

# **JUSNATURALISMO CLÁSSICO E JUSNATURALISMO RACIONALISTA: ASPECTOS DESTACADOS PARA ACADÊMICOS DO CURSO DE DIREITO\***

## **CLASSIC NATURAL LAW AND RATIONAL NATURAL LAW: SELECTED ASPECTS FOR LAW STUDENTS**

**Adelângela de Arruda Moura Steudel<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Autor para contato: Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Departamento de Direito do Estado, Ponta Grossa, PR, Brasil; (42) 8403-6905; e-mail: steudel@uepg.br

*Recibo para publicação em: 10/08/06*

*Aceito para publicação em: 20/10/06*

### **RESUMO**

Direito natural é um tema recorrente na história e na filosofia do direito. O pensamento clássico caracteriza-se por dar-lhe fundamento cosmológico ou divino e conteúdo objetivo, referido à lei e não ao direito subjetivo. O século XVII marca o aparecimento de uma nova visão de direito natural, agora fundado na razão humana, convertendo-se numa teoria de direitos subjetivos. Essa concepção inovadora inspira revoluções, as modernas declarações de direitos e influencia decisivamente a teoria política e as modernas Constituições ocidentais. Ambas as versões da idéia de direito natural sofreram críticas, que vão desde a vagueza de conteúdo até a falta de sentido histórico concreto e a impossibilidade da construção de uma ciência jurídica sobre bases ideológicas. Entretanto, a idéia de direito natural nunca foi abandonada; revive com a resistência ao formalismo e o perene anseio por justiça.

Palavras-chave: direito natural, filosofia do direito, fundamento do direito, jus-naturalismo

### **ABSTRACT**

Natural right is a recurrent subject in the history and philosophy of law. The classic thought is characterized by giving it cosmological or divine bedding and objective content, related to the law and not to the subjective right. In the seventeenth century there appears a new view on the subject of natural right, now based on human reason, being converted into a theory of subjective rights. This innovative concept inspires revolutions and the modern bills of rights, and decisively influences the western political theory and Constitutions. Both versions of the idea of natural law have been subject to criticism, which ranges from the indefiniteness of content to the absence of concrete historical meaning to the impossibility to construct a legal science on ideological bases. However, the idea of natural right has never been

abandoned; it is reborn with the resistance to formalism and the perennial yearning for justice.

Key words: natural right, legal philosophy, bases of law, natural rights theory

## 1. Introdução

Direito natural é uma noção apriorística. A justificação do conceito, entretanto, pode ser diversa. Pergunte-se a qualquer pessoa: - Que entende você por *direito natural*? A resposta será, aproximadamente, algo que tem a ver com alguma das variegadas noções expostas pelo pensamento filosófico.

O acadêmico de direito, iniciado na linguagem jurídica e afeito ao sentido subjetivo da expressão, provavelmente dirá: - *É o que corresponde à dignidade humana*. Ou: - *É o direito que me cabe pelo simples fato de ser homem, independentemente de constar ou não das leis*. A dona-de-casa ou o pai-de-família, dirão, com toda probabilidade: - *É aquilo que é de justiça*. Ou: - *É o direito de todas as pessoas*. O religioso dirá: - *É dom de Deus para o gênero humano*.

Com efeito, em todos os tempos o homem sempre procurou conceber uma ordem normativa mais elevada, mais justa, um modelo referencial para o direito positivo.

No entanto, nas numerosas concepções que surgiram ao longo da história, às vezes díspares e mesmo contraditórias, podem-se identificar pontos comuns que autorizam classificá-las em dois “grandes grupos”, advertindo para o risco que representa toda generalização. Apertando o tempo e as idéias em breves linhas, é objetivo destas considerações apresentar o Jusnaturalismo aos neófitos.

Adota-se, para tanto, lição de Antonio Fernández-Galiano:

... entende-se por jusnaturalismo toda postura que afirme a existência, para além e acima do direito positivo, de uma ordem preceptiva de caráter objetivo, imutável e derivada da natureza, a qual não

podem contrariar os mandamentos dos homens e na qual encontra esse direito humano sua fonte e fundamento.<sup>1</sup>

## 2. Direito Natural Clássico

Entre os escritos antigos, talvez a primeira manifestação da idéia de direito natural encontre-se na peça teatral de Sófocles, - Antígona -, na qual a protagonista invoca leis divinas eternas para justificar a desobediência à ordem real, o que demonstra a presença da idéia para além dos círculos da filosofia. Melhor é procurá-la nos filósofos gregos, que muitos fizeram menção à primazia do direito natural sobre o direito positivo.

A riqueza do pensamento helênico antigo nesse tema não pode ser homogeneizada, mas é possível apontar o entendimento compartilhado de que tanto a natureza física como a natureza social são regidas por leis eternas e universais. O universo não é um caos, é um cosmos ordenado, e aí vai alguma idéia de determinismo.

Exemplo dessa concepção foi Heráclito, para quem o universo seria governado por uma lei divina, comum a todos, que se estenderia até a vida humana em sociedade<sup>2</sup>. Essa concepção é algo conservadora. Veja-se que Heráclito era um aristocrata e assim era natural que pensasse estarem as leis divinas encarnadas nas leis humanas.

Essa visão cosmológica não foi muito diferente nos demais filósofos; quase todos entendiam que as leis da *polis*, embora passíveis de correções, eram fundamentalmente justas.

Assim, numa circunstância social em que havia

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. El iusnaturalismo. In: \_\_\_\_\_: CASTRO CID, Benito de. *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*. p. 419-420. (tradução livre)

<sup>2</sup> “Porque todas las leyes humanas se alimentan de la ley única divina, la cual manda tanto cuanto quiere, y basta a todo y es superior a todo.” Heráclito, fragmento 114, cf. FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 403.

muito orgulho e confiança nas instituições gregas, os filósofos sofistas, na sua maioria estrangeiros, causaram um escândalo, porque mostraram, com todas as letras, as injustiças substanciais das leis gregas e sua serventia para os interesses dominantes<sup>3</sup>.

Os sofistas foram os primeiros a estabelecer não só a distinção como também a oposição entre direito natural e direito positivo e agora vemos a face revolucionária da idéia de direito natural. É interessante observar que, através dos tempos, idéias de direito natural serão expostas ora com uma ou outra face: às vezes se invoca o direito natural para manter o *status quo*, às vezes para postular a alteração da ordem vigente. Sócrates foi contemporâneo dos sofistas e deles divergiu, não só em função de uma visão mais otimista do Estado<sup>4</sup> como também quanto ao uso da idéia de lei natural: os sofistas opunham a lei natural para combater a lei positiva; para Sócrates, as leis positivas efetivamente traduziam um conjunto de valores impostos pela divindade.

Platão (A República) e Aristóteles (Ética a Nicômaco), sem embargo de suas diferentes posições perante o universo e a vida, podem ser mencionados juntos. Ambos usaram, aproximadamente, a mesma distinção entre o que é *justo por natureza* e o que é *justo por convenção*, ou *por lei*, ainda que Platão não tenha sido tão explícito. Para Aristóteles, há um direito (positivo) que muda da Grécia para a Pérsia, mas o direito natural é como o fogo, que em toda parte queima da mesma maneira<sup>5</sup>.

A filosofia estoíca, fundada por Zenão, marca o abandono da filosofia metafísica que imperou entre os gregos até Aristóteles, voltando-se para intensas preocupações práticas, ou seja, éticas<sup>6</sup>. Os estoícos identificavam a lei da natureza à lei da reta razão: sendo racional, o homem deve viver de acordo com a lei da natureza, a sua razão natural lhe dá a noção do justo e do injusto, o faz reconhecer as leis naturais. Só haverá justiça quando a vontade humana se dirigir para os fins da natureza, que são naturalmente bons e justos. Assim, o verdadeiro direito não é aquele que se fundamenta em vontades arbitrárias, mas sobre as idéias

morais inatas ao homem.

O pensamento estoíco teve grande influência em Roma, por várias razões. Roma surgiu no auge do estoicismo entre os gregos e a filosofia estoíca era a mais atrativa para o pragmatismo romano, oferecendo soluções práticas para a vida; ademais, o cosmopolitismo, que era um traço característico do estoicismo, casava-se bem com a concepção romana do Império, entendendo-se já os homens como “cidadãos de um Estado universal”<sup>7</sup>.

Em alguns autores encontra-se mesmo a afirmação de que o estoicismo teve maior florescimento entre os romanos do que entre os gregos. Senadores romanos, como Sêneca e Cícero, e até imperadores como Justiniano e mais tarde Marco Aurélio, aderiram à ética do estoicismo, que ensina que o dever dos homens é seguir a reta razão, o que equivale dizer, à justa razão, que a razão natural não ensina a injustiça.

Em Cícero (*De re publica*) e em Justiniano (*Institutas*), está a idéia de que todos os povos são regidos em parte pelas leis e costumes próprios e em parte por um direito comum a todos. Esse direito comum seria aquele que a razão natural constitui entre os homens<sup>8</sup>.

Assim, há o *jus civile*, o direito próprio do Estado Romano, aplicado aos cidadãos romanos, que gozavam do *status civitatis*, e o *jus gentium*, o direito das gentes, destinado aos estrangeiros e plebeus, o direito comum a todos os homens, algo de tão incontestavelmente (naturalmente) exigível que nem aos estrangeiros poderia ser negado.

Dois trechos ciceronianos são notáveis. O primeiro assemelha-se à distinção aristotélica, o segundo capta o inatismo estoíco das idéias morais:

Há uma lei verdadeira que consiste na reta razão, conforme a natureza, universal, imutável e eterna, que com seus mandamentos chama ao cumprimento da obrigação e dissuade do mal com suas proibições... Esta lei não pode anular-se nem ser derogada no todo ou em parte, e nem sequer pela autoridade do senado ou do povo podemos

<sup>3</sup> Id. Ibid. p. 405.

<sup>4</sup> Para os sofistas o Estado era um artifício destinado à dominação. Sócrates o entendia como uma realidade natural e não arbitrária.

<sup>5</sup> ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Fundamentos aristotélicos do direito natural**. p. 38.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 413.

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 416.

<sup>8</sup> MONTORO, Franco. **Introdução à ciência do direito**. p. 258.

ser dela dispensados, a qual não necessita de glosador ou intérprete. Não é uma lei diferente em Roma e em Atenas, nem é uma agora e outra depois, senão que a mesma norma eterna e imutável regirá para todos e em qualquer tempo... [...]

Esta não é uma lei escrita, senão inata, já que não a aprendemos, nem nos submetemos a ela por nossa vontade, nem a escolhemos entre várias, senão que a temos obtido da própria natureza, de onde a tiramos ou extraímos; não temos sido educados e instruídos nela, senão nela criados e imersos.<sup>9</sup>

O longo período de desenvolvimento das idéias de direito natural recebeu o contributo do cristianismo, na Idade Média. Apesar das distinções pontuais entre os representantes da patrística e da escolástica<sup>10</sup> pode-se dizer que nos dois períodos imperou a idéia de direito natural de conteúdo teológico, fundada na inteligência e na vontade divina, isto porque, por maior que fosse, na escolástica, o esforço para emancipar o pensamento da religião, esse desiderato era praticamente inviável, dado que as Sagradas Escrituras eram um ponto de partida indiscutível.

Tanto em Santo Agostinho como em Santo Tomás de Aquino aparece a trilogia que remonta ao estoicismo; o estoicismo distinguia lei universal, lei natural e lei humana, isto é, respectivamente, a ordem do universo, a ordem que diz respeito às exigências da reta razão humana e a lei positiva<sup>11</sup>.

Para aqueles pensadores cristãos a trilogia se põe assim: em primeiro lugar está a *lei eterna*, expressão da razão divina que governa o universo; a *lei natural*, parte da lei eterna, é a lei da natureza humana, conhecida racionalmente pelo homem; a *lei positiva* ou *lei humana* é obra do legislador humano e deve ser conforme a lei natural e, portanto, a lei eterna. As duas primeiras são imutáveis e as últimas variáveis, segundo as exigências circunstanciais, desde que respeitados os

*primeiros princípios* (por exemplo: o bem deve ser feito e o mal evitado, dar a cada um o que é seu, a ninguém lesar)<sup>12</sup>.

É tarefa inglória resumir incontáveis páginas de geniais pensadores. Todavia, é possível apontar seus aspectos relevantes. Primeiro: o fundamento do direito natural em todo o classicismo é, inicialmente, cosmológico, e depois teológico. Um princípio ordenador ínsito na natureza, adiante um ente divino, agora um Deus criador: o direito natural é dado aos homens, é dom desse *logos* ou *ser* universal e eterno.

Demais disso, o pensamento clássico é *objetivista*, é referido à *lei* e não ao *direito subjetivo*. O direito natural é *dever-ser* conforme a lei natural, é concebido como um conjunto princípios morais, enuncia deveres, os direitos (subjetivos) apenas deles derivam. A lei está em primeiro lugar, ela pré-existe.

Segundo Maria Helena Diniz, do princípio fundamental de que o bem deve ser feito deduzem-se, na formulação escolástica:

a) deveres do homem para consigo mesmo, como “o homem deve conservar-se, deve perseverar no ser, não deve destruir-se”; b) deveres do homem para com o primeiro grupo social dentro do qual vive, isto é, para com a família: “o homem deve unir-se a uma mulher, procriar e educar seus filhos”; c) dever de respeitar sua racionalidade, ou seja, sua inteligência: “o homem deve procurar a verdade”, isto é deve buscar o conhecimento da realidade; d) deveres do homem para com a sociedade: “o homem deve praticar a justiça, dando a cada um o que é seu”; “o homem não deve lesar o próximo”.<sup>13</sup>

Esses enunciados normativos a que os jusnaturalistas clássicos chamam de primeiros princípios de direito natural seriam imutáveis porque universais, correspondentes ao senso comum sobre o conteúdo do direito natural, e as leis humanas devem ser aplicações

<sup>9</sup> O primeiro trecho é da obra *De re publica*, o segundo do discurso *pro Milone*. Tradução livre de FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 419-420.

<sup>10</sup> Para efeito de estudos filosóficos e jurídicos costuma-se dividir a Idade Média em dois períodos: o da patrística (vem de padre), - integrado pelos primeiros pensadores cristãos, como São Paulo Apóstolo e Santo Agostinho -, e o da escolástica, reunindo filósofos e teólogos que buscam fundamentar-se mais na razão do que na fé.

<sup>11</sup> O parentesco é longínquo em função de que no estoicismo era desconhecida a noção de um Deus (ente) criador e ordenador. FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 432.

<sup>12</sup> MONTORO, Franco. Op. cit., p. 261.

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. 37.

desses princípios no campo da vida prática.

Vinte séculos em algumas linhas e eis aí o jusnaturalismo chamado *clássico*, como toda criação intelectual que teve existência anteriormente ao Renascimento.

### 3. Direito Natural Racionalista

A partir do século XVII passa-se a ter uma concepção inovadora de direito natural, que ficou conhecida como Doutrina do Direito Natural Racionalista ou do Direito Natural Abstrato, que afasta o vínculo teológico e procura o fundamento de validade do direito natural na própria razão humana. É significativa para a compreensão dessa nova visão a célebre afirmação de Hugo Grócio, de que o direito natural existe, mesmo que, por absurdo que seja, se admita que Deus não existe.

Nas palavras de Fernández Galiano:

Dios ya no es la fuente de toda moral y todo derecho, sino que ambos ordenamientos radican de modo primario en la naturaleza racional del hombre; es en la razón humana donde hay que buscar el fundamento de la norma, y esa razón natural es autónoma respecto de todo, incluso de Dios.<sup>14</sup>

É o antropocentrismo, ou o “giro copernicano”<sup>15</sup> que caracteriza o Século da Luzes. Não mais existem as condições que na Idade Média praticamente impunham a fé (religiosa) como base do conhecimento. Já não é da idéia de um Criador supremo que decorre a lei justa ou a ordem justa, mas ela será justa quando e porque ditada pela razão humana; agora o homem é o centro do universo<sup>16</sup>.

O que preside essa diversa concepção é a influ-

ência do racionalismo, em voga na Renascença, entendendo-se por racionalismo toda idéia que coloque a função da razão, do entendimento de que o ser humano é capaz, “acima de qualquer outra potência ou atividade”<sup>17</sup>.

Entre os novos jusnaturalistas existem distinções sensíveis no modo de ver o homem e a sociedade. O que os reúne sob a denominação comum de Escola do Direito Natural é a idéia de que o direito natural pode ser deduzido apenas da razão. Ainda é a natureza, mas já não entendida como cosmologia metafísica e sim natureza racional do homem social.

Como sublinha Manuel Segura Ortega, apesar das divergências é possível designar as várias correntes de pensamento como uma escola unitária e homogênea em virtude de que todas comungam da “construção de uma ética racional, definitivamente desprendida da teologia e capaz por si só de garantir a universalidade dos princípios da conduta humana”<sup>18</sup>.

Ademais, segundo o mesmo autor, de modo geral e não obstante a predominância de algumas das doutrinas radicadas nessa nova visão, o jusnaturalismo racionalista “aportou uma nova visão – revolucionária em seu momento – que abre definitivamente o caminho até a modernidade”<sup>19</sup>.

Apesar as diferenças, em geral são todos contratualistas:

De uma forma ou de outra, no entanto, o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de constituir por si mesmo a regra de sua conduta. É por isso que surge, desde logo, a *idéia de contrato*. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras deli-

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 419-472.

<sup>15</sup> [...] “... ainda que só o seja pela razão óbvia de que o próprio Copérnico foi renascentista”. Id. Ibid. p. 459.

<sup>16</sup> “A Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo distingue-se da concepção clássica do Direito Natural aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a lei para depois se pôr o problema do agir segundo a lei, para aquela corrente põe-se primeiro o indivíduo com o seu poder de agir, para depois se pôr a lei. Para o homem do Renascimento o dado primordial é o indivíduo, como ser capaz de pensar e de agir. Em primeiro lugar, está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. *É da auto-consciência do indivíduo que vai resultar a lei*” REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. p. 645-646.

<sup>17</sup> A expressão é de Antonio Fernández-Galiano. Op. cit., p. 469.

<sup>18</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolff.

<sup>19</sup> Id. Ibid. p. 228.

mitadoras dos arbítrios.<sup>20</sup>

A mesma lição, em outras palavras, que destacam a premência do combate ao Estado absoluto:

[...] “las teorías contratualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad democrática en los siglos XVII y XVIII, que explique el origen y fundamento de la sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad, encarnado en las teorías del contrato social, será el principio de legitimidad democrática, ya que explica el origen de la sociedad en un pacto entre individuos libres e iguales y fundamenta la legitimidad de los gobiernos en el consentimiento de los gobernados.”<sup>21</sup>

O pensamento jusnatural e contratual do Iluminismo formulou esta regra primária da relação entre o Estado e o cidadão e da convivência civil entre maioria e minoria, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado.<sup>22</sup>

E a diferença fundamental entre os jusnaturalistas racionalistas consiste em que, entre alguns, o contratualismo assumiu uma feição pessimista. Assim em Hobbes, para quem o homem é um ser originariamente anti-social, individualista e egoísta, preocupado apenas com os próprios interesses e compelido a viver em sociedade para prevenir a violência. Rousseau, otimista, crê no homem primitivamente bom, corrompido pela sociedade que implantou um contrato leonino e ansioso por um contrato racional e igualitário<sup>23</sup>.

Fernández García<sup>24</sup> destaca como maior inovação da Escola do Direito Natural Racional não tanto o fundar o direito natural na razão, como a questão do *método*, isto é, à maneira das ciências físico-naturais que estavam então em franco desenvolvimento, especialmente a matemática, o jusnaturalismo racionalista incorpora o *more geométrico*, o pensamento orientado por uma construção sistemática, na qual de princípios fundamentais, tidos por evidentes à razão, é possível deduzir normas cada vez mais particulares, até formar um sistema jurídico completo.

Aliás, essa seria a contribuição do jusnaturalismo, especialmente através do pensamento de Samuel Pufendorf (*De iure naturae et gentium: libri octo*) e de Christian Wolff (*Institutiones juris naturae et gentium*), para a idéia de ciência do direito que viria a caracterizar o próprio positivismo, porque, ao mostrar o direito natural como um sistema, o jusnaturalismo racionalista mostrou que também o direito positivo guardava uma *sistematicidade* intrínseca, que podia e devia ser visto como um corpo articulado, cumprindo-se, assim uma das exigências para que o Direito alcançasse dignidade científica<sup>25</sup>.

Reserva-se especial referência a Christian Thomasius<sup>26</sup>, considerado original dentre os jusnaturalistas, por haver destruído “a metafísica do Direito natural racionalista”, enquanto suas idéias sobre o direito natural foram dirigidas à ação, “a busca de uma finalidade prática de transformação da realidade”<sup>27</sup>.

Um dos escopos do jusnaturalismo racionalista era perseguir a independência, a autonomia do Direito em face da Moral, entendida como ética subjetiva, in-

<sup>20</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 646.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales. Apud SEGURA ORTEGA, Manuel. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolff. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **Historia de los derechos fundamentales**. p. 227.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. Para uma teoria geral do garantismo. In: **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 690.

<sup>23</sup> REALE, Miguel. Op. cit., p. 647.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In: \_\_\_\_\_; PECES-BARBA, Gregorio(org.). **História de los derechos fundamentales**. p. 576-577.

<sup>25</sup> Ver, por todos, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. p. 66-69. “A *Ciência do Direito*, nos quadros do jusnaturalismo, se de um lado quebra o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático fundado na *autoridade* dos textos romanos, não rompe, de outro, com o caráter dogmático, que tentou aperfeiçoar, ao dar-lhe a qualidade de *sistema*, que se constrói a partir de premissas cuja validade repousa na sua generalidade racional. A teoria jurídica passa a ser um *construído sistemático* da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade. Duas contribuições importantes, portanto: a) o método sistemático conforme o rigor lógico da dedução; b) o sentido crítico-avaliativo do direito posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão.” Id. **A ciência do direito**. p. 26.

<sup>26</sup> Licença à articulista, que praticou o latim em transcrições de trechos de *Fundamenta juris naturae et gentium* e ali aprendeu a admirar o espírito desassombrado de Thomasius.

<sup>27</sup> Cf. SEGURA ORTEGA, Manuel. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolff. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio; PECES-BARBA, Gregorio (org.). **Historia de los derechos fundamentales**. p. 235.

dividual. Em sua obra *Fundamentos de direito natural e das gentes*, Thomasius propõe o que parece ser a primeira distinção sistemática entre Direito e Moral, através do critério do foro, que pode ser interno ou externo.

O foro interno é o lugar do julgamento da consciência, enquanto que o foro externo é representativo do Direito. O Direito deve cuidar apenas das ações humanas exteriorizadas. Evidentemente, essa distinção teve enorme repercussão para a reivindicação da liberdade de pensamento, numa época em que não só a Igreja, mas o próprio Estado, se atribuíam a prerrogativa de impor determinada crença, punindo não só o culto diverso (manifestação externa da crença), como a presumida consciência religiosa contrária.

Estabelecida a distinção, daí resulta que *cogitationis poenam nemo patitur*, ninguém pode ser punido pelo simples ato de pensar.

Posteriormente à exigência de liberdade de consciência, seguem-se as demandas por outras liberdades civis, decorrentes das transformações sociais que caracterizaram o trânsito para a modernidade.

Para efeito de comparação com o direito natural clássico, lembra-se um elenco nuclear do conteúdo do direito natural racional<sup>28</sup>: a) direito de pactuar livremente; b) direito de auto-conservação e liberdade física; c) direito ao trabalho e à propriedade privada; d) direito à defesa da própria vida e dos bens; e) liberdade e igualdade política.

Como se vê, agora já se está falando de direito natural em sentido subjetivo, não mais como lei. Para Fernández García<sup>29</sup>, o direito natural racionalista converte-se em uma teoria dos direitos subjetivos, os direitos naturais são obtidos do Direito Natural e o novo prisma trará a inspiração revolucionária e o fundamento teórico das modernas Declarações de Direitos<sup>30</sup>.

Percepção semelhante é a de Maria Helena Diniz<sup>31</sup>:

O direito natural tornou-se subjetivo enquanto radicado na regulação do sujeito humano, individualmente considerado, cuja vontade cada vez mais assume o sentido de vontade subjetiva e absolutamente autônoma. Nesta concepção jusnaturalista a natureza do homem é uma realidade imutável e abstrata, por ser-lhe a forma inata, independente das variações materiais da conduta.

Não obstante, há quem relativize a importância dessa nova concepção que mudou o mundo. Para Bobbio, tudo é questão de ponto de vista, um é o ângulo dos governantes (*ex parte principis*), outro é o ângulo dos governados (*ex parte populi*). O jusnaturalismo racionalista privilegia o segundo:

Se a afirmação do direito precede temporalmente a do dever ou se ocorre o contrário, eis um puro evento histórico, ou seja, uma questão de fato: [...] É absolutamente indiferente, com relação à substância do problema, que comecemos pelas obrigações de uns ou pelos direitos dos outros.<sup>32</sup>

Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos.<sup>33</sup>

Malgrado essas observações e abstraindo peculiaridades de cada Estado, entende-se que os fatos históricos possibilitaram ao jusnaturalismo racionalista dar o passo decisivo da idéia de direito natural objetivo para a concepção de direitos naturais subjetivos. E essa concepção, por sua vez, muda a história, até porque liberdade, igualdade e propriedade são valores caros à burguesia e ao Estado liberal nascente.

Resumindo: em todas as revoluções modernas e nas declarações de direitos está presente a idéia de

<sup>28</sup> Cf. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 42.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. Op. cit., p. 581-582.

<sup>30</sup> A propósito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798: *Talvez a primeira característica deste texto é que se trata de uma declaração e que, portanto, se trata de um instrumento jurídico-político que não cria "direitos", senão que os reconhece. Isso significa que para os parlamentares franceses de 1789 os direitos humanos são anteriores à lei humanae devem ser solenemente declarados por causa da ignorância, do esquecimento ou do desprezo a que se vêm submetidos.*Cf. LOPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía de los derechos humanos*. In: **Filosofía del Derecho (I)**. p. 217.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 38.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 9.

<sup>33</sup> Id. Ibid. p. 32.

que o homem e não o Estado está em primeiro lugar, a convicção de que o homem tem direitos naturais, em sentido subjetivo, que limitam a ação do Estado, que devem ser respeitados pelo direito positivo. O ideário jusnaturalista passa também a permear as Constituições dos Estados Ocidentais.

O direito natural racionalista tem, assim, decisivo papel na “cultura dos direitos humanos”, mediante uma linguagem que sobreleva o referente individual em face do sistema normativo:

El sujeto y su protección es núcleo central necesario para la comprensión del problema y el elemento unificador último, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de derechos humanos.<sup>34</sup>

Perez Luño<sup>35</sup> destaca, igualmente, esse aporte do jusnaturalismo à reivindicação dos direitos humanos:

La concepción subjetivista, entendida como autoconsciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos.

#### 4. Críticas ao “Jusnaturalismos”

Embora o tema do direito natural seja recorrente no pensamento jurídico contemporâneo, encontrando-se ainda as duas formulações, clássica e racionalista, ambas enfrentaram duras críticas.

À doutrina clássica se opôs, comumente, a vagueza de seus conteúdos principiológicos. Por exemplo: o que significa, exatamente, o preceito *dar a cada*

*um o que é seu*? Os que fazem objeção ao direito natural da versão tradicional dizem que a questão de determinar o que é e como é essa justa proporção estabelecida “pela natureza das coisas” o jusnaturalismo não esclarece, e que só o positivismo, com suas experiências concretas, é que pode responder à pergunta.

Outro exemplo é dado por Fernández-Galiano<sup>36</sup>:

[...] existe um preceito de direito natural que proíbe fazer dano a outrem; mas na vida real esse “fazer dano a outrem” se manifesta em múltiplos casos e situações diferentes que exigem também soluções distintas: pode considerar-se juridicamente igual o dano produzido nos bens de uma pessoa ou o ocasionado sobre ela mesma? cabe tratar do mesmo modo o dano causado por simples imprudência que o produzido por uma vontade intencional? Para atender essas circunstâncias individualizadas dos casos concretos é que se requer a existência dos preceitos positivos.

Ao jusnaturalismo clássico a grande objeção é a de que lhe falta sentido histórico concreto, considerando que toda teoria há de ter confirmação na experiência. No dizer do positivismo jurídico, a história nos mostra que o direito positivo é profundamente variável e assim o “modelo completo de direito natural” é uma “duplicação inútil”<sup>37</sup> do ordenamento jurídico, concebendo-o como uma esfera ideal acima dos vários ordenamentos reais, que, na prática, não seguem efetivamente o modelo.

Na mesma esteira, a contundente afirmação de Bobbio:

Do ponto de vista de um ordenamento jurídico, os chamados direitos naturais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado

<sup>34</sup> PECES-BARBA, Gregorio Martínez. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 23.

<sup>35</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. La fundamentación de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_ **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p. 145.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Op. cit., p. 386. Tradução livre.

<sup>37</sup> Essa pecha de *duplicação inútil* encontra importante réplica: *O argumento seria certamente admissível se, efetivamente, ambos os direitos incidissem a sua vez e com o mesmo conteúdo sobre a atividade humana; mas não é esse o sentido da tese jusnaturalista, para a qual a coexistência de um e de outro ordenamento é perfeitamente possível tendo em conta que os preceitos de direito natural contêm uma regulação de caráter abstrato, generalizado, enquanto que as normas do direito positivo se manifestam de modo mais concreto, podendo atender*

– por essa maior concreção

– a aspectos determinados de cada sociedade e de cada momento histórico. FERNÁNDEZ-GALIANO. Op. cit., p. 385.

por um diferente modo de produção das normas. Também a passagem de um ordenamento para outro é uma passagem que ocorre num determinado contexto social, não sendo de nenhum modo predeterminada.<sup>38</sup>

Outra ordem de crítica é a que aponta a impossibilidade de se construir e fundamentar a ciência do direito sobre a base do direito natural:

Malgrado a antigüidade de sua imponente tradição, a teoria do direito natural jamais pôde proporcionar um fundamento suficiente à ciência do direito. Trata-se, mesmo, com o jusnaturalismo, “de la actitud pre-científica em el campo del conocimiento jurídico”, como assinala COSSIO.<sup>39</sup>

Nesse mesmo sentido as observações de Ferrajoli:

O vício ideológico, além de metafísico, do jusnaturalismo, foi a idéia de um direito natural como entidade ontológica, no lugar de puramente ideológica. Obviamente o “direito” e os “direitos naturais” não existem: não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico.<sup>40</sup>

Em síntese: atitude científica é aquela que enfrenta o direito tal qual é e não como deveria ser, como direito positivo e não como ilusão de um direito-sem-pre-justo. O ideal valorativo jusnaturalista é incompatível com a neutralidade axiológica da ciência do direito, é apenas uma ideologia<sup>41</sup>.

Aponta-se, ainda, no jusnaturalismo racionalista uma contradição insolúvel: ainda que faça profissão de fé na *existência* do direito natural, admite e mesmo postula sua positivação, para maior eficácia e con-

creção<sup>42</sup>.

Por fim, muitos autores, a exemplo de Lopez Calera, acentuam que a positivação dos “direitos naturais” acarreta sua banalização, por assim dizer, pois: “Uma vez incorporados a um sistema jurídico, o que foi certamente um enorme progresso histórico, perdem importância os debates sobre sua conceituação e fundamentação”<sup>43</sup>.

Seguindo o fio da história, é de praxe, nos cursos de graduação em direito, em seguida à abordagem do jusnaturalismo, engatar o posterior desenvolvimento da Escola da Exegese, positivista e legalista, a primeira vista oposta a toda idéia de direito natural.

Nesse momento, é de se esclarecer que essa oposição é apenas aparente. Ao menos no início, o exegetismo não foi a negação do direito natural racionalista, mas, paradoxalmente, uma consequência dele, porque o Código Civil de Napoleão, de 1804, foi elaborado sob inspiração jusnaturalista. Uma vez elaborado o código, segundo o *more geométrico* racionalista, tem-se a impressão de que o direito natural desceu do céu à terra, encarnou-se em direito positivo. Agora, para conhecer o direito, basta conhecer a lei positiva, fazer a exegese do texto legal.

Todavia, o jusnaturalismo não morreu quando os exegetas esqueceram de suas origens, nem com a profusão de “escolas” que se seguiram. Está fadado a um eterno retorno, pois:

A busca do direito natural e de seu fundamento é a procura do permanente, do universal e do comum a todos os homens na definição do direito. Se o direito positivo se define pela sua mutabilidade, sua regionalidade, sua circunstancialidade, sua especialidade, a busca do direito natural expressa a angústia do homem num mundo em que tudo, sendo positivo, é relativo.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 80.

<sup>39</sup> MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. p. 18.

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 707.

<sup>41</sup> MACHADO NETO, A. L.. Ibid. p. 19.

<sup>42</sup> Assim em PECES-BARBA, Gregorio Martínez: *É evidente que se trata de uma contradição difícil de salvar teoricamente, a defesa ao mesmo tempo dos direitos naturais e de sua positivação, e inclusive encontramos textos e declarações que o abordam, como expressão do poder constituinte que não pode, por conseguinte, ser modificado pela autoridade legislativa ou pela Assembléia, ... já que ambas se constituem de acordo com esses princípios, com o fim de mantê-los*. Op. cit., p. 156. Ver também nota 37.

<sup>43</sup> LOPEZ CALERA, Nicolás María. Op. cit., p. 216.

<sup>44</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. p. 172.

## Conclusões

Neste breve estudo procurou-se concentrar e coordenar aspectos essenciais do jusnaturalismo, a concepção filosófica acerca do direito que é a de mais remota origem e que, até agora, jamais foi abandonada, revivendo e tomando alento a cada vez que a doutrina jurídica resiste ao formalismo e acentua o inarredável componente valorativo do direito.

Pretendeu-se oferecer aos acadêmicos do curso de graduação em Direito uma visão abrangente, conquanto resumida, dos traços mais marcantes dessa importante corrente do pensamento jurídico, recolhendo das lições de grandes juristas o indispensável para uma compreensão integrante das idéias jusnaturalistas do período clássico, da sua transformação na transição para a modernidade e de sua repercussão no mundo dos fatos sociais.

Evidentemente o estudante não encontrará aqui tudo o que precisa, porém, espera-se que estas poucas reflexões sirvam de orientação e estímulo para que prossiga na pesquisa dessa que é uma das escolas jurídicas mais instigantes e, talvez, a que mais atenda aos anseios por justiça.

## REFERÊNCIAS

1. ARAÚJO, V. N. de. **Fundamentos aristotélicos do direito natural**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
2. BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
3. DINIZ, M.H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
4. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII. In: \_\_\_\_\_: PECES-BARBA, G. (org.). **História de los derechos fundamentales**. Tomo I: Transito a la modernidad, siglos XVI y XVII. Madrid: Dyckinson/Universidad Carlos III, 1998.
5. FERNÁNDEZ-GALIANO, A. **El iusnaturalismo**. In: \_\_\_\_\_; CASTRO CID, B. de. Lecciones de teoría del derecho y derecho natural. 3. ed. Madrid: Universitas, 1999.
6. FERRAJOLI, L. Para uma teoria geral do garantismo. In: **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 681-766.
7. FERRAZ JR., T. S. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
8. \_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1995.
9. LOPEZ CALERA, N. M. Filosofía de los derechos humanos. In: **Filosofía del Derecho (I)**. Granada: Comares, 1997.
10. MACHADO NETO, A. L. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
11. MONTORO, F. **Introdução à ciência do direito**. 20.ed. São Paulo: RT, 1991. p. 261.
12. PECES-BARBA, G. M. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
13. PÉREZ LUÑO, A. E. La fundamentación de los derechos humanos. In: \_\_\_\_\_. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1986.
14. REALE, M. **Filosofia do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
15. SEGURA ORTEGA, M. El iusnaturalismo racionalista: Thomasius y Wolff. In: FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; PECES-BARBA, G. (org.). **Historia de los derechos fundamentales**. Tomo II. Siglo XVII, Vol. I: El contexto social y cultural de los derechos. Madrid: Dyckinson/Universidad Carlos III, 2001.