BOBBIO, 2004, p. 36).

Como corolário da potência da razão, o segundo princípio do racionalismo ético é o primado da razão: basta o conhecimento dos valores últimos para que eles sejam, *ipso facto*, realizados. Trata-se da clássica proposição socrática de que a demonstração da racionalidade de um valor é condição, não apenas necessária, mas suficiente para a sua efetivação moral.

Bobbio (2004, p. 42) considera o jusnaturalismo “a mais respeitável expressão histórica do racionalismo ético”, nada obstante sua insuficiência teórica e seu fracasso histórico. Com efeito, articula todo o seu argumento como afirmação do positivismo jurídico em detrimento do jusnaturalismo, a partir da separação epistemológica do direito e da moral, alijando qualquer possibilidade de fundamentação ética dos direitos humanos. Bobbio entende ser ilusória a fundamentação absoluta dos direitos humanos exatamente porque, como positivista, parte das premissas do ceticismo, ou não-cognitivismo ético e do relativismo axiológico, tal como expostas na *Teoria pura do direito* de Kelsen (2009, p. 67-78).

Como neokantiano, Kelsen rejeita a possibilidade de conhecer os valores últimos do homem, relegando-os a preferências subjetivas irreduzíveis. Nesse contexto, os bens humanos são reduzidos a valores, a ética metafísica à axiologia subjetivista.

Os bens são incognoscíveis porque são fruto de valorações subjetivas, seja atos de sentimento, seja atos da vontade. Como bem notou MacIntyre (2001), a moral moderna torna-se emotivismo, consoante o influxo romântico que corroeu a razão clássica. É o subjetivismo que liga o ceticismo ao relativismo, pois os bens têm de ser referidos aos sujeitos, uma vez que os valores são insuscetíveis de uma determinação objetiva na realidade ou natureza das coisas (ontologia).

Dessa caracterização sumária, desponta a diferença entre juízo de fato (objetivo e científico) e de valor (subjetivo e relativo). Nessa chave conceitual, Kelsen determina que existe uma aproximação moral da norma jurídica, que a valora segundo critérios sempre relativos, e uma aproximação científica amoral, que verifica se a norma é juridicamente válida ou inválida. Assim, uma norma não pode ser verdadeira ou falsa, do ponto de vista cognitivo, mas apenas válida ou inválida, isto é, validamente integrada ao ordenamento jurídico ou não (KELSEN, 2009, p. 21).

A preocupação de Kelsen é de ordem epistemológica, a de garantir a neutralidade axiológica do cientista do direito, que deve descrever o ordenamento jurídico formal com o critério da validade interna das normas, isto é, verificar se as normas integram validamente o ordenamento a que pertencem, se foram legalmente instituídas conforme o processo formal que as prevê. Para Kelsen, a Ciência do Direito está para a Ética, como o Direito está para a Moral. Se a Moral é sempre relativa ao sujeito que valora conforme seu critério exclusivo idiossincrático – isto é, individual e incompartilhável –, a descrição da Moral na Ciência da Ética não deve interferir nesse comportamento que analisa, sob o risco de perder a sua cientificidade. No campo jurídico, Kelsen não nega que um jurista possa exercer um papel jurídico-político – de influência política e moral na confecção das leis ou de uma sentença –, mas, ao fazê-lo, abstém-se da função jurídico-científica da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 2009, p. 394).

São precisamente essas premissas positivistas que serão combatidas pela tese da lei natural, proposta por John Finnis (2013), que defende o cognitivismo ético, a racionalidade, a objetividade e a universalidade dos bens humanos básicos, como princípios da razão prática. Ora, as premissas centrais dessa tese contrapõem-se à tese positivista em dois sentidos: tanto pela primazia da efetivação sobre a fundamentação, quanto pelo dogma epistemológico da separação da Moral e Direito, marcas da moderna Ciência do Direito.

No que concerne ao primado da efetivação sobre a fundamentação, a teoria da lei natural afirma o contrário, que o problema da efetivação pressupõe o da fundamentação, e que a teoria jurídica é parte essencial da teoria moral e política. Como explica John Finnis (2007a, p. 89), “a teoria política subsume, como uma de suas partes, a teoria jurídica”. Sem uma fundamentação sólida, pautada na lei natural, os direitos humanos facilmente se tornam retórica jurídica, suscetíveis de apropriações político-ideológicas variáveis e mitigados em sua universalidade – e em seu significado.

Até aqui, a exposição crítica do positivismo salientou o confronto da tese metafísica do idealismo-empirismo moderno contra o realismo tomista e o embate epistemológico do ceticismo contra cognitivismo ético. Cabe, por fim, mencionar a insuficiência do raciocínio jurídico positivista, pensado como silogismo teórico, consoante a lógica formal.

Perelman observa que o raciocínio jurídico positivista, tal como aplicado, por exemplo, pela Escola da Exegese, deve-se adequar às exigências formais da ciência. Consoante esta visão legalista, “o direito é um dado que deve poder ser conhecido por todos do mesmo modo” (PERELMAN, 2004, p. 32). Para tanto, a lógica do direito positivista conforma-se à estrutura de um raciocínio analítico, isto é, um silogismo teórico. Para garantir a cientificidade no juízo jurídico, ele deve ser a mera demonstração silogística, um desdobramento necessário da premissa menor (fato particular) subsumida na premissa maior (norma geral). Nesse sentido, a sentença judicial é a demonstração conclusiva e apodítica da verdade contida nas premissas (BOBBIO, 2006, p. 216).

O efeito dessa cientificização do raciocínio jurídico é a redução do pensamento prudencial a uma técnica irrefletida de subsunção. Eis mais um grave reducionismo do positivismo: o jurista fiel aos pressupostos da teoria positivista não aprende a pensar, a articular situações particulares com normas gerais num raciocínio dialético. Por outro lado, o engessamento do raciocínio analítico responde às exigências epistemológicas de imparcialidade, impessoalidade e neutralidade. Não há, nem pode haver, a participação do intérprete no conhecimento jurídico, sob o risco de macular a pureza que o caracteriza.

O que se deixou para trás foi exatamente a diferença, tão clara aos olhos de Aristóteles e Tomás de Aquino, de que a política, a ética e o direito não são objetos de ciência teórica, demonstráveis por um silogismo teórico formal, mas matérias da razão

prática, que articula princípios gerais com os casos particulares de modo dialético, em que há discussão e deliberação, pautada na verossimilhança dos resultados, e não na sua verdade apodítica (PERELMAN, 2004, p. 2). Mas, para isso, é necessário superar o ingênuo ideal de pureza metodológica que singulariza a epistemologia positivista.

E na aplicação dos direitos humanos essa insuficiência do raciocínio jurídico positivista é mais evidente. O caráter fundamental desses direitos para o debate contemporâneo do constitucionalismo e da democracia implica que não se tratam apenas de direitos morais, a serem aplicados como simples regras jurídicas. Ao contrário, sua densidade contradiz a possibilidade de um modelo dedutivo puro.

Independentemente de outras críticas que possam ser levantadas e das respectivas defesas positivistas, os direitos humanos adquiriram na contemporaneidade, de modo indiscutível, um peso que representa um desafio ao positivismo jurídico ainda não respondido – e que, como exposto, dificilmente será. A resposta parece estar fora desse modelo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se, em primeiro lugar, demonstrar como a fundamentação filosófica e a efetivação política dos direitos humanos caracterizam-se pela complementaridade e não pela oposição. Portanto, a esfera política caracterizada pela luta por reconhecimento de direitos, implementação de políticas públicas e proteção da pessoa humana não anula nem contradiz o campo filosófico, que busca uma fundamentação ética e, dessa forma, afasta esses direitos do convencionalismo positivista.

Nesse sentido, como visto, uma fundamentação dos direitos humanos a partir da lei natural não implica a rejeição total a qualquer tentativa de positivação. Ao contrário, o direito natural clássico, como retomado por Finnis, parte de uma coordenação entre a lei natural e a lei positiva. Ambas estão relacionadas na definição do direito. A diferença substancial é que os direitos humanos, por essa perspectiva, não se resumem ao que for estabelecido nas leis dos Estados ou nos documentos internacionais – também, em alguma medida, vinculados à vontade dos Estados na comunidade internacional.

Portanto, a redução dos direitos humanos ao que positivado – ainda que internacionalmente – constitui um paradoxo em relação àquilo que sempre

significaram, isto é, uma contestação ao direito positivo e um parâmetro para sua correção. Tal redução de caráter nitidamente positivista acarreta a paradoxal positividade que deseja definir com exclusividade os direitos humanos. Esse paradoxo não somente é identificado pela lei natural como desta recebe uma resposta.

A tradição clássica da lei natural (aristotélico-tomista) resgatada por Finnis oferece uma solução que não recai da crítica comum ao direito natural de cunho moderno ou revolucionário. Isto é, enquanto os direitos naturais da Revolução Francesa partiam de um sujeito abstrato, fora do tempo, do espaço e de todas as particularidades que sempre caracterizam o humano, a tradição clássica retomada por Finnis vai exatamente reconhecer que a lei natural se realiza em um determinado contexto, portanto considera um sujeito concreto, caracterizado por suas circunstâncias – que não negam o universal.

A extensão do debate desenvolvido por Finnis não pode ser resumido adequadamente neste trabalho. No entanto, o primeiro pressuposto, aqui sustentado, é que o positivismo jurídico é insuficiente para sustentar os direitos humanos. O plano da efetivação requer uma defesa filosófica sólida. Por isso, a obra-prima de Finnis, *Lei natural e direitos naturais* (2007b), começa questionando, exatamente, os pressupostos metodológicos do positivismo, antes de expor a sua dimensão substancial, os bens humanos básicos.

Após a crítica e impugnação à fundamentação positiva dos direitos humanos a pergunta que subsiste é como fundamentá-los. Isso requer outra análise, mas com certeza Finnis já indica, em sua própria crítica, os caminhos para a reconstrução de um conceito fundamentado de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo. 8 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito**. Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BERTI, Enrico. **Aristóteles no século XX**. São Paulo: Loyola, 1992.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**: fundamentos de um *ethos* de liberdade universal. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Ética**. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CULLETON, Alfredo. A fundamentação filosófica do direito no pensamento político de Ockham a partir do *Opus Nonaginta Dierum*. **Revista VERITAS**. Porto Alegre, v. 51, n. 3, Setembro/2006, p. 99-111.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ENGELMAN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007a.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007b.

_____. Lei Natural. Por que chamar de “lei”? Por que dizê-la “natural”? In: CANTO-SPERBER, Monique (org.). **Dicionário de Ética e Filosofia Moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

GRISEZ, Germain. The First Principle of Practical Reason: a commentary on the Summa Theologiae 1-2, Question 94, Article 2. **Natural Law Forum**. Notre Dame, 1965, pp.168-201.

GEORGE, Robert P. **In Defense of Natural Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GIERKE, Otto. V. **Natural Law and Theory of society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1934.

GRIFFIN, James. **On Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** Coimbra: Almedina, 2012.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOAS, Hans. **A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos.** São Paulo: Editora Unesp, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACINTYRE, Alistair. **Depois da virtude.** Um estudo de teoria moral. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 2001.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1966.

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

MOOTZ III, Francis J. **Conhecimento retórico na prática e na teoria crítica do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2011.

MURPHY, Mark. **Natural Law in Jurisprudence and Politics.** New York: Cambridge University Press, 2006.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis.** Porto Alegre. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROMMEN, Heinrich. **The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy.** New York: Liberty Fund, 1998.

SHAPIRO, Ian. **Os fundamentos morais da política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica.** Parte II. São Paulo: Loyola, 2009.

TUCK, Richard. **Natural Law**: their origin and development. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Filosofia do direito**. Definições e fins do direito. Os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WEYL, Paulo Sérgio. **Autonomia e norma jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Recebido em 14/10/2015
Aprovado em 25/10/2016
Received in 14/10/2015
Approved in 25/10/2016