CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO NATURAL

Antônio José Resende
Mestre em Filosofia pela UFMG (1999), Advogado e Professor na FANAP, PUC-GOIAS e ISC.

Resumo
Trata-se de um estudo sobre a noção de Direito Natural e sua evolução histórica. Desde os primórdios do pensamento humano a perquirição sobre a existência de um direito natural, intrínseco e inalienável da pessoa, foi um tema constante do pensamento humano. Para os antigos, a ideia de um direito natural é definida pela explicação da essência do ser, ou seja, da ordem natural das coisas (*physis*). Na Idade Média, regra geral, o direito natural é explicado através da distinção de sua origem divina e da capacidade do intelecto humano de deduzi-lo para a prática do Bem, da justiça e da liberdade (Teocentrismo). No pensamento moderno, a recorrência ao conceito de direito natural foi o mote da burguesia em ascensão, despida dos direitos de propriedade e poder político, para contrapor-se ao absolutismo da Monarquia reinante e, através das Revoluções liberais, conquistarem os direitos fundamentais do cidadão: liberdade, igualdade, fraternidade e propriedade. Inclusos nas Cartas constitucionais e nos direitos positivados dos Estados modernos, tais direitos foram fundamentais para o avanço da proteção e segurança dos indivíduos. Porém, essa proteção estatal configurou-se parcial, quanto à distância entre suas formalidades e efetividades materiais, uma vez que não atingem equitativamente todos os cidadãos, o que ocasionou, contemporaneamente, para muitos estudiosos, a retomada da discussão da inspiração principiológica do direito natural, contra os abusos, a ineficácia e a parcialidade do Estado.

Palavras-chave: Direito natural, Direito positivo, afinidades, diferenças, evolução.

Abstract
This article is a study about the concept of Natural Law and its historical evolution. Since the primordial times of human thought, the search over the existence of a natural law, intrinsic and inalienable of the being, was a constant subject matter of human thought. To the ancient, the concept

of a natural law is defined by the explanation of the essence of being, that is, of the natural order of things (*physis*). In Middle Age, as a rule, natural law is explained by the distinction of its divine origin and the ability of human intellect to deduce it for the practice of Wellness, justice and liberty (Theocentrism). In Modern thought, the recurrence to the concept of natural law was the motto of the rising bourgeoisie, devoid of the property rights and politic power, to oppose the absolutism of the regnant Monarchy and, through the liberal revolutions, conquer the fundamental rights of citizenship: liberty, equality, fraternity and property. Included in the constitutions and in the positive rights of Modern States, such rights were fundamental to the improvement of protection and safety of individuals. However, such state protection was partially structured, regarding the distance between formalities and material effectiveness, once those do not reach all citizens equally, which has occasioned, contemporaneously, for many scholars, the resumption of discussion about principle-based inspiration of natural law against abuses, ineffectiveness and state partiality.

Keywords: Natural Law, Positive Law, affinities, differences, evolution.

1 Conceito de Direito Natural

Diversas são as definições do jus naturale na história da filosofia desde a antiguidade. Propõe-se neste texto, inicialmente, apresentar um breve histórico das principais concepções em torno da investigação sobre a existência e a natureza de um direito natural.

Elegemos como referência principal para o estudo do tema proposto o conceito apresentado por Norberto BOBBIO, conforme sintetizado por Guido Fassò, em Dicionário de Política, *in verbis*:

> *O Jusnaturalismo é uma concepção segundo a qual existe e pode ser conhecido um 'direito natural' (ius naturale), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). (BOBBIO, 1992, p. 655).*

Neste sentido, o direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo. Para essa concepção, em caso de conflito entre as noções do direito natural e as normas positivadas, é aquele que deve prevalecer. Por isso, considera-se o jusnaturalismo uma concepção antitética à do positivismo jurídico.

O próprio Bobbio, autor relevantemente considerado nas reflexões acerca do tema em discussão, adverte que jusnaturalismo é uma "expressão perigosamente equívoca, porque o seu significado, tanto filosófico como político, se revela assaz diverso consoante às várias concepções do direito natural" (BOBBIO, 1992: 656).

Concordamos com esta advertência, e inclusive, para o nosso entendimento, o próprio conceito de jusnaturalismo apresentado de forma genérica por BOBBIO, é problemático. Refiro-me à noção de "conduta intersubjetiva" que é anacrônica em relação às teorias filosóficas antigas, medievais e as da modernidade clássica (séculos XVII e XVIII). Para essas teorias, resguardadas suas divergências específicas sobre a idéia de ius naturale, não aparece o conceito de intersubjetividade, que é uma expressão originada no pensamento contemporâneo.

As filosofias clássicas, antigas e modernas, tratam o problema do conhecimento a partir da relação entre subjetividade e objetividade. A primeira, relativa às condições do sujeito cognitivas e emocionais; a segunda, como busca das possibilidades de cognição e linguagem capazes

de, por um processo lógico-racional (Indutivo, Dedutivo, Hipotético-dedutivo ou Dialético) elaborar um conhecimento objetivo, isto é, necessário e universal (Teoria ou Lei científica). Onde, tais condições, são inerentes ao próprio sujeito de conhecimento[1].

Somente no pensamento contemporâneo aparece o conceito de intersubjetivo, como conhecimento resultante da construção da interação entre dois ou mais sujeitos de conhecimentos. Este é o conhecimento baseado na inter-relação, no diálogo (discursivo ou dialético) e nas condutas intercomunicativas dos sujeitos de conhecimento. Estas teorias somente foram possíveis com as epistemes desenvolvidas a partir da teoria da relatividade apresentada por Albert Einstein, e das denominadas geometrias não-euclidianas desenvolvidas pelo russo Nikolai Lobathevski (1820), o húngaro Janos Bolyai (1830) e o matemático alemão Bernhard Riemann (1850).

Jürgen Habermas (1929-) é um dos principais representantes das teorias que tratam do conhecimento intersubjetivo na atualidade. A partir das concepções da filosofia crítica: Immanuel Kant (1724-1804), fenomenológicas: Edmund Husserl (1859-1938), analíticas: John Searle, em sua obra *Speech Acts* (1932), e da influência do marxismo, via a Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, o filósofo e sociólogo alemão, desenvolve a Teoria da Ação Comunicativa, que fornece os elementos para a compreensão da ética do discurso, com influência sobre as teorias sociológicas, políticas e jurídicas, acerca da organização jurídica e política da sociedade contemporânea (HERRERO, 2000: 163-192).

Neste sentido, assim como veremos a seguir, as teorias do jusnaturalismo clássico antigas, medievais e modernas, têm caráter metafísico e

[1] Sobre a noção de *episteme*, ou seja, das condições epistemológicas do surgimento de um determinado tipo de conhecimento em cada época (alguns denominam *Teoria do conhecimento*), segundo a qual fizemos o comentário acima, ver as seguintes obras: FOUCAULT, M. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 1995; TERNES, J. Michel Foucault e a idade do homem. Goiânia: UFG/UCG, 1998; BACHELARD, G. *A filosofia do não; O novo espírito científico*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores); PRIGOGINE, Ilya, STENGERS, Isabelle. *A Nova Aliança: metamorfose da ciência*. Brasília: UNB, 1991; RONAN, Colin A. "A ciência nos séculos XIX e XX". In História ilustrada da ciência. Rio de janeiro: Jorge Zahar, 2001. v. IV, XIX e XX, p. 110.

não propriamente resultantes de processos intersubjetivos. Quanto às demais características dadas por Bobbio ao jusnaturalismo, são comuns entre os diversos pensadores.

Segundo o insigne doutrinador Juarez de Freitas:

> *Sob a rubrica do jusnaturalismo, reúnem-se aquelas doutrinas que afirmam a pré-existência de um ordenamento jurídico ideal superior à ordem jurídica positiva. Vários são os jusnaturalistas, conforme teremos ocasião de examinar, desde os que remontam à nebulosa sofística grega e seus jogos de palavras analisados por Helvétius até o jusnaturalismo de conteúdo variável de Stammler. Já o oponente positivismo, perfunctoriamente analisado por Habermas, no segundo capítulo de Conhecimento e Interesse, é aquela posição que repele as investigações apriorísticas e o substrato absoluto à manifestação do Direito. Para estes autores, a realidade jurídica só se revela em leis, normas, costumes e, sobretudo, na experiência histórica (FREITAS, 1986, p. 18).*

Quanto à origem, definição e oposição do positivismo jurídico em relação à tradição jusnaturalista, tratar-se-á no decorrer da exposição do tema em epígrafe.

Sabe-se que na história da filosofia jurídico-política há três versões fundamentais sobre a definição do jusnaturalismo:

a) Uma lei "natural" em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados a guisa de instinto (naturalismo ou cosmologia);
b) Uma lei estabelecida por vontade da divindade (Deus) e por esta revelada aos homens (origem sobrenatural);
c) Uma lei ditada pela razão, específica, portanto inerente ao homem que a encontra autonomamente dentro de si (racionalismo).

2 Divisão do Direito Natural

Norberto Bobbio, em Dicionário de Política (1992, p. 656), explana que há três concepções sobre o Direito natural: Cosmológico, Teológico e Antropológico. É predominante na literatura sobre o tema esta classificação quanto ao desenvolvimento e conceituação do *ius naturale*. Veja-se breve definição das concepções mencionadas.

Cosmológico

Predominou em toda antiguidade clássica greco-romana, calcada na natureza das coisas. Apresentava uma ambiguidade sobre onde residia a natureza destas, no homem ou num todo cósmico. Esta seria a questão central quanto ao tema no mundo antigo, para a qual o direito origina-se de uma ordem natural das coisas.

Teológico

Para os teólogos da Igreja Romana não podia ser mais a natureza humana o princípio do jusnaturalismo, pois o homem não é puro. Adão já havia cometido o pecado, tornando tal natureza pecaminosa.

A palavra central agora é Deus. O Direito Natural é a expressão da lei eterna, divina. Tal concepção predomina por toda a Idade Média, com teóricos como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Enfim, o direito natural origina-se de Deus, ou seja, por Este é revelado.

Antropológico ou Racional

Existente na Idade Moderna (séc. XVII - XIX) calcado no homem, na sua racionalidade (a razão como guia do homem) e não mais em Deus. Isto não quer dizer que os outros dois momentos sucumbiram, pelo contrário. Mas a idéia do primeiro momento já não é mais tão aceita.

A concepção antropológica, desenvolvida a partir do Renascimento (séc. XV e XVI), foi ideologicamente fundamental para o desenvolvimento da burguesia em ascensão, no tocante às formulações dos seus ideais políticos, econômicos e jurídicos, como bases fundamentais para a formação da sociedade e do Estado modernos, sob os auspícios das ideias liberais e libertárias.

3 Desenvolvimento Histórico do Direito Natural

3.1 O Direito Natural Antigo e Medieval

O registro sobre a crença de um Direito superior ao positivo surge desde a antiguidade, em diversas manifestações culturais e civilizatórias. Na literatura da Grécia antiga, berço da origem filosófico-científica da nossa cultura ocidental, no esforço humano para desvendar o jogo entre a influência dos desígnios divinos e a determinação da ação humana sobre o destino de suas vidas, já aparece, como em Homero, Hesíodo e Sófocles,

o confronto entre o que pertence ao âmbito sobrenatural (criado pelos deuses ou por forças cósmicas, isto é, uma lei natural) e aquilo que depende da capacidade e do esforço do controle humano.

A figura mitológica da tragédia Antígone, de Sófocles (494-406 a. C.) representa a recusa a obedecer às ordens do Rei, porque julga que, sendo ordens da autoridade política, não podem sobrepor-se às eternas, às ordens dos deuses. Diz a sabedoria, que perante o comando injusto dos homens deve-se prevalecer uma ordem justa dos deuses (ou, Deus).

Morto em uma batalha, acusado de traição à pátria, Polinice não pôde ser sepultado por ordem de seu tio, o rei Creonte. Antígone, ao ser descoberta quando enterrava o corpo de seu irmão, arrostando perigo, dirigiu-se ao tirano, dizendo-lhe que as ordens que ditava não eram superiores às leis não escritas e imutáveis dos desuses, existentes de longa data (NADER, 2003, p. 156).

Paulo Nader salienta, quanto à explicação da origem da crença em um Direito Natural, que este "é referência para o legislador e para as consciências individuais". É comum observar nas diversas culturas que o homem médio da sociedade, além de orientar-se socialmente pelo denominado conhecimento vulgar do Direito Positivo, guia-se também pelos princípios do Direito Natural, como intuição da ordem mais justa para a sua consciência. Este fenômeno pode ser constatado como existente no imaginário social na atualidade, tanto de origem cultural quanto da religiosidade popular. Vige, para muitos, o dito popular: "A justiça dos homens pode falhar, mas a justiça divina não falha".

Giovanni Reale preleciona que os filósofos denominados sofistas realizam o deslocamento do eixo da pesquisa filosófica do cosmos para o homem. Neste sentido, a partir da tradição pré-socrática e com a finalidade de superá-la surgem os filósofos denominados sofistas, no século V a. C. *Sophistes*, doutrinadores de Sophia (sabedoria) (REALE, 1990, p. 73 ss.).

O homem grego, ávido de independência em face dos fenômenos naturais e das crenças místicas, vê-se, historicamente, investido de condições de libertar-se dessa tradição. Diz Protágoras, no início de sua obra sobre a verdade, que "o homem é a medida de todas as coisas, das que são como são e das que não são como não são" (*pánton métron anthropos*). Afirma Trasímaco: "A justiça, na ordem legal, nada mais é do que o inte-

resse do mais forte". Para Cálicles, "A lei é uma convenção arbitrariamente imposta por um grupo dominante a uma comunidade humana" (MARCONDES, 1998, p. 42 ss.).

Isso no sentido da libertação dos cânones homéricos e das legendárias tradições patriarcais e sacerdotais que denominavam o espírito grego. Somente no século V a. C. solidificam-se condições que facultam que as atenções humanas estejam completamente voltadas para as coisas humanas (comércio, problemas sociais, discussões políticas, guerras intracidadinas, expansão de território).

A sofística principia a fase na qual o homem é colocado no centro das atenções, com todas as suas ambiguidades e contraditórias posturas, sejam elas psicológicas, morais, sociais, políticas, jurídicas etc. Caracterizam-se pela discussão do humanismo e do relativismo.

Desta forma, com a finalidade de explicar o florescimento e a organização da Cidade-Estado grega (polis), surge com os sofistas o reconhecimento das leis como criação do discurso humano e não derivadas de um fundamento racional ou divino alhures aos interesses dos homens. Surge, portanto, naquele contexto, e ainda com implicações hoje, a questão: o Direito tem um fundamento natural ou é justo por convenção entre os homens? (*Phýsis díkaion* versus *Nômoi díkaion*).

A Filosofia desenvolvida pelos sofistas propagou a relatividade da verdade, isto é, não há verdade, mas verdades. Por isso deram importância à retórica, como meio de defesa da opinião como pretensão da verdade. O que provocou um antagonismo teórico com Sócrates e Platão.

Nesse diapasão, surgem filosofias de Sócrates e Platão como busca da verdade única, ou seja, da essência verdadeira do ser para além da simples aparência. Não basta convencer pela eloquência da retórica ou do discurso (*doxa*), é preciso perguntar qual é a verdade que há no discurso? A investigação filosófica rigorosa e fundamentada pelo método da dialética (através do diálogo) busca a essência, o conhecimento das ideias verdadeiras (*episteme*), que consiste no alcance da própria sabedoria, através da aproximação da ideia do Bem, fonte de todas as ideias reais, cuja sede é a própria alma.

Nos limites desse texto não é possível alongar a explanação, mas o tema pode nos conduzir a uma atual discussão sobre as relações entre a retórica e prática judiciária. Por exemplo, como a concepção relativista da verdade se relaciona com a definição da justiça a serviço dos interesses

de grupos dominantes e não do alcance do bem comum? Ou ainda, retórica e convencimento na relação da verdade processual X verdade fática.

Nesse sentido, o julgamento de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri, conforme previsto na Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, assim como, no Código de Processo Penal (art. 394, § 3º e arts. 406 a 497) consistem em interessante objeto de estudo quanto aos elementos da retórica e seu poder de argumentação e convencimento.

A concepção do *ius naturale* em Sócrates (470/469 a. C. – 399 a. C.) e Platão (427 a.C. - 347 a. C.) tem que ser compreendida via investigação ontológica, ou seja, pela busca da essência da ordem natural do ser (MARCONDES, 1998: 50 ss.). Neste sentido, a filosofia socrática traduz uma ética teleológica, e sua contribuição consiste em vislumbrar na felicidade o fim da ação. Essa ética tem por fito a preparação do homem para conhecer-se, uma vez que o conhecimento é a base do agir ético; só erra quem desconhece, de modo que a ignorância é o maior dos males. Conhecer, porém, não é fiar-se nas aparências e nos enganos e desenganos humanos, e sim perceber o que há de verdadeiro e certo.

Erradicar a ignorância, portanto, por meio da educação (Paidéia) é tarefa do filósofo, que, na certeza desses princípios, abdica até mesmo de sua vida para reafirmar sua lição e seu compromisso com a divindade. A lição de vida da virtude socrática é já uma lição de justiça.

Para Platão, ao explicar o sentido essencial da virtude, da lei e da política, a Ideia do Bem só pode ser compreendida se a alma for capaz de amá-la. A teoria de Platão não é exclusivamente intelectual. Não se trata de apreender as Ideias de maneira puramente especulativa: é preciso apreendê-las de maneira efetiva e afetiva. Alguém que não pratica uma virtude, não pode saber o que ela é. Então, a conversão implica num aspecto moral. É preciso dirigir-se para o verdadeiro com toda sua alma. A alma significa inteligência e vontade (amor). O Bem ilumina o mundo das ideias. É preciso deixar-se iluminar pela própria Ideia do Bem. Portanto, a Filosofia nos conduz, através de um processo dialógico e dialético, à procura do Bem e da necessidade de amá-lo (MARCONDES, 1998, p. 50 ss.).

O problema da política e da constituição da ordem justa República (Estado) encontra-se principalmente em República, Político e Leis. Para realizar o plano político, a educação deveria, em última instância, basear-se numa *espiteme* (ciência) e ultrapassar o plano instável da opinião

(*doxa*). Assim, a política poderia deixar de ser o jogo fortuito de ações motivadas por interesses nem sempre claros e frequentemente pouco dignos, para se transformar numa ação iluminada pela verdade e um gesto criador de harmonia, justiça e beleza.

Na República, a organização da cidade ideal apoia-se numa divisão racional do trabalho. Platão considera que a justiça depende da diversidade de funções exercidas por três classes distintas: a dos artesãos, dedicados à produção de bens materiais; a dos soldados, encarregados de defender a cidade; a dos guardiões, incumbidos de governar, isto é, zelar pela observância das leis. Divisão de funções realizada conforme a aptidão de cada um. A concepção do Estado é análoga à da mente (alma: ouro, prata e bronze/racional, irascível e concupiscente-apetite). Deste modo, a justiça do Estado significa a justiça dos cidadãos que o integram. Na justiça encontra-se a chave para o equilíbrio, ou ordenamento da cidade (polis). Com efeito, a lei é, para Platão, apenas uma ponte para os sábios na busca de verdades e valores eternos.

A Filosofia de Aristóteles consiste também numa investigação sobre a forma essencial do ser e suas características secundárias. Neste sentido deve-se compreender o significado do conhecimento, da virtude, da justiça, da política etc. A verdade decorre, pois, de uma ordem natural conforme disposta na forma essencial de cada coisa existente, pertencente ao seu gênero e espécie.

Na Ética a Nicômaco, Livro II, parte 5, Aristóteles analisa o que é a virtude prática ou de caráter, como é produzida em nós e em que e de que modo se manifesta. Considera, inicialmente, que na alma humana existem três espécies de coisas: faculdades, paixões e disposições de caráter. A virtude, por não ser uma faculdade nem uma paixão é, portanto, uma disposição de caráter. Mas o que são essas espécies de coisas que compõem a nossa constituição biopsíquica? (ARISTÓTELES, 1999).

As faculdades são capacidades de realização de atividades. O homem, no âmbito superior da alma, princípio dianoético ou alma intelectiva, possui duas partes que são a apetitiva ou prática (vontade) e a intelectiva ou contemplativa (intelecto).

As paixões são os diversos modos de sentimentos originários e constitutivos da natureza humana (ser do homem) como substância composta de corpo (material) e alma (espiritual). O corpo está sujeito às ações das paixões, que são involuntárias e, portanto, irracionais. As paixões são: os

apetites, a cólera, o medo, a audácia, a inveja, a alegria, a amizade, o ódio, o desejo, a emulação, a compaixão, e em geral os sentimentos que são acompanhados de prazer ou dor. A alma (intelecto/razão) é que deve desenvolver a capacidade de controlar racionalmente as paixões.

As disposições de caráter são modos de ser e de manifestar-se conforme o agir. Em particular, o modo de ser ou de comportar-se habitual e constante de uma pessoa, na medida em que individualiza e distingue a mesma pessoa. Nesse sentido dizemos que "uma pessoa tem um caráter bem marcado" ou "bem sucedido", no sentido de que o seu modo de agir revela orientações habituais e constantes.

Por conseguinte, se as virtudes não são paixões nem faculdades, só resta uma alternativa: a de que sejam disposições de caráter. O que significa a virtude como disposição de caráter? Porque ela é uma disposição? Porque não é nem natural nem inatural ao homem, mas adquirida. Nascemos com uma capacidade para adquiri-la, mas esta capacidade deve ser desenvolvida na prática. Nós temos que aprender a escolher uma boa ação, mas é preciso que nos coloquemos à disposição de executá-la do melhor modo possível. Pois, como o corpo está sujeito às inclinações das paixões, a alma deve desenvolver hábitos bons, uma vez que a virtude é sempre uma força adquirida, um hábito, que não brota espontaneamente da natureza.

Toda a ética aristotélica é relativa à justiça. A lei somente pode ser determinada em relação ao justo, que é entendido na acepção de igual, distinguindo a igualdade numérica da igualdade proporcional. Elabora a distinção de três formas de governo: a Monarquia, a Aristocracia e a Política ou Democracia, com os seus correspondentes patológicos: a tirania, a oligarquia e a anarquia ou demagogia.

Além disso, diferencia com muita propriedade a justiça de dois modos: distributiva e corretiva. Aquela é incumbência do Direito Público; esta, do Direito Civil e Penal. No que tange à justiça distributiva, traduz-se atividade de conferir prêmios iguais para ações iguais. Preocupa-se com a "distribuição de honra, riqueza e outros bens que possam ser repartidos pelos membros da comunidade". A justiça corretiva cuida de retificar as desigualdades causadas por erros eventuais. Dá a compensação à parte ofendida ou prejudicada.

O Estoicismo foi uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C.) e considerava o conceito de natureza

como centro do sistema filosófico. Desenvolve-se na passagem do pensamento antigo para o medieval. Considera o Homem Inserido na Natureza. Representa, portanto, a visão cosmológica do Direito natural.

O fim do homem é a virtude: a harmonia da vida – harmonia com a própria natureza e com a ordem universal. No pensamento dos estoicos, o fim supremo, o único bem do homem, não é o prazer, a felicidade, mas a virtude. Zenão determinou o fim da seguinte maneira:

> *A harmonia da vida é viver segundo uma razão única e harmônica, o fim é viver em harmonia com a natureza; a virtude é o feliz curso da vida do homem feliz, quando tudo se realiza de acordo com a concordância do gênio de cada um com a vontade do governador do universo. (Apud MONDOLFO, p. 111).*

Lei e Razão. A lei é a razão suprema da natureza, porque manda é a razão no mandar e no proibir. Esta razão, após ser confirmada e desenvolvida pela mente humana, é transformada em lei. Para falar de Direito devemos começar pela lei, pois a lei é a força da Natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria, é o discernimento do justo e do injusto. Na natureza e na Lei Natural, além da certeza de justiça há a prevalência de justiça. A Natureza é um mundo formado e ordenado pela razão divina, e se a lei humana está de acordo com a lei natural, ela deve ser obedecida e seguida.

Dessa forma, a lei Natural e eterna é a fonte desse Direito, não reside na convenção nem na inteligência do legislador a elaboração das leis, mas numa razão natural, independente da modificação do pensamento humano. Assim sendo, sabe-se que o Direito não se baseia em convenções, mas sim na natureza. Em suma na opinião dos mais nobres sábios, a lei não é produto da inteligência humana, e sim algo infinito que administra o mundo por intermédio de sábios, mandatos e inteligentíssimas proibições.

Fundamento das Leis. O fundamento do Direito diz por natureza, que estamos inclinados a amar os homens. O princípio que se flui a sociedade comum do gênero humano, diz que os filhos devem ser amados pelos pais, pois parece que somos instigados pela natureza a amar aqueles que procriamos. Assim sendo, por natureza somos, predispostos a uniões, cidades, consórcios, associação dos homens e a uma natural comunidade.

Marco Túlio Cícero (séc. II a.C.) é considerado o principal autor do jusnaturalismo cosmológico. É notório, na literatura jus filosófica, que o

estoicismo influiu sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antiguidade clássica da noção de Direito Natural.

O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito. Apesar da riqueza do pensamento encontrada na antiguidade sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia à preocupação demonstrada pelos pensadores.

Esta passagem do Livro III, Da República, mostra-nos a concepção natural de Cícero:

> *XVII. A razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derrogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios (CICERO, 1985, p. 85).*

Cícero faz, portanto, a transição da concepção antiga para a medieval. Em Da República, defende uma lei "verdadeira", conforme a razão, imutável e eterna, que não muda com os países e com os tempos e que o homem não pode violar sem renegar a própria natureza humana.

Esta concepção, de um Direito natural ditado pela razão, influenciou os padres da Igreja, sobretudo Santo Agostinho, e suscitou problemas de ordem teológica, tanto pela dificuldade de explicar a coexistência de uma lei natural com uma lei revelada, quanto porque a aceitação da existência, de uma lei moral autônoma no homem punha em causa a necessidade da graça de Deus.

A Idade Média desenvolveu a doutrina de um Direito natural que se identificava com a lei revelada por Deus a Moisés e com o Evangelho. Obra principalmente de Graciano (século XII) e de Santo Tomás de

Aquino (século XIII), que entende como "Lei natural" aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem: uma norma, portanto, racional.

Enfim, para a concepção moral e jurídico-política católica, o direito natural é, sem dúvida, ditado pela razão, mas a razão não é senão o meio que notifica ao homem a vontade de Deus, que pode, por conseguinte, modificar o direito natural ao seu arbítrio. Tese retomada pela Reforma Protestante.

O Cristianismo, desenvolvido pela Igreja Católica Apostólica Romana, pela verve de seus padres, ao submeter verdades da razão (leia-se Filosofia e Ciência) às verdades teologais (Teologia), formula o Direito natural propriamente Teológico.

Conforme preleciona João Maurício Adeodato (1989, p. 30 ss.), autor que tomaremos como base para toda a síntese seguinte da concepção do Direito natural cristão, o Cristianismo, na esteira da filosofia helenista, despolitiza a noção de liberdade e praticamente a identifica com o livre arbítrio ou o liberar-se dos próprios desejos, uma faculdade do ser humano enquanto tal, em sua solidão interior, na linha da doutrina vitoriosa de Paulo de Tarso (l?-60?).

Sabe-se que Epiteto procura "(...) divorciar da política a noção de liberdade e chegar a uma formulação através da qual fosse possível ser escravo no mundo e ainda ser livre" (ADEODATO, 1989, p. 38). Enquanto a liberdade clássica é um pressuposto da ação política, a Igreja passa a pregar que a liberdade admite gradações: se o escravo pode ser livre, a verdadeira liberdade, em última instância, não pode ser tirada de ninguém. Sob quaisquer circunstâncias de dominação de fato, sempre resta ao cristão a opção de aderir, no fundo de seu ser, à verdadeira religião.

Essa liberdade cristã parte da vontade de cada um: não se trata mais da liberdade de poder agir em um contexto político que legitimamente o propicia, mas sim de um mero querer ser livre individual; por isso a grande preocupação do apóstolo Paulo com a vontade.

O espírito da época medieval, profundamente voltado para o teocentrismo, produziu uma filosofia centrada na figura da Divindade, filosofia essa quase indissociável da teologia cristã.

Em Santo Tomás de Aquino (1225-1274), esse modo de conceber o mundo adquire uma feição ainda mais racionalizante e sistemática, posto

que voltada para a tentativa de "cristianização" de Aristóteles, uma busca de aproximação entre a dogmática católica tradicional que tivera sua fundamentação filosófica com o advento da Patrística de Santo Agostinho e a filosofia pagã da Antiguidade Clássica, cujo expoente maior fora Aristóteles.

Com efeito, Tomás de Aquino distingue-se da tendência antropológica por colocar a vontade divina — expressa na *lex æterna* — como parâmetro de inspiração e legitimidade para todo o direito positivo.

Partindo de uma compreensão aristotélica de homem, como um ser racional, político e social, Santo Tomás de Aquino constrói a sua Filosofia do Direito, de logo identificado o seu caráter essencialista, que se evidencia nos dois primeiros capítulos da *Summa Theologica*, notadamente nas questões nos 90-105, da primeira parte do Segundo Livro, onde se busca a essência da Justiça.

A finalidade do Direito e de toda a ordem jurídica seria a justiça, compreendo-a Santo Tomás como proporção, à maneira aristotélica. Há na justiça um caráter eminentemente racional. Por isso, o homem, pondera o "Santo dos Escolásticos", institui a convivência social mediante a ordem: "*Est ordo quem ratio considerando facit in rebus exterioribus*".

Na "*proportio ad alterum*" identifica-se a existência de dois pensamentos básicos: a alteridade ("ter-que-ser-para-o-outro") e a exigência de um dever. Há uma identidade entre a justiça, a ideia de proporção e a de mediação. O justo é equivalente do meio e do igual, o que remonta sempre à ideia de convivência com o outro, de coexistência.

A identificação da justiça com a ideia de proporção revela a nítida influência aristotélica no pensamento jurídico do autor da *Summa Theologica*, concepção esta que também não nega sua influência pitagórica (Pitágoras de Samos, séc. VI a. C.).

Portanto, deve haver um justo equilíbrio ou uma proporção entre os anseios da sociedade e os de seus membros, tendendo a vontade dos particulares a dar aos agrupamentos sociais nos quais vivem o que lhe é devido ("*jus suum cuique tribure*") para que se realize o bem-comum, ou seja, a conservação e o aprimoramento da sociedade.

Quanto ao Direito, que tem por finalidade a justiça, Santo Tomás de Aquino o compreende como demarcação objetiva do justo, sendo, essen-

cialmente, ora proporção, ora acordo, ora ajustamento, a harmonizar, portanto, os homens em sociedade. Vem a ser, assim, eminentemente racional. Mas não apenas princípio racional, também verdade prática, servindo à realidade social através da legislação positiva, mas de conformidade sempre com uma lei ideal, eterna, cuja finalidade é a realização do bem-comum, o primeiro princípio de uma ordem prática a ser executada por uma verdade prática, o Direito.

3.2 Jusnaturalismo Moderno

Segundo Bobbio, no verbete Jusnaturalismo, em Dicionário de Política, (1992, p. 655-660), texto base para a síntese seguinte, a noção moderna do Direito natural surge contra o voluntarismo ligado ao calvinismo, combatido pelos tomistas contra Guilherme de Ockham (XIV), através do holandês Hugo Grócio (Huig de Groot) (1625). Para ele, o direito natural é fundamento de um direito que deve ser reconhecido como válido por todos os povos (origem do direito das gentes, isto é, do direito internacional). Tal direito é ditado pela razão, sendo, para alguns autores do Iluminismo, inclusive, independente não só da vontade de Deus como também da sua própria existência.

Movimento Iluminismo (razão como guia) que propõe uma cultura laica e antiteológica. Suas influências: no constitucionalismo da Inglaterra; na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América (1776), onde se afirma que todos os homens são possuidores de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade; na Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789); na Revolução Francesa (Liberdade, igualdade e fraternidade).

Há uma mudança fundamental do jusnaturalismo antigo e medieval para o moderno, que é o processo de laicização da concepção de conhecimento, lei, Estado etc. O jusnaturalismo moderno ressalta fortemente o aspecto subjetivo do direito natural (direitos inatos) em detrimento do seu aspecto objetivo (o da norma).

Nos séculos XVII e XVIII, moldam-se as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal. Esse tema será explicitado mais detidamente no capítulo seguinte.

O Estado é criado pelo homem, onde ocorre a passagem do estado de natureza para o estado social, mediante o contrato social (Estado politicamente organizado e dotado de autoridade). Pacto entre os cidadãos e o

soberano para legitimar a função do Estado (Estado detentor do ius puniendi). Definição da liberdade entre o pacto de união (coletividade) e o de sujeição (às leis criadas).

3.2.1 Características do Direito Natural Moderno

As teorias da formação do direito moderno destacam-se em duas correntes ou escolas filosóficas principais: 1) Escola Clássica do Direito Natural. Seus principais representantes são: Hugo Grócio (1583-1645), Pufendorf (1632-1694), Hobbes (1588-1679), Rousseau (1712-1778) e Locke (1632-1704); 2) A filosofia crítica de Kant e o idealismo de Hegel. Trata-se, neste texto, somente das características gerais do pensamento das Escolas Clássicas.

A partir da leitura de Filosofia do Direito, de Paulo NADER (2003: 128 ss.), pode-se dizer que a concepção moderna racional ou antropológica do Direito natural configura-se, em linhas gerais, pelas seguintes características:

a) O reconhecimento de que a natureza humana é fonte do Direito natural;
b) A admissão da existência do estado natural do homem;
c) O contrato social como origem da sociedade civil ou do Estado (estado social ou civil), tendo como fundamento existência de direitos naturais, anteriores e superiores ao Direito positivo;
d) O surgimento do estado de direito, ou seja, o governo pelas leis; os pressupostos filosóficos do Estado liberal, sobretudo a defesa das liberdades e garantias individuais, as ideias da soberania popular e da origem contratual do poder fornecem os instrumentos normativos;
e) Desses princípios surgiu o Estado liberal – que será, após a década de 1980, transformado no Neoliberalismo (Sistema Neoliberal) vigente – centrado no indivíduo, ou seja, nas garantias das liberdades individuais, visando conquistar mais liberdade para os burgueses. Neste sentido, a valorização dos indivíduos é fundamental, pois um burguês ou um trabalhador não pode invocar sangue, linhagem familiar ou dinastia para explicar sua origem e posição social. Os burgueses somente podem invocar a si mesmos como indivíduos detentores da capacidade para o trabalho, para a produção e o livre

comércio. Por isso, a valorização do indivíduo, ou da subjetividade como lugar da certeza, da verdade e da origem dos valores, em oposição à tradição do saber adquirido, das instituições e da autoridade externa;

f) Essas ideias propiciam duas conquistas fundamentais do mundo moderno nos campos político e jurídico: i) O princípio da tolerância religiosa e ii) e o da limitação dos poderes do Estado (todo ato ou toda ação tem que ser realizada conforme a lei, inclusive a criação ou revogação da própria lei);

g) A ideia de soberania popular e a da origem contratual do poder político fornecem os instrumentos normativos do Estado. O poder passaria a ser concebido como expressão de uma soberania autossuficiente;

h) A ideia do direito natural é o sustentáculo da teoria do Contrato Social, contra o governo teocrático e absolutista dos monarcas, cuja origem do poder político era fundamentada na hereditariedade e na designação divina.

3.3 O Jusnaturalismo no Século XIX

O jusnaturalismo do século XVIII representava uma inovação para a concepção jurídica da época e exerceu influências tais como: espírito inovador; respostas às exigências práticas e técnicas; representação de um sistema racional e universal de normas, conforme a tendência iluminista que objetivava a racionalização e a sistematização de todos os aspectos da realidade, tendo a razão como guia e, por outro lado, excluindo as contribuições da tradição e da história. Pois, para o iluminismo, tudo tinha que ser ditado pela razão.

Perante a crise do chamado “direito comum”, o Jusnaturalismo surge, com a sua teoria de um direito imutável, inalienável e, por isso, universalmente válido, porque ditado pela razão, como capaz de oferecer as bases doutrinais para uma reforma racional da legislação.

O objetivo era converter em normas positivas as normas do direito natural. Por isso, transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo.

No princípio do século XIX, o romantismo surge como uma crítica contundente ao iluminismo e, consequentemente, contra o jusnaturalismo.

O historicismo jurídico alemão (escola histórica do direito) acusa o Jusnaturalismo de abstratismo intelectualista ao pretender determinar normas e valores imunes ao devir histórico, eternos e imutáveis.

O Jusnaturalismo, no decorrer do século XIX, sofreu total descrédito, exceto no âmbito católico. Desta forma, somente se concebia por jurídico o que concerne ao direito positivo.

3.4 O Jusnaturalismo Contemporâneo

O Jusnaturalismo despontou de novo depois da Segunda Guerra Mundial, como reação a estatização dos regimes totalitários. Em grande parte o fenômeno se verificou ainda no âmbito da cultura católica; mas também entre protestantes alemães e em medida bastante notável no mundo laico, a ideia do direito natural ressurgiu objetivando limitar os poderes do Estado. O jurista alemão Radbruch é um dos expoentes desta concepção.

O Jusnaturalismo volta a ser aceito, mesmo por historicistas como Benedetto Croce, desde que sejam abandonadas as afirmações da imutabilidade e eternidade do direito natural e o reconheçam imanente à história, tal como o vira, no século XVIII, G. B. Vico, ou então em devir com ela, conforme Romagnosi, no século XIX.

Por outro lado, os defensores do positivismo refutam a tese do direito natural, pois vêem nele uma transposição ilegítima do direito do plano da validade formal para o do valor que, por ser este não completamente objetivável careceria do rigor necessário à ciência jurídica.

Hoje o jusnaturalismo é aceito na forma que se propõe aproximar das explicações sociológicas e "realísticas" do direito. Tais doutrinas rejeitam o positivismo jurídico por causa do seu formalismo, que separa o Direito dos âmbitos subjetivo e valorativo. Esta é uma função importante que pode permitir a crítica atual da imposição positivista e formalista do direito.

Conclusão

O conceito de Direito Natural, regra geral, orienta-se pela busca de valores que se consubstanciam em uma justiça perene e imutável. Mesmo que se oponha a essa noção, parece-nos inegável a sua contribuição para os fundamentos da elaboração de um direito positivo concebido como justo ao longo da história do Ocidente. Exemplos expressivos podem ser

considerados, o princípio da "dignidade da pessoa humana" (CF/1988, art. 1º, III); a definição dos Direitos Humanos fundamentais etc.

Pelo exposto, conclui-se que o direito natural pode ser agrupado nas seguintes categorias: a) O jusnaturalismo cosmológico, vigente na antiguidade clássica; b) o teológico, surgido na Idade Média, tendo como fundamento jurídico a idéia da divindade como um ser onipotente, onisciente e onipresente; c) o racionalista, surgido no seio das revoluções liberais burgueses dos séculos XVII e XVIII, tendo como fundamento a razão humana universal; d) o contemporâneo, gestado no século XX, que contextualiza a ideia de justiça no plano histórico e social, atentando para as diversas acepções culturais acerca do direito justo, sobretudo focado na defesa dos direitos humanos fundamentais.

As concepções modernas e contemporâneas do direito natural exercem ainda influência significativa sobre a formação jurídica atual. As recepções dessas ideias e suas críticas de eliminação, superação ou de reconstrução da ideia do direito natural são as mais variadas.

Primeiro, os ideais liberais inicialmente valeram-se da noção de direito natural centrada nas liberdades individuais e contratuais da sociedade e do Estado, em contraposição a ordem teocrática e monárquica, ao considerar a *lex æterna* ou a *ratio* fonte da organização social da vida humana, para a composição dos direitos fundamentais do indivíduo na formação do Estado moderno.

Uma vez esses direitos tendo sido incorporados ao ordenamento jurídico com a tutela estatal a ideia do natural perde força e passa a ser considerada, por alguns, uma referência valorativa, para outros, meramente metafísica ou mesmo hipotética, face ao direito positivo vigente.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*: uma crítica à verdade na ética e na ciência. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O Problema da Legitimidade*: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Brasília: UNB, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. & ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. Doutrinas e Filosofias Políticas. *Contribuições para a História da Ciência Política*. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1992.

_____. "Max Weber e Hans Kelsen". *In Diritto e Potere*. Napoli: Edizioni Scientifiche, 1992.

CICERO, Marco Túlio. *Da República*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FREITAS, Juarez. *As Grandes Linhas da Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KELSEN, Hans; ROSS, Alf et al. *O positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999.

HERRERO, F. Javier. "Ética do Discurso". In OLIVEIRA, Manfredo A. de (org.). *Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 163-192.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: WEFFORT, F. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito*. Dos Modernos aos Contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

MATOS, Olgária C. F. *A Escola de Frankfurt*: luzes e sombras do Iluminismo. São Paulo: Moderna, 1993.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VAZ, Henrique C. de L. *Antropologia Filosófica I*. São Paulo: Loyola, 1991.