



## BENS HUMANOS BÁSICOS *VERSUS* CAPACIDADES HUMANAS: DOIS MODELOS DE TEORIA NORMATIVA DO DIREITO

Saulo Monteiro Martinho de Matos<sup>1</sup>  
Cora Coralina A. da Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo propõe-se a realizar um estudo comparado, eminentemente teórico, entre os critérios materiais para determinação do bem jurídico nas teorias normativas do direito de John Finnis e de Martha Nussbaum, com fito a apresentar o modo de fundamentação e o conteúdo das listas propostas por cada um dos autores. Inicialmente, o estudo discutirá os bens humanos básicos em Finnis. Após, as capacidades em Nussbaum. E, por fim, ambas as propostas serão comparadas, com fulcro a obter suas possibilidades e limitações, em especial, a partir dos critérios de método, posição política e taxatividade.

**Palavras-Chave:** Bem Jurídico; Bens básicos; Capacidades; Martha Nussbaum; John Finnis.

## BASIC HUMAN GOODS VERSUS HUMAN CAPABILITIES: TWO MODELS OF NORMATIVE JURISPRUDENCE

### ABSTRACT

This article proposes to undertake a comparative study, eminently theoretical, among the material criteria for determining the legal good in the normative jurisprudence of John Finnis and Martha Nussbaum. The goal of the study consists in discussing the methods of justification and the contents of the lists proposed by each of the authors. Initially, the study will discuss the basic human goods according to Finnis. After, Nussbaum's capability approach. And, finally, both proposals will be compared, with the fulcrum to obtain its possibilities and limitations, especially, from the method criteria, political position and taxativity.

**Keywords:** Basic goods; Capabilities; Legal good; Martha Nussbaum; John Finnis.

<sup>1</sup> Professor-adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA) e do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPA. Doutor em Direito pela Universidade de Goettingen. Mestre em Direito pela Universidade de Heidelberg. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1755999011402142>; e-mail: [saulomdematos@gmail.com](mailto:saulomdematos@gmail.com);

<sup>2</sup> Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Estácio do Pará em parceria com a escola de governo do Estado do Pará. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9278712146058136>; e-mail: [cora\\_coralinasilva@yahoo.com.br](mailto:cora_coralinasilva@yahoo.com.br)



## 1 INTRODUÇÃO: TEORIA NORMATIVA DO DIREITO

Após um grande avanço do constitucionalismo global – direitos humanos, *rule of law* e democracia – no último século, baseado fortemente em concepções liberais fulcradas em teorias da argumentação e teorias do discurso de diversas matizes, há uma tendência hodierna em direção ao que se pode denominar teoria normativa do direito (*normative jurisprudence*), fundamentada em discussões acerca do bem jurídico (West, 2011). Por “bem jurídico”, neste contexto, compreende-se a qualidade ou qualidades de bondade (*goodness*) que uma boa lei possui e uma má lei não possui (West, 2011, p. 3). Por consequência, uma teoria normativa do direito não parte da pergunta “O que é o direito?”, mas, ao revés, privilegia a questão “Qual é o direito bom?”.<sup>3</sup> O emprego do adjetivo “bom” ao invés de “justo” já indica uma segunda propriedade diferenciadora dessa corrente: não se trata de uma digressão (formal) em torno dos princípios que regem o discurso jurídico e moral, a fim de delimitar as regras mínimas da racionalidade prática. Ao contrário, a proposta parte de critérios materiais ou de uma ética material<sup>4</sup> acerca do bem, vinculados a uma concepção da natureza humana, a fim de julgar o bem de uma determinada forma jurídica, como, e.g., uma lei específica ou Constituição (West, 2011, 10). Em que pese o conceito de *normative jurisprudence* (teoria normativa do direito) possua alguns problemas em sua definição, como, e.g., a dificuldade em indicar a propriedade diferenciadora entre teoria normativa do direito e filosofia política aplicada, o presente estudo parte dessa ideia para discutir as propostas de Finnis e Nussbaum como parte de uma mesma corrente preocupada em pautar problemas acerca do bem jurídico.<sup>5</sup> Pode-se dizer, destarte, que teoria normativa do direito, no contexto deste estudo, corresponde a uma espécie de ética social e material dos direitos.

Há uma série de críticas relevantes a esse tipo de empreitada, inclusive, no âmbito da filosofia do direito.<sup>6</sup> A crítica clássica de Kant parte da premissa de que toda ética material só pode ser concebida de maneira empírico-indutiva e, por conseguinte, possui validade *a posteriori* (Scheler, 1916, p. 3). Sendo *a posteriori*, ela é necessariamente contingente. Isto é,

<sup>3</sup> Alguns autores, como, e.g., Dietmar von der Pfordten, diferenciam entre teoria do direito como o estudo acerca do conceito de direito e ética do direito como o estudo acerca do direito justo. Vide Pfordten, 2011. A novidade, nesse contexto, é a substituição do conceito de justiça (*Gerechtigkeit*) pelo conceito de bem (*Gute*).

<sup>4</sup> Acerca da diferença entre ética material e formal, ver Scheler, 1916, p. 3: “Toda ética material precisa, necessariamente, ser uma ética de bens ou fim.” (“*Alle materiale Ethik muss notwendig Güter- oder Zweckethik sein*”) (trad. nossa).

<sup>5</sup> Para uma discussão metodológica entre *descriptive* e *normative jurisprudence*: Eleftheriadis, 2011.

<sup>6</sup> Ver e.g.: Adeodato, 2013; Forst, 2015.



na medida em que possui validade *a posteriori*, os seus resultados – os deveres morais – são condicionados à observação e, por conseguinte, aos resultados, o que impossibilita uma fundamentação adequada da moralidade a partir de um querer realmente autônomo. Trata-se, segundo Kant, de uma fundamentação heterônoma de julgamentos morais, desrespeitadora da autodeterminação que deve guiar a ética a partir da ideia de lei de liberdade.<sup>7</sup>

Em que pese a importância do debate acerca da viabilidade metafísica e epistemológica de uma ética material, a proposta deste artigo é mais humilde. Trata-se de um estudo de cotejo entre os critérios materiais para determinação do bem jurídico na teoria normativa do direito de John Finnis e de Martha Nussbaum. O fito é apresentar de maneira transparente o modo de fundamentação e o conteúdo da lista de valores de cada um dos autores.<sup>8</sup> Trata-se de estudo, portanto, eminentemente teórico.

O objeto formal do estudo é a construção do bem jurídico a partir de lista de bens humanos básicos em John Finnis e das capacidades em Martha Nussbaum. Num primeiro momento, o estudo irá discutir os bens humanos básicos em John Finnis, apresentando o seu conteúdo e modo de fundamentação. Após, haverá a apresentação do modelo de Martha Nussbaum a partir do conceito de capacidade (*capabilities*). E, por fim, ambas as propostas serão comparadas, a fim de obter clareza sobre as suas possibilidades e limitações, em especial, a partir dos critérios de método, posição política e taxatividade.

As duas principais teses do artigo são (a) que existe, na literatura contemporânea, uma corrente de teoria normativa do direito, preocupada em debater o valor do direito a partir de um conceito de bem (*ética material dos direitos*), podendo tal teoria ser considerada liberal em que pese a sua referência a uma determinada concepção de vida, como, e.g., a teoria de Martha Nussbaum; e (b) que qualquer tentativa de fundamentar uma concepção de bem jurídico deve estar preocupada fortemente com alguma forma de evidência empírica, o que não é o caso da teoria de Finnis.

---

<sup>7</sup> Ver Tungendhat, 1997.

<sup>8</sup> Nenhum dos autores emprega o termo “valor”, de maneira consciente, para denominar o conteúdo da sua lista. Finnis, amiúde, fala de valor como sinônimo de bem ou princípios. Porém, posteriormente, renunciou expressamente a esse conceito (Finnis, 2011, p. 443). Para fins deste estudo, porém, valor em seu sentido objetivo será empregado para fazer menção ao conteúdo da lista de Finnis e Nussbaum. Sobre o conceito de valor: Abbagnano, 2012.



## 2 BENS HUMANOS BÁSICOS EM JOHN FINNIS

Finnis propõe sete formas básicas do bem humano (vida, conhecimento, amizade, jogo, religião, experiência estética e razoabilidade prática). Tais bens, segundo ele, são anteriores à moral, são básicos para a realização de qualquer pessoa humana. Formam, portanto, a base para a garantia da Dignidade da Pessoa Humana (Finnis, 2007).

Cumprido, desde logo observar que a referida lista já foi revisada pelo próprio autor, por meio de seu artigo “Commensuration and Public Reason” (1997) para incluir o casamento em um tópico exclusivo dos sete bens básicos por ele propostos. Destarte, serão apresentadas ambas as propostas do autor nesse tópico. A primeira, contida na obra “Lei natural e direitos naturais” publicada pela primeira vez em 1980, e a revisada (1997).

Os bens humanos, objeto por excelência da teoria de Finnis, pretendem ter legitimação em critérios objetivos e voltam-se ao que Finnis denomina florescimento humano. Florescimento humano consiste na realização dos bens humanos básicos, e em uma política, guiada pela racionalidade prática, que deve criar mecanismo para facilitação dessa realização. O esquema geral da argumentação da Finnis com relação a uma dimensão importante da questão acerca do bom direito, do qual participam os bens humanos básicos, segue a seguinte ideia (Duke, 2013, pp. 48–49):

- P1. Florescimento humano consiste na realização dos bens básicos identificados pela racionalidade prática;
- P2. A racionalidade prática nos obriga a tomar a realização dos bens básicos como moralmente obrigatória;
- P3. O bem comum é condição necessária para a realização dos bens básicos em cada indivíduo;
- P4. Uma condição necessária para a realização de um propósito moralmente obrigatório é, em si, moralmente obrigatória;
- P5. O bem comum é um propósito moralmente obrigatório;
- P6. O direito é o instrumento mais eficiente para a realização do bem comum;
- P7. A preservação daquilo que é o instrumento mais eficiente para a realização do propósito moralmente obrigatório é, em si, moralmente obrigatório;
- C. É moralmente obrigatório obedecer à lei.

Para fins deste estudo, não é necessário adentrar em todas as premissas do argumento acima. Basta observar que Finnis pressupõe os bens básicos, na primeira premissa do argumento acima, sem fundamentação clara de sua origem. Isto porque, segundo Finnis, os valores básicos da conduta humana são primeiros princípios da racionalidade prática ou pressuposições pré-



morais do julgamento moral. Do ponto de vista epistemológico, eles são compreendidos como autoevidentes (*per se nota*) ou inquestionáveis e racionalmente justificáveis, pois eles formam o conjunto de razões de qualquer ação moral ou racionalidade moral. Logo, a sua identificação se dá pela mera observação da vida em sociedade, consistindo, pois, em uma forma filosófica de intuição, sem referências explícitas a estudos históricos ou antropológicos (no sentido de ciência social).<sup>9</sup> Segundo Finnis, nenhum grupo humano deixaria de ter como propósitos os bens humanos básicos. Ademais, dado que os bens humanos são razões ou propósitos para qualquer ação moral, eles acabam se tornando, por outro lado, critérios de julgamento de qualquer ação moral. Todos os bens básicos são, portanto, requisitos necessários para qualquer ponderação acerca da moral<sup>10</sup>.

Ao expor sua lista de bens, Finnis inicia por destacar o valor da vida. Segundo ele, este valor corresponde ao impulso de autopreservação. Vida significa cada aspecto da vitalidade que põe o ser humano em sua boa forma para a autodeterminação, inclui saúde corporal e estar livre de dor. Inclui ainda a propagação da vida pela procriação. Sexualidade pode estar relacionada tanto ao valor da vida quando o foco é a procriação, quanto ao da sociabilidade ou amizade, quando a mesma está voltada tão somente à satisfação do impulso sexual.

A preservação da vida é imprescindível para o florescimento humano na teoria de Finnis, devendo sempre ser promovida e, ao mesmo tempo, afastada qualquer ação em sentido contrário.

Ao bem da educação ou do conhecimento o autor dedicou integralmente o capítulo III de sua obra “Lei natural e Direitos naturais”. Segundo Finnis, esse valor básico é o “fundamento avaliador de todos os juízos morais” (2007, p. 67). Trata-se, portanto, do meio pelo qual “apreendemos os valores básicos da existência humana e assim, também, os princípios básicos de todo o raciocínio prático” (2007, p. 67). Este bem, na análise finnisiana, está ligado essencialmente à racionalidade humana, sendo indispensável ao desenvolvimento pleno da potencialidade do homem.

Finnis, ao tratar do bem básico do conhecimento, está a referir-se ao conhecimento especulativo, devendo este ser compreendido não no sentido aristotélico, o qual faz a distinção

---

<sup>9</sup> No mesmo sentido: “These basic goods, Finnis argues, are not known to us through anthropology or sociology but rather through our capacity for practical reason – although given a hefty boost from evidence borrowed from the social sciences. (...) We come to know the content of these individual, basic, intrinsic goods individually, through reflection, tempered and informed by experience.” (West, 2011, p. 33)

<sup>10</sup> A transição do reconhecimento dos bens humanos básicos para verdadeiros julgamentos morais ainda envolve nove requisitos, os quais serão explicitados abaixo.



entre o teórico e prático, mas como a busca do conhecimento em si, busca pela verdade, sem interesses secundários. Faz oposição à utilização do conhecimento de modo instrumental, dado que o conhecimento possui um valor em si.

Nesse sentido, o conhecimento é algo bom, dado que é bom ser informado e evitar a ignorância. O conhecimento é bom e evidente por si mesmo, independentemente de ter sido, de fato, demonstrado. Aliás, segundo os princípios estabelecidos, o bem humano do conhecimento não pode ser demonstrado, pois é autoevidente, a dizer, *uma razão pré-moral para um julgamento moral*. Por outro lado, o princípio da autoevidência não significa que todos o reconheçam ou que não haja condições prévias para o reconhecimento desse valor.

O terceiro bem básico é o jogo. Segundo Finnis, um antropólogo não deixaria de observar esse grande e irredutível elemento na cultura humana. Trata-se do desenvolvimento de atividades que não tem qualquer propósito além do seu próprio desempenho e que são desfrutadas por si mesmas. Destaca Finnis:

E o que é ainda mais importante, cada um de nós pode ver o que se trata engajar-se em atividades que não têm qualquer propósito, além de seu próprio desempenho, e que são desfrutadas por si mesmas. O desempenho dessa atividade pode ser solitário ou social, intelectual ou físico, tenso ou relaxado, altamente estruturado ou relativamente informal, convencional ou de padrão ad hoc [...] (FINNIS, 2007, p. 92).

A quarta forma de bem é a experiência estética. Diferentemente do jogo não precisa envolver ação da parte do indivíduo que a aprecia. O que é buscado e valorizado por si mesmo pode ser simplesmente a forma bela "exterior" à pessoa, e a experiência "interior" da apreciação de sua beleza. (FINNIS, 2007, p. 93).

Em quinto lugar, há o valor da sociabilidade ou da amizade que é realizada, em sua forma fraca, na busca da paz e harmonia entre os homens. Não obstante, a sua forma essencial está relacionada ao desempenho de uma amizade plena através da colaboração entre duas pessoas sem interesses próprios, na qual a realização pessoal se dá na realização do outro. Tal bem é apresentado por Finnis como uma essencial ferramenta para que o bem comum seja atingido, pois, quando alguém se dedica em benefício de outrem, além de colaboração ou coordenações recíprocas, há um bem comum revelado por “auto constituição e auto realizações” mútuas.

Para que se possa compreender essa forma de bem, é necessário entender o conceito aristotélico de “comunidade completa”. Trata-se do expoente máximo da interação humana.



Outras formas de associações que fazem parte da vida prática cotidiana propiciam certos modos de coordenação, um objetivo em comum. Contudo, no jusnaturalismo de Finnis, estas associações manifestam de modo incompleto o bem básico sociabilidade. Família, por exemplo, é descrita por Finnis como uma associação incompleta, uma vez que tal forma de agregação demonstraria, dentre outros aspectos, fatal ruína econômica, levando à destruição de seus membros, dadas as restrições do campo de atividade a que estariam seus componentes submetidos.

Nesse contexto, para a demonstração do bem básico da sociabilidade, Finnis ressalta a relevância de uma associação de proporção global, na qual se destaquem tanto as atividades e iniciativas individuais, como aquelas empreendidas pelas associações em seu sentido estrito para que se atinja o bem dos indivíduos, que em sua teoria convergirá para um “bem comum”.

Cumprido esclarecer que o “bem comum” destacado em “Lei natural e Direitos naturais” é

(...) um conjunto de condições que permita que os membros de uma comunidade atinjam, por si mesmos, objetivos razoáveis ou que realizem de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade. (FINNIS, 2007, p.155).

O bem comum, assim, é instrumental para a realização dos bens humanos básicos (Duke, 2013, p. 47). Ele não é, em si, a realização de um bem, mas, ao revés, desenvolve-se como condição ou condições para a realização dos bens humanos básicos. A partir disso, surge, em Finnis, o problema da coordenação entre bens básicos e a necessidade do conceito positivista de autoridade como propriedade necessária do direito, uma vez que o bem comum é visto como condições para realização de bens humanos básicos incomensuráveis e não hierarquizáveis. Tais características geram um problema de coordenação em qualquer sociedade humana.<sup>11</sup>

A sexta forma de bem básico é a razoabilidade prática que está relacionada à capacidade de utilizar com eficiência a inteligência para os propósitos de escolher as ações, o estilo de vida e dar forma ao caráter. A razoabilidade prática é o guia no propósito de definir precisamente os caminhos a serem seguidos pelos seres humanos:

---

<sup>11</sup> Contrariando Finnis, Duke (2013) defende que o bem humano da amizade é hierarquicamente superior aos demais bens humanos básicos, pois é ele que permite a justificação da obrigatoriedade dos demais bens humanos.



Ao revelar um horizonte de possibilidades atraentes para nós, nossa apreensão dos valores básicos cria, assim, em vez de responder, o problema da decisão inteligente:

O que deve ser feito? O que pode ficar sem ser feito? O que não deve ser feito? Não temos, teoricamente, nenhuma razão para deixar qualquer um dos bens básicos de fora. Mas temos, realmente, boas razões para escolher compromissos, projetos e ações sabendo que uma escolha efetivamente elimina muitos compromissos, projetos e ações alternativos razoáveis ou possíveis (FINNIS, 2007, p.105).

A razoabilidade prática é apresentada pelo autor comportando nove requisitos, são eles: (a) plano de vida coerente; (b) não ter preferências arbitrárias entre os valores; (c) ou pessoas; (d) exercitar o desprendimento com respeito a projetos para evitar o fanatismo; (e) máximo compromisso adequado para evitar indiferença; (f) buscar o bem de maneira eficiente; (g) respeitar por todos os valores básicos em cada ato; (h) buscar o bem comum; (i) seguir a sua própria consciência (Duke, 2013).

Em sétimo e último lugar na lista de Finnis, conforme disposição na obra “Lei natural e Direitos naturais”, encontra-se o bem denominado “religião”. O autor destaca que podem surgir questões quanto ao estabelecimento e a manutenção das relações entre a pessoa e a divindade, pois sempre existem pessoas que negam e afirmam a existência além das origens conhecidas pelas ciências naturais. Finnis faz referência à religião como sendo uma forma irreduzivelmente distinta de ordem. Como um bem humano básico, é assumida de modo abstrato, ou seja, o autor refere-se à relação que existe entre uma pessoa e uma divindade qualquer.

A enumeração utilizada até aqui é referente à proposta do autor na obra “Lei natural e Direitos naturais”. Com a reformulação, contudo, sua lista passou a ter a seguinte disposição: (1) vida corporal, (2) sociabilidade/amizade, (3) casamento, (4) jogo (passou a englobar experiência estética), (5) conhecimento, (6) religião e (7) razoabilidade prática. Dessa forma, manteve o número de bens, realocando “experiência estética” em jogo.

Essa última aferição demonstra a importância do “casamento” na teoria do filósofo jusnaturalista. Este segue uma determinada interpretação da filosofia de Tomás de Aquino, segundo a qual o casamento é visto como um instituto sacro e representa a união entre duas pessoas de sexos diferentes com o objetivo de constituição de família, através de um compromisso permanente, cujo principal objetivo é a procriação. A manutenção da união é especialmente importante para a provisão de condições básicas para a sobrevivência da prole.



### 3 CAPACIDADES EM MARTHA NUSSBAUM

Martha Nussbaum se volta à construção de uma teoria sobre as capacidades humanas para reivindicar direitos fundamentais que são, em alguma extensão, independentes das preferências que as pessoas venham a ter. A justiça social é sua maior preocupação. Critica abordagens que mensuram o bem-estar em termos de utilidade indo de encontro à teoria utilitarista.

Com efeito, as capacidades, na concepção da autora, criam as condições necessárias para que uma sociedade seja dignamente justa na forma de um conjunto de direitos fundamentais para todos os cidadãos. Não assegurar esses direitos básicos é uma violação grave à justiça. Isso porque tais direitos estão implícitos na própria noção de Dignidade Humana. (Nussbaum, 2013). Portanto, os valores básicos defendidos pela autora em sua lista de capacidades, a seguir apresentada, estão, sobretudo, a serviço da justiça.

Para Nussbaum é imprescindível que a sociedade tenha uma concepção básica de justiça. Deve-se ter conhecimento do conteúdo dessa concepção para que uma capacidade determinada se torne um direito fundamental de todos os cidadãos. Não se pode ter uma concepção de justiça social que diga, simplesmente, que todos os cidadãos tenham direito a ela, compreendida como capacidade “X”, capacidade de liberdade por exemplo. (Nussbaum, 2003).

Nesse sentido, em que pese a liberdade, tomando-a como exemplo, seja algo bom e amplamente perseguido pelas sociedades, afirma Nussbaum que algumas maneiras de exercê-la incluem injustiças, tais como a liberdade de estupro a uma esposa, a liberdade de exibir placas de proibição de acesso a negros, a liberdade de um empregador discriminar baseando-se em gênero ou religião etc. Ao permitir tais liberdades, qualquer sociedade estará cometendo uma injustiça fundamental, envolvendo a subordinação de um grupo vulnerável. (Nussbaum, 2003)

De tal sorte que, para a realização de um direito fundamental, é necessário que a capacidade esteja legitimada em uma concepção de justiça e, ademais, que seja minimamente delimitada para servir a essa concepção. Trata-se, portanto, claramente de uma teoria normativa do direito, com base no conceito acima apresentado, uma vez que (a) visa apresentar fundamentos para a valoração do direito, e (b) tal valoração se dá a partir de uma discussão sobre o bem. Do ponto de vista metodológico, portanto, as duas teorias se assemelham. A diferença se dá do ponto de vista substantivo, na medida em que a teoria de Nussbaum não é conservadora, mas, sim, liberal.



A abordagem de Nussbaum das capacidades afasta-se da ideia de liberdade negativa, presente no pensamento, por exemplo, da Constituição norte-americana.<sup>12</sup> Toma como ponto de partida e referência a constituição indiana, que possui forte tendência a uma atuação estatal (positiva). Nesses moldes, poderíamos afirmar que a Constituição brasileira – considerando apenas o seu texto dissociado das práticas de políticas sociais – também serviria como parâmetro para a construção da teoria da autora, dada a forte tendência positiva da Constituição pátria.

Nussbaum sintetiza as capacidades humanas centrais em dez, apresentando semelhanças e divergências com Finnis.

Inicia destacando o valor da vida, o que envolve ser capaz de viver até o final de uma vida humana, de modo que valha a pena vivê-la. Segue aduzindo a importância da saúde corporal, o que inclui saúde reprodutiva, adequada alimentação e abrigo. Integridade física é o terceiro componente do seu elenco de capacidades, o que envolve estar livre para se locomover isento de violências.

A quarta capacidade é a que está relacionada ao sentido, imaginação e pensamento, quais sejam, a capacidade de usar os sentidos, de imaginar, pensar e raciocinar de forma “verdadeiramente humana”, informada e cultivada por uma educação adequada.

Em seguida, apresenta a quinta capacidade, atinente às emoções, que se refere à competência de sentir apego a coisas e a pessoas além de si mesmo. Não ter as emoções constrangidas pelo medo e pela ansiedade. Para Nussbaum, apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação que podem ser cruciais nos desenvolvimentos dos seres humanos.

A razoabilidade prática também está incluída na lista de Nussbaum, é a sexta capacidade. Diz respeito à aptidão e à liberdade de formar uma concepção sobre o “bom” e refletir criticamente um planejamento de vida.

A sétima capacidade é a afiliação e esta se desmembra em duas outras, quais sejam (a) a capacidade de viver com e para outros, de se colocar na situação do outro. Proteger essa capacidade é proteger a liberdade de reunião e expressão política; e (b), outrossim, a capacidade de ser tratado como um ser digno de valor igual ao de qualquer outra pessoa, o que implica a não discriminação de qualquer origem.

---

<sup>12</sup> Acerca do conceito de liberdade negativa: Honneth, 2015.



A oitava capacidade refere-se às outras espécies, sendo esta a capacidade de preocupar-se com os animais, as plantas e o mundo natural. A nona capacidade diz respeito ao lazer, qual seja a capacidade de vivenciar atividades recreativas (rir, brincar, jogar).

E, por último, a décima capacidade está relacionada ao controle sobre o ambiente (a) político e (b) material. No que se refere ao ambiente político, trata-se da capacidade de participar efetivamente de escolhas políticas que governam a vida. Quanto ao segundo, material, trata-se da capacidade de possuir propriedade e ter direitos de propriedade que sejam os mesmos para todos, bem ainda, o direito da busca por emprego em igualdade de condições (Nussbaum, 2003).

Nussbaum não estabelece uma ordem hierárquica entre as capacidades que compõem a sua lista, fazendo apenas uma ressalva quanto à especial importância da razoabilidade prática e afiliação, pois estas, na acepção da autora, levam à busca e proteção da Dignidade Humana como tal. Nesse sentido, a lista de capacidades centrais é composta de “capacidades combinadas” com o intuito de oferecer a fundamentação para a realização do indivíduo a partir da sua capacidade “interna” e as necessárias condições “externas” para concretizá-la. Dessa forma, pessoas que vivem em regimes não democráticos possuem a capacidade interna para a afiliação, por exemplo, mas não a capacidade combinada para a concretude. (Añazco, 2010, p. 153)

O enfoque das capacidades oferece um termômetro quanto ao que deve ser compreendido como adequada garantia dos Direitos Humanos, uma vez que das capacidades derivam obrigações morais e políticas relacionadas. E, ademais, quanto aos direitos que possuem conteúdos preponderantemente econômicos, a ideia de capacidades produz a justificativa necessária para que seja possível um maior investimento de recursos em prol de grupos vulneráveis, viabilizando a adequada transição à plena capacidade.

Ressalta Yanira Añazco que a lista proporcionada por Nussbaum possui atualmente uma grande semelhança com alguns elementos que integram o modelo de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Cita como exemplo o Relatório de Desenvolvimento Humano 2000, que define como essenciais ao modelo de desenvolvimento humano as seguintes libertades:

- a) Liberdade de discriminação, seja em razão do sexo, raça, origem nacional ou étnica e religião, b) Liberdade de necessidade, para desfrutar de um padrão de vida decente, c) a liberdade para desenvolver e realizar o potencial humano de cada um, d) liberdade de medo, de ameaças à segurança pessoal, à tortura,





à detenção arbitrária e de outros atos violentos, e) liberdade de injustiça e violações do Estado de direito, f) liberdade de participar na tomada de decisões, expressar opiniões e formar associações g) liberdade para o trabalho decente, sem exploração. (Añazco, 2010, p. 154)

O Relatório de Desenvolvimento Humano 2002, por sua vez, supõe que as capacidades mais básicas para o desenvolvimento humano são uma vida longa e saudável, ser instruído, ter acesso aos recursos necessários para alcançar um padrão de vida decente e participar da vida da comunidade a que pertence. (Añazco, 2010)

Como se pode verificar a lista de Nussbaum é em muito coincidente com o que o PNUD compreende por liberdades para assegurar o desenvolvimento humano. Em síntese apertada, a lista da autora é requisito mínimo para a realização do ser humano, bem como para a concretização de direitos básicos, sem os quais não se pode falar em sociedade justa.

No quesito casamento, Nussbaum posiciona-se de modo diametralmente diverso ao de Finnis, fazendo, inclusive, uma leitura dos filósofos clássicos oposta à compreensão finnisiana. Para ela, não há razão para condenar a conduta homossexual por algum motivo especial. Considera que Platão deu especial importância às relações homossexuais, considerando-as poderosas forças de estímulo das paixões, conforme destaca Cinara Nagra (2017). Para Nussbaum a relação entre duas pessoas do mesmo sexo serve a muitos objetivos importantes além da procriação.

Nussbaum é uma defensora da liberdade também enquanto sexualidade, não opondo qualquer resistência filosófica à homossexualidade, a que não considera nenhuma condenação moral, afastando-se de modo diametral do pensamento finnisiano.

## **4 DISTINÇÕES ENTRE BENS HUMANOS BÁSICOS E CAPACIDADES**

### **4.1 Quanto à fixação e taxatividade da lista de bens básicos**

Finnis afirma que sua teoria não cria uma lista “fixa” e exaustiva de bens, em vez disso, afirma que são diversos os modos de realização dos objetivos, assim como as formas de bens são inúmeras. Todavia, a suposta variedade resultará sempre das combinações entre as formas básicas por ele apresentadas. Em outros termos, Finnis afirma que não existe uma taxatividade e que há espaço para a modificação dos detalhes da lista. Entretanto, considera que de uma forma ou de outra se chegará aos mesmos valores por ele propostos.



Para o autor o mais importante é destacar a igualdade na autoevidência dos valores de cada uma das formas de bem. E, ademais, destaca que nenhum deles pode ser reduzido instrumentalmente para se alcançar a outro. Por outro lado, destaca que se pode encarar um dos aspectos de modo razoavelmente mais importante ao concentrar-se nele, todavia, não existe qualquer hierarquia objetiva entre os bens básicos.

Nesse sentido, cada pessoa tem a liberdade para escolher o valor básico que pretende dar maior importância em seu plano razoável de vida, podendo ainda mudar de foco, conforme a alteração do seu plano pessoal. As razões que estão relacionadas à sua escolha dizem respeito ao temperamento, à criação, às capacidades e às oportunidades da pessoa, não com diferenças de posição e na hierarquia do valor intrínseco dos valores básicos.

Nussbaum, ao seu turno, formula uma lista “aberta” e “revisável” de capacidades centrais, pressupondo-a como fundamento para um conjunto de direitos básicos que deve ser estendido a todas as pessoas. Sua lista é claramente mais extensa, embora seja possível reduzir algumas das capacidades a um conceito mais abrangente vinculado a um bem humano básico de Finnis, como, e.g., “integridade física”, “saúde corporal” e “vida” ao bem humano básico “vida”.<sup>13</sup> As divergências surgem com a inclusão de bem humano da religião por parte de Finnis e, por seu turno, pela defesa, por parte de Nussbaum, da inclusão do valor do ambiente natural.

Sua lista é aberta no sentido em que pode ser implementada a partir de consideração e necessidades de cada sociedade quanto aos seus mais fundamentais direitos. Sua lista de capacidades, portanto, está sujeita a constantes revisões, inclusive com a eliminação de valores.

Ressalta que os itens da lista devem ser abstratos e gerais, com o objetivo de dar espaço para as atividades de especificação e deliberação de acordo com legislações, tribunais e democracias de cada país. Para ela, dentro de certos parâmetros, é adequado que nações diferentes façam de formas diferentes, levando em consideração suas histórias e circunstâncias especiais. Nesse sentido, Nussbaum parece adotar a ideia de que as capacidades podem ser compreendidas como conceitos controversos, que necessitam de determinação política para implementação.

Com efeito, o que se observa no estudo das teorias em questão é que, para Finnis, existe maior rigidez na construção de uma lista fixa, pois, em que pese afirme o contrário, compreende que qualquer forma de realização de bem de qualquer indivíduo e em qualquer

---

<sup>13</sup> Na conclusão deste estudo, as listas serão comparadas de maneira esquemática para corroborar com essa tese.



sociedade será sempre canalizada para uma ou mais das sete formas por ele selecionadas. A teoria de Nussbaum reforça a construção de uma lista aberta de capacidades básicas, uma vez que a autora admite que sua lista pode sofrer acréscimos e subtrações de acordo com as especificidades dos direitos elementares de cada sociedade.

#### **4.2 Quanto à corrente política**

A teoria finnisiana, especialmente, os seus escritos tardios, foi caracterizada como conservadora no que concerne à sua visão sobre a sociedade (West, 2011). O liberalismo a partir da década de 70 passa a defender a ideia de que nenhuma proposta de fundamentação de direitos pode estar alicerçada em uma concepção particular de vida boa. Em geral, tal ideia se reflete na jurisprudência dos tribunais constitucionais ao redor do mundo. A lista de bens humanos básicos é uma concepção específica do florescimento humano e, portanto, de vida boa. Ademais, robustece o entendimento do conservadorismo marcante da teoria de Finnis, a sua defesa do casamento exclusivamente heterossexual.

A caracterização de Finnis como conservador com relação à vinculação de sua teoria a uma determinada concepção de vida boa não parece ser totalmente adequada, dado que, como já foi demonstrado, há teorias liberais, como de Nussbaum, que buscam defender uma filosofia política e moral com supedâneo em uma ética material de capacidades.

Se há algum modo de delimitar teorias políticas hoje, tal modo, decerto, não pode se basear em questões metodológicas, mas, ao revés, a partir de uma soma de posicionamentos políticos com relação à forma de tratar conflitos sociais. Do ponto de vista conceitual, o liberalismo não precisa, necessariamente, ser tratado como uma teoria neutra ou sem preocupação com o bem comum.

Desse modo, se Finnis é, de fato, um conservador, isto se dá, sobretudo, pela sua defesa do casamento exclusivamente entre casais do mesmo sexo no que concerne à instituição da família. Porém, de toda forma, o conceito de liberalismo ou conservadorismo é, sem dúvida, melhor traduzido a partir da ideia de Wittgenstein (2008, §§66–67) de semelhanças familiares: não há propriedades necessárias e suficientes que definam alguém como conservador, mas, ao contrário, um fio condutor de características mais ou menos aproximadas entre teorias e posicionamentos. A defesa de exclusivamente uma forma de casamento é, sem dúvida, uma dessas características determinantes do posicionamento conservador, pois é uma limitação grave à autodeterminação das pessoas no âmbito da instituição social da família.



### **4.3 Quanto ao método**

Nesse tópico será analisado como cada um dos autores, Finnis e Nussbaum, identifica seus valores básicos, respectivamente os bens humanos básicos e as capacidades. E, outrossim, em que medida tais concepções possuem a pretensão à universalidade.

#### **4.3.1 O método de John Finnis**

Na elaboração de sua teoria, Finnis, conforme já mencionado, não se vale de questões metafísicas ou da vontade de Deus para legitimá-la. Diferentemente, identifica sete bens básicos através de um apelo à razão humana, considerando-os autoevidentes e imprescindíveis àquilo que o autor nomeou de “florescimento humano”.

Finnis refuta os estudiosos que afirmam a inexistência de valores ou princípios práticos relativos a todos os seres humanos. Para estes pesquisadores, nenhum valor ou princípio encontra-se presente em todo o tempo e em todos os lugares. Finnis, por sua vez, afirma que todas as sociedades humanas demonstram preocupação com o valor da vida, da educação, da amizade, do jogo, da religião, da experiência estética e da razoabilidade prática, bem como com os aspectos a eles relacionados:

Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita, em geral, como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida, como em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual, em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas, como também, especulativas ou teóricas. Os serem humanos, que só sobrevivem à infância porque são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores de cooperação do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todos conhecem a amizade. Todos tem alguma concepção de *meum e tuum*, Direito a propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todos valorizam o jogo, sério e formalizado, ou informal e recreativo. Todos tratam o corpo dos membros mortos do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. Todos demonstram interesse por poderes ou princípios que devem ser respeitados por seres sobre-humanos, de uma forma ou de outra, a religião é universal (FINNIS, 2007, p.89).



A preocupação de Finnis está voltada à universalidade dos juízos básicos de valor que se manifestam não apenas em vários requisitos e restrições morais, como também nas muitas formas de cultura, instituições e iniciativas humanas. Tal universalidade e ao mesmo tempo a seleção de uns poucos valores básicos, os quais podem ser compreendidos e realizados através de vasta gama de possibilidades, demonstram e permitem a compreensão da possível e perfeita realização do indivíduo dentro do coletivo e ao mesmo tempo a possibilidade de conformar a ideia do pluralismo da humanidade.

Em que pese a importância da proposta finnisiana no último século, especialmente, do ponto de vista metodológico para o resgate acerca de discussões de ética material no campo da filosofia do direito, a sua versão substantiva do direito natural não convence, em especial, pelo alto grau de intuicionismo em suas assertivas e pela dificuldade em trata com o fato do pluralismo.

Em primeiro lugar, o método de Finnis para a determinação dos bens humanos básicos é extremamente intuicionista, conforme acima salientado. Os bens humanos, segundo Finnis, deveriam ser compreendidos por pessoas com experiência, inteligência e uma capacidade e gosto pela especulação. Porém, dado o apelo ao princípio da autoevidência, nada pode ser dito contra a lista apresentada, pois ela, sem qualquer base empírica, é apresentada como natural. A divergência entre Nussbaum e Finnis com relação à lista de valores fundamentais – inclusão da religião por Finnis e do ambiente natural por Nussbaum – demonstra, claramente, os limites do método finnisiano para identificação dos bens humanos básicos.

Por fim, em virtude da sua lista fechada de bens humanos básicos ser fundamentada da forma intuicionista, conforme já discutido acima, há um grave problema decorrente do seu caráter paroquial e, possivelmente, imperialista. Qualquer teoria baseada na natureza humana gera críticas pertinentes em razão do fato do pluralismo e, por conseguinte, da diversidade de concepções históricas e antropológicas sobre o ser humano, já que, seguindo a argumentação kantiana, tais explicações são necessariamente *a posteriori*. A de Finnis, no entanto, gera ainda mais críticas em razão da pouca base empírica das suas assertivas fundamentais, como, e.g., a questão do casamento.



#### **4.3.2 O método de Martha Nussbaum**

Enquanto Finnis parte de uma verdade de bens em todas as histórias de todas as culturas, apelando para o princípio da autoevidência, Martha Nussbaum reitera a necessidade do debate constante para o contínuo e necessário aprimoramento da lista, rejeitando qualquer tentativa de apelo à autoevidência das capacidades, conquanto aceite um grau mínimo de intuicionismo.

Nussbaum preocupa-se com oportunidades de funcionamento atuais, de modo que sua lista proporcione espaço para que as pessoas persigam outras funções que considere importante. De tal sorte que o consenso transcultural está atrelado a um centro moral, independente de concepções políticas, metafísicas, ética, religiosa etc. Sua lista, portanto, dá vazão às adequações à realidade concreta, considerando crenças e circunstâncias locais.

A autora se preocupa com os debates atuais, em todo o mundo, que estejam voltados à temática das necessidades humanas básicas. Segundo ela: “Mulheres ao redor do mundo estão fazendo propostas críticas em discussões públicas, propostas que englobam as suas demandas radicais por vidas cheias de Dignidade Humana” (Nussbaum, 2003, p. 56). É, portanto, de acordo com o debate a nível global sobre o que é realmente essencial à vida digna do ser humano que sua lista se estrutura e pode ser alterada.

A autora não se utiliza da linguagem de direitos, em que pese inclua muitos dos direitos que são também enfatizados pelo movimento de direitos humanos (tais como liberdades políticas, liberdade de associação etc.). Sua justificativa para tanto é que a linguagem das capacidades dá maior precisão e suplementação para a linguagem dos direitos. Direitos têm sido entendidos de muitas formas diferentes, e difíceis questões teóricas são frequentemente obscurecidas pelo uso dessas linguagens dos direitos, nas quais há um profundo desacordo filosófico (pessoas diferem sobre a base da reivindicação dos direitos, diferem se os direitos são pré-políticos ou artefatos das leis e instituições, também diferem sobre se os direitos pertencem apenas a indivíduos, ou também a grupos, etc.). E, outrossim, a linguagem das capacidades não está fortemente ligada a uma particular tradição cultural e histórica, tal como a linguagem dos direitos, o que concede à teoria de Nussbaum uma forte capacidade universalizadora.

Conquanto Nussbaum reconheça certo grau de intuicionismo em sua lista de capacidades, sua metodologia de discussão pressupõe um maior comprometimento com evidências da experiência e menos dependente de evidências decorrentes da pura reflexão: “Philosophy can offer good guidance to practice, I believe only if it is responsive to experience



... with insufficient experience we do not even know what questions we should be asking.” (Nussbaum, 2000, p. 300). Isto faz com que suas assertivas possuam uma pretensão global, sem deixarem de ser responsáveis pelo caráter histórico de qualquer ética material.

## 5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo apresentar dois modelos de teorias normativas do direito. Teoria normativa do direito consiste em uma teoria preocupada com a discussão acerca do valor fundamental do direito e, ademais, em determinar tal valor com base em discussões acerca do bem. Finnis desenvolve uma teoria normativa do direito a partir do debate acerca dos bens humanos básicos, enquanto Nussbaum o faz com base na ideia de capacidades.

Para uma aferição comparativa entre as propostas de ambos os filósofos, o quadro a seguir apresenta a lista de bens humanos básicos e capacidades de maneira a facilitar o cotejo. As listas são coincidentes e encontram maior ou menor abrangência. Com o objetivo de facilitar a retomada das ideias discutidas ao longo do artigo quanto a cada valor básico e para a melhor compreensão da abrangência de um valor sobre outros, bem como evitar repetições, será mantida a sequência numérica correspondente a cada um dos termos, conforme utilizada.

BENS HUMANOS BÁSICOS – revisada – (John Finnis)	CAPACIDADES (Martha Nussbaum)
1. Vida corporal	1. Vida
	2. Saúde corporal
	3. Integridade física
2. Amizade/sociabilidade	7. Afiliação
	5. Emoções
3. Casamento	Sem correspondência
4. Jogo/experiência estética	9. Lazer ou jogo
5. Educação/ conhecimento	4. Sentido, imaginação e pensamento;
	10. Controle sobre o ambiente
6. Religião	Sem correspondência
7. Razoabilidade prática	6. Razoabilidade prática





Sem correspondência	8. Outras espécies
---------------------	--------------------

Como se pode ver, a quase totalidade de uma lista está contida na outra, com exceção da preocupação de Nussbaum com o ambiente natural e a de Finnis com o transcendente e sua específica visão quanto ao casamento. A dificuldade maior não é propor uma lista, mas, sim, determinar o conteúdo de cada um dos valores fundamentais para o ser humano, dado que, para sua determinação, há fatores empíricos que condicionam qualquer conclusão no campo da moral e política.

Um importante resultado deste estudo consiste em demonstrar que há teorias liberais, como a de Nussbaum, que se pautam em uma determinada, mesmo que mínima, concepção particular de vida. Isto acaba por refutar um dogma do liberalismo dos anos 70, que afirma a impossibilidade de fundamentar uma teoria liberal alicerçada em uma determinada concepção de bem. Outra pergunta, que ainda precisa permanecer em aberto, é se tal fundamentação liberal de uma ética social e material pode ser considerada bem-sucedida.

No que concerne ao método para determinação da lista de valores fundamentais, observa-se que a proposta de Nussbaum se apresenta como mais adequada em razão da sua maior preocupação com evidências empíricas para basear as suas afirmações, dado o apelo constante de Finnis ao princípio da autoevidência.

## **REFERÊNCIAS**

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZUNIGA ANAZCO, Yanira. Ciudadanía y género: representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo. **Revista de Derecho Universidad Católica del Norte**. Vol.17, n.2, pp.133-163, 2010.

DUKE, George. Finnis on the Authority of Law and the Common Good. **Legal Theory**. Vol. 19, pp. 44–62, 2013.

ELEFThERIADIS, Pavlos. Descriptive Jurisprudence. **Problema**. N. 5, pp. 117–145, 2011.

FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.



\_\_\_\_\_. **Natural Law and Natural Rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FORST, Rainer. **Justificación y Crítica**. Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

GRISEZ, Germain. **O primeiro princípio da razão prática**. Trad. de Jose Reinaldo de Lima Lopes. Revista Direito GV. v. 3 n. 2. pp. 179 – 218, 2007.

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NAHRA, Cinara. Os novos filósofos da lei natural e a visão Cristã sobre a homossexualidade. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**. Rio Grande do Norte. Vol. 1, n. 01. Disponível em: <[http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art05\\_nahra.pdf](http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v01n01art05_nahra.pdf)>. Acesso em: 27 jul. 2017.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**; tradução de Suzana de Castro – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades**; tradução Fernando Santos – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

\_\_\_\_\_. Development and Human Capabilities: The Contribution of a Philosophical Theory of Justice. **Hypatia**, vol. 24, n.º.3 (Summer, 2009), pp. 211–215. 2009.

\_\_\_\_\_. Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice. **Feminist Economics**. England & Wales. Volume 9 - Issue 2-3, pp. 33 – 59, 2003.

\_\_\_\_\_. **Women and Human Development**. New York: Cambridge, 2000.

PFORDTEN, Dietmar von. **Rechtsethik**. 2. Auflage. Munique: Beck, 2011.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). **Human Development Report**: 2000. New York. Oxford University Press 2000. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2000.html>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Scheler, Max. **Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik**. Halle: Max Niemeyer, 1916.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

WEST, Robin. **Normative Jurisprudence: na introduction**. Cambridge: Cambridge, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. de Marcos Montagnoli. 5. ed. Braganca Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008.