

DIREITO NATURAL

A expressão *Direito Natural* tem operado como abrigo conceptual a teorias tão díspares entre si na história da filosofia que se afigura tarefa porventura impossível determinar quer um seu conteúdo unívoco, quer uma só área disciplinar da filosofia em que releve exclusivamente. Com efeito, a variação e a interdisciplinaridade dos próprios usos da expressão legitimam como sua problemática fundamental ora a dúvida acerca da própria existência de uma “tradição de direito natural” (ou “jusnaturalista”), ora a dificuldade em encontrar um traço distintivo que seja comum a todos os usos filosóficos da expressão.

A melhor maneira de abordar o *Direito Natural* a partir da sua plasticidade conceptual e disciplinar, em busca de um possível elemento comum que permaneça constante nessa variedade, será portanto a de delinear em traços gerais o seu desenvolvimento filosófico desde as suas origens gregas até às variantes modernas e aos desafios teóricos contemporâneos. Só nessa perspectiva de contextualização histórico-filosófica se tornará perceptível que a expressão *Direito Natural* é invocada diferentemente enquanto tentativa de resolução para diferentes problemas filosóficos. De um lado, ela tem uma dimensão especificamente ética na medida em que designa um determinado peso qualitativo atribuído a princípios de moralidade – ora apresentando um fundamento *ontológico* de naturalidade a formulações imperativas de como os homens *devem* agir, ora supondo que as maneiras pelas quais os homens devem agir emergem da (e são passíveis de descoberta pela) razão humana, ora sustentando que os princípios morais de imperatividade inexcedível constituem verdades objectivas acessíveis ao entendimento humano (caso em que “jusnaturalismo” é sinónimo de “cognitivismo ético”). De outro lado, ela é invocada como meio de atribuição de uma base moral para um conceito operativo de direito, isto é, como ponte que estabelece uma conexão necessária entre moral e direito. Qualquer uma destas vertentes lida com âmbitos normativos como a moral e o direito que não podem ser autonomizados por completo perante uma problemática política, pelo que o *Direito Natural* acaba por operar igualmente como linha de justificação substancial do político, isto é, como elemento de legitimação axiológica do poder político. Ética, Filosofia do Direito, e Filosofia Política reivindicam, cada uma a seu jeito, a temática do *Direito Natural* para responder a problemas distintos. Com esta ideia no horizonte, seguiremos sobretudo as

vertentes ética e política, não sem deixar de fazer breve menção final às problemáticas que mais concernem ao âmbito jusfilosófico.

Direito Natural Clássico

As raízes das doutrinas do *Direito Natural* disseminam-se pela experiência grega clássica, estando presentes na célebre formulação da *Antígona* de Sófocles, nos relativismos dos Sofistas, na teoria da justiça de Platão, na ética de Aristóteles, e, mais flagrantemente, na cosmologia estóica, a qual terá um impacto forte na jurisprudência romana. Com efeito, a perspectiva cosmológica do pensamento grego clássico é o que permite a conexão inicial entre uma linguagem tipicamente normativa e uma especificamente ontológica. As leis dos homens teriam o seu lugar justificado numa concepção de um todo cosmológico, e estariam aí ordenadas: as *leis* (éticas e jurídicas) a seguir teriam um fundamento numa ordem *natural*.

Trata-se da discussão da convergência ou divergência entre o normativo (*nomos*) e o natural (*phusis*), especialmente cara aos Sofistas, para quem *nomos* designava convenções e práticas sociais expressivas de visões relativas de justiça, enquanto *phusis* designava as leis descritíveis de uma natureza (física) universal, imutável e indisponível. Antifonte, por exemplo, sustentava que requisitos sociais de justiça deveriam ser seguidos com frequência, mas que estavam por vezes em notória contradição com a natureza humana, a qual deveria ser seguida primariamente por tal ser mais vantajoso para o homem (Antifonte, Fragm. A, *in* Sofistas, 2005, 221-3). Neste sentido sofístico, o normativo constituía o âmbito da variação e da contingência, enquanto a natureza era o cosmos do geral e do imutável. A oposição operada pelos Sofistas entre *nomos* e *phusis* espelhava uma oposição entre variação (disponibilidade) e imutabilidade (indisponibilidade).

Todavia, o mesmo par conceptual podia também ser usado para a defesa de posições exactamente contrárias à da sofística. Platão, por exemplo, defendia a existência de uma realidade moral imutável e objectiva, e Aristóteles, pelo contrário, reivindicava que a natureza de uma coisa é o seu princípio interno de mudança – em Platão, *nomos* correspondia também a uma ordem universal imutável; em Aristóteles, *phusis* envolvia também variação e mudança.

A teoria das Formas de Platão determina a existência de uma transcendência axiológica indisponível à acção humana – incluindo Formas como o Bem, o Belo, etc. – mas da qual a maior parte das sociedades humanas permanece na ignorância. O único

acesso à transcendência das Formas ocorre através do entendimento humano, conquanto se torne capaz de rasgar o véu do mundo das aparências (normas e convenções sociais ou jurídicas) para contemplar (e, eventualmente, emular) a realidade imutável das Formas axiológicas. Daí a rejeição platónica do carácter intrinsecamente convencional e relativo quer da moralidade, quer do direito. Aristóteles, por seu turno, distingue claramente entre o *justo natural* e o *justo convencional*, um pouco ao jeito dos Sofistas, mas com uma diferença fundamental: é que o justo social (até político) é tido em simultâneo por natural e por convencional. Neste contexto, a *justiça natural* de Aristóteles constitui um marco original naquilo que constituirá a própria noção de *Direito Natural*. O que há de natural no normativo não é já um conceito amplo de natureza que sirva de paradigma ou que aponte a mutabilidade ou imutabilidade do plano ético, mas sim a própria natureza humana, a qual se encontra em constante mutação e é ela própria racional e política. Neste sentido, é verdade que o “convencional” particulariza o “natural” que é igual em toda a parte, havendo entre eles uma diferença de grau de generalidade e não de oposição (Aubenque, 1980, 147 ss.): enquanto a natureza do fogo fá-lo arder de maneira igual na Grécia e na Pérsia, a natureza do homem fá-lo estabelecer normas e padrões de comportamento variados e variáveis (*Ethica Nicomachea*, V, 10, 1134b24-35). Contudo, é também verdade que o convencional detém naturalidade não apenas por ser estabelecido por algo que é inerentemente natural, mas sobretudo porque a sua formulação apresenta as mesmas características dessa natureza mutável que lhe dá origem, mormente a racionalidade e a politicidade. O justo convencional é portanto justo tão só na medida em que é mostração de um conteúdo racional desvelado pela natureza humana. Se a concepção do justo natural aristotélico for dotada de uma formulação normativa, poder-se-á afirmar que ela representa uma dimensão do *Direito Natural* segundo a qual as normas (morais) e o direito vigentes numa sociedade podem ser tidos como racionais relativamente a um certo conteúdo deliberado pelo raciocínio prático humano.

Por conseguinte, no que respeita à natureza, o par *nomos-physis* no pensamento grego clássico operava mais como um contexto conceptual de discussão do que como uma verdadeira antinomia conceptual. E o mesmo se poderá dizer de teorias da justiça ou de teorias do valor. A justiça e a natureza não podiam ser simplesmente opostas, como o faziam os Sofistas de maneira simplista, mas ao invés as concepções de natureza disponíveis envolvendo quer *nomos* quer *physis* permitiam que a justiça

pudesse ser formulada por normas expressivas de natureza – isto é, por normas que pudessem ser também chamadas de “leis da natureza”.

A justiça, nesta sua vertente filosófica, era não mais o que as sociedades ou os deuses estabeleciam – numa espécie de voluntarismo legal segundo o qual a justiça era conformidade à vontade dos deuses, ou seja, *thémis* – mas sim a própria ideia de legalidade inscrita na ordem natural das coisas e integrada num contexto onto-axiológico: não já *themis*, mas sim *diké*. Enquanto a justiça começara por corresponder simplesmente à sobreposição de uma moral superior que afastasse qualquer moral social, com origem na vontade dos deuses – não é outra a formulação da justiça e da lei natural elaborada por Antígona na peça homónima de Sófocles (*Antígona*, vv. 449-70, 2003, 274-5) –, era agora no pensamento filosófico (e não sofístico) grego uma reflexão intelectual da natureza: o paradigma divino de medida da justiça transitara para um paradigma físico (natural) de determinação da justiça.

É precisamente este enquadramento que conduz os estóicos à elaboração dos primeiros princípios explícitos de *Direito Natural*, enquanto regras determinando a justiça expressada numa concepção ampla (dir-se-ia apropriadamente “cosmológica”) de natureza. O par *nomos-phusis* era agora a realização mesma daquilo a que se poderia chamar de “lei natural”, ou “leis de *Direito Natural*”, a saber, aquilo que a natureza prescrevia aos homens em concordância com a recta razão e a justiça. A vida justa seria aquela vivida em consonância com a natureza – para o homem, aquela vivida por condução da razão. O que a torna “natural” é o facto de emergir da natureza humana, tida por racional; o que a torna normativa é o facto de a racionalidade prescrever certos padrões de comportamento que espelham um bem ou valor comum. É isso o que transparece da celeberrima definição de lei natural delineada por Cícero: «A verdadeira lei representa-se, pois, na recta razão, que está em harmonia com a natureza, que é comum a todos os homens, que tem uma existência estável e é duradoura, que chama ao dever através do mandamento, que se intimida do mal pela proibição [...]; não será diferente em Roma, diferente em Atenas, diferente hoje ou amanhã: todos os povos, em todos os tempos, compreenderão esta lei única como eterna e imutável, e um só será como que o mestre e senhor comum sobre tudo, a saber, deus» (Cícero, *De Republica*, III.22.33). Por outras palavras, o *Direito Natural* na sua formulação estóica permanece como um plano superior de normatividade moral, dotado de universalidade e indisponibilidade, e acessível tão só pela razão (é isso o que o torna “natural”). E este é o *Direito Natural* que emergirá nos tratamentos jurídicos do direito romano.

Com o advento da cultura judaico-cristã, dá-se um crescimento da relevância ética do conceito de *dever* ou *mandamento* em detrimento de uma ordem objectiva de justiça, e, talvez de maneira ainda mais importante, ocorre uma mudança de perspectiva no pensamento filosófico, desde um cosmocentrismo clássico até um teocentrismo medieval. Isto significa que a transformação de um paradigma divino para um paradigma físico, a qual esteve na raiz dos primeiros tratamentos filosóficos do *Direito Natural*, adquire um novo cunho no período medieval – não se dá um retorno a um paradigma primitivo, mas ao invés uma fusão de paradigmas, em que a “naturalidade” do normativo reside em simultâneo na conformação à vontade necessariamente racional de Deus e na capacidade de agir por condução da recta razão inscrita por Deus na natureza dos homens.

Aquela doutrina tida habitualmente como o maior expoente do *Direito Natural* – a de Tomás de Aquino – é bem ilustrativa deste ponto. A doutrina tomista expõe o seu tratamento do direito numa linguagem normativista (fala sobretudo de *jus* em termos de *lex*), divisível em quatro categorias: a lei eterna, correspondente à ordem estabelecida por Deus para a criação como um todo, conhecida apenas por Deus; a lei natural, que não é senão a participação da lei eterna nas criaturas racionais, que são então capazes de orientar o pensamento e a acção na conformidade do que a razão estabelece como necessariamente adequado na eternidade da criação; a lei divina, simples expressão da vontade de Deus (e não tanto implícita na racionalidade acessível aos homens) nas Escrituras, ou seja, uma espécie de lei positiva escrita por Deus para o homem; e a lei humana (ou positiva), a qual corporiza a normatividade em vigência numa determinada comunidade, estabelecida para obtenção do bem comum de maneira a superar a generalidade da lei natural (que por si não determina ser mais ou menos racional a conveniência de se circular pelo lado direito da estrada ou pelo lado esquerdo da estrada, por exemplo) e a induzir quotidianamente a razoabilidade dos comportamentos humanos. Neste sentido, a doutrina tomista do *Direito Natural* não é exclusivamente intelectualista nem exclusivamente voluntarista. Ao invés, a lei natural é a condução prática pela razão, e também formulação da lei eterna para os homens, pelo que é em simultâneo orientação racional e determinação da vontade de Deus: expressa como que um intelectualismo voluntarista.

Por conseguinte, os homens (ao contrário das criaturas não racionais) participam no *Direito Natural* na medida em que são capazes de apreender os princípios essenciais de condução para o bem comum, isto é, os conteúdos do plano inteligente e inteligível

que Deus inscreveu na natureza humana para o florescimento dos homens. O que dá “naturalidade” à lei natural é precisamente a sua concordância com uma natureza (a humana) que é racional em si; por outro lado, o que lhe dá “legalidade” é precisamente a função da sua racionalidade na orientação de comportamentos, uma vez que a lei é entendida como «uma regra e medida de actos segundo a qual se induz alguém a agir ou se retrai alguém de agir» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1).

Formulada desta maneira, a versão tomista não parece ser muito distinta da de Cícero. Aquilo que mais as distingue, porém, para lá do recentramento teológico que dilui ainda mais quaisquer vestígios de um paradigma físico ainda presente na lei natural, é a mostração das relações da lei natural quer com a lei eterna, quer com a lei humana. A sua maior preocupação parece ser a de demonstrar que, apesar de inerentemente distintas, as diferentes categorias de lei não estão em conflito permanente entre si, mas ao invés tendem a harmonizar-se. Se, por um lado, a lei eterna é necessariamente indisponível e inalterável (nem sequer sujeita às agruras do tempo, uma vez que a eternidade não é duração infinita mas sim ausência de duração), e a lei humana é contingentemente disponível e alterável, a operação maior da lei natural, na sua natureza de expressão de racionalidade, é precisamente a de harmonizar estes dois planos: daí ser dividida em princípios primários e princípios secundários – os primeiros indisponíveis e inalteráveis, os segundos disponíveis e alteráveis.

A lei natural direcciona o pensar e o agir para a noção de bem e afasta-os da noção de mal. E por “bem”, Tomás de Aquino concebe tudo aquilo que a lei eterna colocou na própria natureza humana, e que emerge através das inclinações naturais dos homens. Logo, a lei natural direccionará o pensar e o agir para a conservação da vida própria, para a satisfação das necessidades pessoais, intelectuais e sociais – a razão humana compreenderá facilmente esses preceitos básicos uma vez que eles estão já nela inscritos por natureza na forma de uma espécie de «hábito que contém os preceitos da lei natural e que recebe o nome de *sinderese*» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 94). Esta “naturalidade” não corresponde a uma “animalidade”, mas sim a um contacto interior com a própria “racionalidade”.

O advento da Modernidade, porém, provocará uma revolução na maneira tradicional de conceber o *Direito Natural*, fazendo o mesmo fragmentar-se em inúmeras novas versões quer da natureza da moralidade, quer da relação entre paradigmas morais e o direito.

Direito Natural Moderno

Com o Renascimento e a alvorada da Modernidade, o *Direito Natural* conseguiu tornar-se ainda mais elástico na diversidade dos seus conteúdos em virtude de alterações próprias do período histórico. Em primeiro lugar, as concepções de uma natureza teleologicamente orientada, as quais permaneciam suportadas por premissas aristotélicas de causalidade final e pelo criacionismo cristão medieval, tenderam a dar lugar a visões mecanicistas e matemáticas – a essência da coisa natural não consistia já na determinação da sua finalidade, mas na sua presença num mundo determinado pela causalidade eficiente descrita pela física e pela mecânica dos corpos. Por conseguinte, as ciências naturais não mais puderam ser justificadas pela teologia, mas ao invés num método demonstrativo. Em segundo lugar, da mesma maneira que os fundamentos teológicos se tornaram insuficientes para o conhecimento teórico, assim também se tornaram insuficientes para justificar os saberes práticos – a moralidade, o direito, e a política tiveram igualmente de encontrar as suas justificações num método demonstrativo: tiveram de se tornar saberes exclusivamente racionais ao invés de serem também teologicamente voluntaristas, ou seja, epistemologicamente centrados num sujeito intelectual e não numa entidade divina. Em terceiro lugar, os conflitos religiosos disseminaram-se por toda a Europa neste período, o que acarretou a necessidade enfrentada pelos defensores de uma moral universal de terem de construir toda uma fundamentação da moralidade que fosse comum a todos os movimentos religiosos em exercício de dissenso – e isso eventualmente implicou a elaboração de filosofias morais independentes da fé religiosa.

Assim, a própria noção de normatividade natural viu-se reforçada na sua racionalidade perante uma emancipação crescente da razão face às formulações teológicas da revelação. Pode então dizer-se que a razão da lei natural inicia uma tendência de secularização, e ela constrói-se mesmo para lá da inerência de Deus: a lei natural é construção da razão porque proveniente de um Deus racional ou simplesmente enquanto auto-imposição da própria razão. Portanto, a vontade de Deus deixa de ser factor determinante para a aferição da lei natural como paradigma de uma moral universalizável – a sua racionalidade passa a ser factor exclusivo para a validação moral da lei natural. É desta maneira que nasce a célebre “hipótese impiíssima”, com algumas raízes medievais – mormente, em textos de Gregório de Rimini, Gabriel Biel, e Francisco Suárez (Campos, 2010, 115) – e cuja formulação mais explícita deriva de

Grotius: «é o direito natural de tal maneira imutável que na verdade nem por Deus pode ser modificado» (*De Jure Belli ac Pacis*, I.I, X, 12).

Todas estas novas circunstâncias acabaram por produzir uma necessidade de encontrar uma base natural comum para a vida política: uma natureza humana (racional) comum. E foi precisamente para tentar construir essa base natural comum que os filósofos modernos recorreram ao enquadramento conceptual do *Direito Natural*, muito embora tratando-o já fora dos contextos clássico e medieval dos quais o recuperaram – e isto apesar de alguns autores do contexto Católico, como Suárez e Fernando Vázquez, continuarem a lidar com o *Direito Natural* ainda dentro da casca conceptual delineada por Aristóteles e Tomás de Aquino.

Assim, os usos de matiz Protestante do *Direito Natural* voltaram a alterar o seu alcance. A perspectiva primordial não mais era cosmológica nem teológica, mas sobretudo individualista. Ademais, o carácter interdisciplinar da expressão voltava a ser testado: as linhas-mestras do *Direito Natural* conseguiam agora ser em simultâneo filosóficas, morais, teológicas, metafísicas, políticas, científicas, e jurídicas. A elasticidade própria do *Direito Natural* assumia-se cada vez mais como relativa, uma vez que tais linhas-mestras variavam profundamente de lugar para lugar e de século para século.

Não obstante, é verdade que o qualificativo mais comum do *Direito Natural* na bibliografia de Filosofia Moral tende a fazer referência ao renascimento, desenvolvimento e difusão de um enquadramento conceptual clássico e medieval nos moldes operados pela Europa Protestante dos séculos XVII e XVIII (Bobbio e Bovero, 1979, 15). Alguns autores, um pouco em seguimento das teses de Leo Strauss sobre os direitos naturais da Filosofia Moral Moderna (Strauss, 1965), chegam a sustentar que a época moderna marca uma segunda vida do *Direito Natural* por estabelecerem o começo deste em unidades individuais e não num todo natural – o *Direito Natural* na Modernidade seria assim como que uma segunda tradição de *Direito Natural*, oposto à primeira tradição de origem antiga e medieval, na medida em que seria sobretudo sinónimo de *direitos naturais individuais* (Ferry e Renaut, 1985, 48-55; Goyard-Fabre, 1988). Contudo, no que diz respeito à conexão específica entre normatividade e natureza, todas as teorias de *Direito Natural*, das clássicas às modernas, parecem partir dos mesmos pressupostos conceptuais (partilham o enquadramento deontológico formal): a diferença residirá então não tanto na maneira como as normas se conectam com uma qualquer concepção de natureza, mas sobretudo em diferentes perspectivas

sobre qual deverá ser o começo mais constitutivo na intelecção da natureza (cosmológico ou teológico na versão clássica, individualista na versão moderna).

A doutrina de Grotius, que fixa para o futuro a estrutura conceptual dentro da qual a modernidade pensará os domínios da moralidade e do direito, é bem ilustrativa desta nova perspectivação do natural, uma vez que funciona como base de uma teoria secular dos direitos naturais (subjectivos). Grotius ramifica a noção de *Direito* em três sentidos distintos. Numa primeira acepção, remonta para a ideia de universalidade de um bem para os homens em formulação contrária, pelo que direito constitui-se assim na transparência daquilo que não é injusto, daquilo que repugna à «sociedade dos seres dotados de razão» (*De Jure Belli ac Pacis*, I.I. 3). Numa segunda acepção, direito remonta para uma concentração individual num sujeito com estatuto de pessoa, aí designando uma qualidade humana de poder assimilar ou fazer o justo – uma “qualidade moral”, segundo as palavras de Francisco Suárez –, à qual Grotius chama de “faculdade”, e que tanto é poder, propriedade ou crédito. Por fim, numa terceira acepção, direito remonta para a ideia de prescrição imperativa do justo, e é sinónimo de lei. Quando a lei é acrescida de uma motivação compulsória para o seu cumprimento (por promessa de recompensa ou por ameaça de sanção), constitui direito voluntário; quando, porém, não tem qualquer coercibilidade, mas impõe-se pelo valor de si mesma, brotando da razão aberta à consciência do homem, constitui direito natural legal (*De Jure Belli ac Pacis* I.I. 9). Todavia, enquanto remonta à natureza, o direito em Grotius não se reduz à lei, mas assume também uma forma factual subjectiva – a faculdade, enquanto *direito natural de uma pessoa* [“faculdade inerente à própria natureza de se ser pessoa”], conformada com um primário discernimento do que é útil à conservação do sujeito e com um instintivo desejo humano de associação (*appetitus societatis*), acarreta a percepção da presença da alteridade na natureza e por conseguinte uma limitação recíproca entre sujeitos que seja entendida como condição possibilitante de uma co-presença. Essa limitação incide normativamente sobre o primário discernimento do que é útil à conservação própria, o qual não é em rigor ainda um direito natural, uma vez que este é uma qualidade moral da pessoa para fazer o justo. Logo, para Grotius, todos os três sentidos de direito encadeiam-se numa necessidade recíproca, e todos se realizam em simultâneo na verificação da co-presença de pessoas racionais.

O triunfo da linguagem dos direitos humanos, cuja notoriedade será cada vez maior quando forem entendidos como limites ao alcance de intervenção do poder político, ou seja, quando as primeiras experiências constitucionais de finais do século

XVIII os reconhecerem como princípios vinculativos, tem a sua origem neste redimensionamento moderno do *Direito Natural*. Quando Grotius apresenta a sua definição tripartida de direito, a faculdade moral de um sujeito é já tida no mundo intelectual europeu como elemento fundamental de uma ética remissível a uma qualquer concepção de natureza, isto é, como princípio moral vinculativo a todas as facetas da vida – quer a partir dos enunciados de direitos subjectivos pelos canonistas medievais inseridos no *Decretum* de Graciano, quer a partir da noção de direito subjectivo enquanto “poder de licitude” elaborada por William de Ockham, quer nas definições de direito subjectivo e objectivo presentes em Marsílio de Pádua e em Francisco Suárez. Se for possível falar de uma “era dos direitos” (como Bobbio, 1990), tal só poderá ser feito com a consciência da origem do próprio direito subjectivo como versão de *Direito Natural* centrada no indivíduo compositivo de um todo e não no todo já composto em que ele se inseriria. Esta mudança de perspectiva, justificada pela revolução metodológica que ocorre no desenvolvimento da ciência moderna, faz com que a moralidade entendida como estrutura normativa se transforme no resultado das relações voluntárias entre agentes de liberdade moral, com a implicação subsequente da relevância moral da distinguibilidade de cada pessoa individual. A propagação desta concepção de relações sociais pode aliás ser aferida na predominância moderna das teorias que a pressupõem, como as teorias contratualistas da legitimidade política, e as teorias morais do consenso.

Hobbes, neste sentido, representa o expoente máximo desta nova perspectiva constitutiva do individualismo, ao apontá-lo como método da própria noção de *Direito Natural*. Para Hobbes, o direito deixa de ser uma estrutura complexa tripartida para passar a designar unicamente uma dimensão do âmbito factual do subjectivo: a faculdade grotiana de realização do justo transforma-se na qualidade humana de disposição de tudo o que lhe seja acessível e crido contribuir para a preservação da sua condição, na ausência de obstáculos a tal acessibilidade. Hobbes parte de uma concepção do homem cuja natureza incentiva sempre a conservação de si e a demanda dos meios para uma incrementação de si, o que equivale a afirmar que em Hobbes o indivíduo ocupa por definição uma posição de referência a si e não à alteridade: não há no homem qualquer inclinação natural *a priori* para a constituição da sociedade, mas tão só para a preservação de si; dir-se-ia que o *appetitus societatis* de Grotius dá lugar a um *appetitus sui*, sendo o social um meio ulterior de cumprimento deste instinto de preservação. Não havendo um tal motor interno e primário no homem para a

constituição do social, o confronto com o outro não acarreta a busca imediata de uma situação de co-presença, mas sim a consideração do outro como obstáculo à presença do próprio: nasce assim a dissidência, que se actualiza em guerra quando cada um se esforça por eliminar tudo o que considera obstaculizar essa sua presença. O direito natural propriamente dito nada tem que ver portanto com lei de justiça: direito [*right*] é o poder da natureza do homem que lhe permite buscar o que o conserva em liberdade, isto é, na ausência de impedimentos externos (*Leviathan* XIV, 189).

Sucedem que para Hobbes a igualdade entre os homens e a ocupação de um mesmo espaço leva-os a encontrar sempre impedimentos externos, em especial no confronto com um igual, pelo que na ânsia permanente da sua conservação o homem delineia como estratégia o controlo e a anulação do outro, isto é, o confronto e o choque dos diferentes direitos naturais faz com que o dissenso se degrade sempre em guerra, a qual, como todos acabam por ser mais ou menos iguais em forças, cessaria apenas com a aniquilação definitiva de todos. Para o evitar, o indivíduo persegue o seu interesse delineando uma nova estratégia, apontada agora pela razão: a de nada fazer que contrarie a sua conservação. Esta é a consequência racional da própria ânsia da preservação de si, e portanto diz-se natural, e assume-se como a limitação ulterior do poder da natureza do homem que lhe permite buscar o que o conserva em liberdade, ou seja, é a forma objectivamente limitativa do que é subjectivamente instintivo – do direito. A esta estratégia Hobbes chama de *lei natural* (*Leviathan* XIV, 189), embora acentue ser esta uma designação pouco apropriada, pois ela não é senão o resultado ou a conclusão de um processo de delimitação pela razão do que é conducente à conservação de si, e não assume uma forma prescritiva a não ser enquanto comando necessário emitido pelo Deus criador da natureza. Assim, “direitos naturais” e “leis naturais” não coincidem no lexema *Direito*, sendo a lei a limitação da acessibilidade do direito. Ademais, enquanto limitação racional de poderes subjectivos, a lei vem a ser sobretudo o meio de expressão característico do soberano e, provindo de uma pessoa artificial, constitui a *lei civil*, a qual transpõe para um plano normativo político as conclusões dessa estratégia racional de limitação a que Hobbes dera o nome de *lei natural*, que desta maneira adquire definitivamente a forma de lei. Por conseguinte, o justo e o injusto encontram-se como derivações da lei (civil e natural), pelo que o justo só ulterior e remotamente se relaciona com o direito (*Leviathan* XXVI, 312). Enfim, “direito”, “lei” e “justo” independem entre si e sucedem-se, e a lei assume-se simultaneamente como o que limita os direitos naturais dos sujeitos e o que determina o justo. Logo, ao

distinguir no plano da naturalidade o “direito” da “lei”, e ao dar a esta uma figura de prescrição apenas quando atinge a forma de “lei civil”, Hobbes não se limita a seguir a tradição clássica do *Direito Natural*, mas assume-se como um genuíno moderno.

Locke, ao invés, parece conferir aos direitos imputáveis ao âmbito da individualidade o cariz moral já presente em autores como Grotius e Pufendorf, mas alimenta-os simultaneamente de uma natureza fundamentante e justificativa do próprio político que é antropológica na sua origem, tal como em Hobbes. Para Locke, os direitos são inerentes à própria condição do homem que é ser racional e livre – mas precisamente por serem características envolvendo racionalidade e liberdade, não podem ser confundidos com uma arbitrariedade absoluta para a acção ou para a detenção de algo, uma vez que são apenas válidos enquanto são usados na mesma medida por todos os homens. Logo, têm em simultâneo um carácter antropológico e ético. Daí que Locke possa conceber a existência de direitos já em pleno estado de natureza. Mas porque tais direitos precisam de ser garantidos para a preservação da própria consciência moral humana, eles exigem a formação de um poder político que os proteja e em simultâneo limitam esse poder político a não mais que a simples protecção dos direitos tidos por naturais ao homem (*Second Treatise of Government*, VIII-IX). Os direitos são então fundamento do político, uma vez que são o motivo primordial por que o político é necessário de todo, e também limitações morais à esfera decisória do político, uma vez que se o poder político for absoluto no sentido da ilimitação à violação dos direitos, ele perde a sua própria justificação e fundamento. Locke, por conseguinte, parece mediar os extremos morais e antropológicos de Grotius e Hobbes, redimensionando a plasticidade conceptual dos direitos. Eles são então direitos *do homem* com uma dimensão moral e política – e é esta concepção ampla da natureza dos direitos que transita para os séculos seguintes.

Até mesmo a filosofia moral de Kant deixa transparecer esta influência. Para Kant, a forma pura *a priori* da moralidade é, como se sabe, o “imperativo categórico”, o qual determina as máximas que podem operar como princípios morais aceitáveis por se caracterizarem como normas de conduta para todos, isto é, como normas deonticas de âmbito universal. O cumprimento destas máximas tem então um duplo estatuto: o de agir bem factualmente (conformidade da acção com o disposto na norma), e o de agir bem *porque* essa é a acção boa em si mesma querida por uma boa vontade livre. No primeiro caso, dá-se mera legalidade, em que a conduta boa pode ser aplicada coercivamente por agentes externos, e no segundo caso dá-se vera moralidade, em que a

conduta boa é auto-legislada por uma vontade livre que se vincula à lei moral pelo seu valor intrínseco. Neste sentido, o princípio universal do direito não é senão a variação do imperativo categórico no âmbito da legalidade e da liberdade externa, e surge reformulado enquanto máxima que “permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (Kant, 2005, 43) – esta é a forma pura *a priori* da lei moral enquanto é válida tão só na relação *externa* de uma boa vontade com a alteridade, e por conseguinte pode ser dita a forma pura *a priori* do próprio conceito universal de direito, ou o princípio formal de todas as máximas jurídicas universalizáveis.

Porém, ela designa apenas a forma *a priori* do aspecto externo da ideia universal de direito e não impõe um conteúdo normativo específico ao direito positivo. Por outro lado, o direito positivo é já direito independentemente de ser bom ou mau direito, pois se a correcção moral de regras jurídicas específicas é inconcebível fora de sociedades ordenadas em sistemas de direito, e o direito é um pré-requisito do direito justo, então a legalidade constitui característica independente da justiça do direito. O princípio universal do direito é a forma pura *a priori* não do direito *per se*, mas da ideia universal do direito, que não pode ser senão direito justo. Não obstante, é ainda um princípio deontico cujo âmbito pretendido de aplicação é absoluto e universal, e neste sentido aproxima-se de maneira considerável da tradição jusnaturalista secular agora transformada em exercício iluminista da razão crítica. É por isso mesmo que Kant faz corresponder os conceitos preliminares da Metafísica dos Costumes aos princípios éticos da escola do direito natural predominante no seu tempo, a saber, à *philosophia practica universalis* de Christian Wolff, a qual procurara estabelecer os princípios fundamentais universais da *praxis* moral sem a admissão de mutabilidade normativa dos bens morais. Neste sentido, a inovação de Kant a este jusnaturalismo de aplicação absoluta e universal reside precisamente no estatuto gnoseológico atribuído ao objecto cognoscível que é o direito na sua relação com as formas possibilitantes do conhecimento do direito justo: por outras palavras, o que Kant acrescenta à tradição jusnaturalista é precisamente o seu método transcendental, isto é, a identificação de um formalismo racional *a priori* da noção universal de direito que rejeita a fundamentação do deontico moral a partir de qualquer materialidade ou facticidade empírica.

Ataques ao Direito Natural

A partir do século XVIII, a ideia de *Direito Natural* passa a enfrentar uma série de ataques, não só com as críticas de David Hume, como ainda com o advento ulterior do utilitarismo e do juspositivismo.

Uma das principais críticas dirige-se ao facto de o âmbito normativo de teor “naturalista” admitir a incorporação de avaliações axiológicas no conceito de direito, quer recorrendo a um ideal no qual se revelam as regras produtoras do melhor sistema normativo atingível, quer recorrendo a critérios de limitação da escolha do que deve figurar como norma (moral social ou de direito). Com efeito, nas mais tradicionais doutrinas jusnaturalistas, por exemplo, parece haver uma avaliação axiológica (deôntica) de um objecto contido numa concepção de natureza já posta aí fenomenicamente (ôntica, portanto) – reconhece-se um direito que *é*, para em seguida reelaborá-lo na forma de um direito *por ser*, o qual por seu turno, em seguida, retorna ao direito que *é* para o avaliar no sentido de como ele *deve ser*. Dá-se então uma transição entre os planos do *dever ser* e do *ser*. Esta cumulação do deôntico ao ôntico é tida por problemática em especial desde David Hume, para quem há um hiato lógico separando o âmbito do *dever ser* daquele do *ser*, sem que aquele possa derivar ou ser deduzido deste. Trata-se da tese conhecida na filosofia da meta-ética por *lei de Hume*: da descrição de como as coisas *são* não se poderá passar logicamente à afirmação de como as coisas *devem ser*, uma vez que as proposições da ordem do *ser* estabelecem relações completamente distintas daquelas da ordem do *dever ser* (*Treatise of Human Nature*, III, I, 1); e, para Hume, é precisamente este o passo lógico dado pelas doutrinas tradicionais de *Direito Natural*. Este amálgama entre um plano lógico normativo derivando e/ou influenciando directamente o que pertence a um plano factual descritível é inaceitável segundo esta óptica, e implica desde logo o carácter falacioso de quaisquer formulações normativas (tanto na moral como no direito) que nela se baseiem. É também um pouco neste sentido que G. E. Moore desenvolveu mais tarde o que chamou de *falácia naturalista*, tese segundo a qual o bom é um objecto simples do pensamento cuja ausência de propriedades acrescidas descomplexifica-o ao ponto da indefinição, acarretando assim que toda a definição de bom, em especial enquanto característica própria da natureza, seja falaciosa – o valor em questão, o “bom”, é uma noção simples comparável à noção de “amarelo”, isto é, sem predicados que se lhe acrescentem excepto para desvirtuar a sua mostração ou compreensão. E tal como o “amarelo” não pode ser predicado por uma característica que o torne passível de definição e

explicação, também o “bom” não o pode ser, pelo que ao ser predicado com características de naturalidade pelos “naturalistas” tende a tornar-se falacioso. Para Moore, por conseguinte, é inconcebível formular proposições normativas impondo o dever ser de um valor moral “bom” simplesmente a partir da definição daquilo que o “bom” é (Moore, 1999, 86-103).

É precisamente com base nesta crítica que os juspositivismos se oporão ao *Direito Natural*, em especial quando aliados ao surgimento das teses consequencialistas da ética, como sucede em Bentham. Num certo sentido, o que pode ser tido por integrante de uma categoria ampla de juspositivismo acaba por basear o desenvolvimento de uma ciência descritiva do direito no conteúdo da *lei de Hume*, uma vez que é traçada aí uma clara distinção entre o estudo daquilo que as leis *são* e o estudo daquilo que as leis *devem ser*, num desligamento do direito face à Ética e à Filosofia Política. Logo, na generalidade das doutrinas juspositivistas, a mais perfeita norma tradutora do mais elevado valor moral nada contém de determinativo (ou mesmo de afirmativo) do que o direito é; e, em sentido inverso, a mais imperfeita norma cujo conteúdo contraria um qualquer valor moral nada contém de determinativo do que o direito não é. Ademais, a ligação de uma ideia de normatividade axiológica cujos fundamentos serão de base ontológica (“naturalista”) induz a uma concepção predominantemente deontológica do conteúdo da ética, o que para os primeiros juspositivistas, que preferem pensar os critérios maiores da moralidade em termos de utilidade e de maior produção positiva de consequências atendíveis, opera como motivação ainda mais relevante para o abandono de uma ideia de *Direito Natural*.

Direito Natural na Filosofia do Direito

O *Direito Natural*, enquanto designa uma lei moral determinativa do que pode configurar como direito (numa perspectiva essencialista) ou como direito validamente aplicável (numa perspectiva pragmática), é temática específica da Filosofia do Direito. Esta tese da sobreposição ou intersecção entre o direito e a moral, na medida em que interessa à Filosofia do Direito, corresponde então à justificação moral do direito a partir da própria cientificidade do direito: o jurídico não é tomado como capaz de auto-justificação, pelo que tem como exigência própria um sair de si mesmo para se justificar num plano exterior e superior – neste caso, o direito sai do seu âmbito para se perspectivar a partir de uma dimensão ética, isto é, o direito só se afirma em si enquanto consegue tentar olhar para si da perspectiva externa da moral. Por “jusnaturalismo”,

neste contexto primordial que interessa à Filosofia do Direito, entender-se-á sobretudo qualquer proximidade com a teoria da sobreposição (*overlap thesis*) ou intersecção do direito com a moral. Mas mesmo para lá desta categoria nominal ampla de jusnaturalismo, e na especificidade da teoria da sobreposição, a correspondência do conteúdo de uma norma jurídica ao conteúdo de uma lei moral pode assumir diferentes estatutos. No fundo, tais estatutos diferirão consoante a diferente posição que a lei moral assume sobre a norma jurídica. Cada um desses estatutos traduzirá portanto um tipo diferente de jusnaturalismo: a moral pode condicionar a própria determinação do que é direito (*lex injusta non est lex*); pode simplesmente sobrepor-se ao que é direito (integrando as suas lacunas, elidindo-o em caso de conflito substancial, ou justificando um seu dever de obediência); pode ser apenas um princípio formal que permite conteúdos variáveis; pode ser um conjunto de princípios procedimentais legitimando o direito; ou pode assumir-se como um conjunto de princípios interpretativos inseridos na própria actividade de aplicação criativa do direito. Em qualquer uma destas versões, a perspectiva sobre a moralidade incide sempre sobre uma ciência do direito.

Conclusão

O *Direito Natural* não só consegue ser cobertura conceptual para tentativas de resolução a desafios diferentemente impostos à Filosofia Moral, à Filosofia do Direito e à Filosofia Política, sendo então multidisciplinar e multifacetado em cada uma destas disciplinas, como representa ainda um desafio presente tanto em relação à natureza da moralidade, como ao alcance legitimador da moral sobre o direito e a política. Em última análise, o seu derradeiro desafio, que permanece em aberto hoje tanto quanto desde as suas origens, é ainda o da relação entre um âmbito normativo axiológico e um qualquer fundamento exprimindo uma ideia de natureza.

André Santos Campos

→ Contratualismo; Deontologia; Direito; Naturalismo.

Bibliografia

- Aristóteles (1959), *Ethica Nicomachea*, ed. I. Bywater, Oxford University Press, Oxford.

- Aubenque, P. (1980), “La loi selon Aristote”, *Archives de philosophie du droit*, vol. 25, pp. 147-57.
- Bobbio, N. (1990), *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino.
- Bobbio, N. e Bovero, M. (1979), *Società e stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano.
- Campos, A.S. (2010), *Jus sive Potentia. Direito Natural e Individuação em Spinoza*, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, Lisboa.
- Cícero (1928), *De Re Publica and De Legibus*, ed. C. W. Keyes, Loeb Classical Library, Harvard University Press, Cambridge.
- Ferry, L. e Renaut, A. (1985), *Philosophie politique*, vol. III, PUF, Paris.
- Goyard-Fabre, S. (1988), “Les deux jusnaturalismes ou l'inversion des enjeux politiques”, *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 11, pp.7-42.
- Grotius, H. (1925), *De Jure Belli ac Pacis. Vol. I*, ed. Francis W. Kelsey, Clarendon Press, Oxford.
- Hobbes, T. (1968), *Leviathan*, ed. C. B. Macpherson, Penguin Books, London.
- Hume, D. (2011), *Treatise of Human Nature*, ed. David Fate Norton and Mary J. Norton, Clarendon Press, Oxford.
- Kant, I. (2005), *A Metafísica dos Costumes*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- Locke, J. (1982), *Second Treatise of Government*, ed. Richard Cox, Harlan Davidson Inc., Arlington Heights.
- Moore, G.E. (1999), *Principia Ethica*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.
- Sofistas (2005), *Sofistas. Testemunhos e Fragmentos*, INCM, Lisboa.
- Sófocles (2003), *Antígona*, in M.H.R. Pereira, *Hélade*, Edições Asa, Lisboa.
- Strauss, L. (1965), *Natural Right and History*, Chicago University Press, Chicago.
- Tomás de Aquino (1980) *Summa Theologiae*, in *S. Thomae Aquinatis opera omnia*, vol. II, Friedrich Fromman Verlag, Stuttgart.