

A contribuição jusnaturalista no pensamento jurídico

Juenil Antonio dos Santos

Resumo

O presente artigo pretende analisar as correntes jusnaturalistas no pensamento jurídico.

Palavras-chave: Filosofia. Jusnaturalismo.

Abstract

This article analyzes the current legal thinking on natural law.

Keywords: Philosophy. Natural law.

Introdução

Ao longo da história tem-se convivido com a ideia de duas leis, uma fundamentada somente na autoridade humana e a outra de origem divina ou natural, sendo, portanto, superior as leis meramente humanas. O progresso científico e tecnológico durante o século XIX, com a crença na razão iluminista, desempenhou um papel importante para a ascensão do positivismo (filosófico e jurídico) e a rejeição da ideias de direito natural.

“Desde sempre o Iluminismo, no sentido mais abrangente de um pensar que faz progresso, perseguiu o objetivo de livrar os homens do medo e fazer deles senhores. Mas, completamente iluminada, a terra resplandece sob o signo do infortúnio triunfal. O programa do Iluminismo era o de livrar o mundo do feitiço. Sua pretensão, a de dissolver os mitos e eliminar a imaginação, por meio do saber. O casamento feliz entre o entendimento humano e a natureza das coisas, que ele [Bacon] tem em vista, é patriarcal: o entendimento que venceu a superstição, deve ter voz de comando sobre a natureza desfeitiçada. a técnica é a essência desse saber. Seu objetivo não são os conceitos ou imagens nem felicidade da contemplação, mas o método, a exploração do trabalho dos outros, o capital. O que os homens querem aprender da natureza é como aplicá-la para dominar completamente sobre ela e sobre os homens. Fora disso, nada conta. Sem escrúpulos para consigo mesmo, o Iluminismo incinerou os últimos restos de sua própria consciência de si. Só um pensar que faz violência a si próprio é suficientemente duro para quebrar os mitos. Poder e conhecimento são sinônimos.”

A história recente com os tumultos, revoluções, guerras, barbarismos e os avanços tecnológicos que parecem ter servido aos propósitos da tirania cruel do que propriamente aos de promoção da felicidade humana, tem resultado num ressurgimento do pensamento do direito natural.

A questão jusnaturalista no pensamento jurídico clássico

Na sociedade primitiva não se distinguia o mundo natural e o mundo dos seres e problemas humanos. Forças divinas e espirituais governavam o mundo e o homem. Também nenhuma distinção havia entre as leis físicas da natureza que regem a ordem do universo e os decretos dos deuses, ou de seus representantes na terra, que determinavam a ordem da sociedade humana.

Na estrutura deste pensamento, a natureza não só está em contraste como também é inferior ao sobrenatural. Pelo arbítrio e capricho dos deuses podia ser alterado o curso natural do Sol. Diante da intervenção divina na natureza, o pensamento se voltava para os poderes sobrenaturais em busca de explicação para o curso dos eventos divinos e humanos.

A partir de uma concepção monoteísta, principalmente nas religiões judaico-cristãs, desenrola na história humana uma noção de propósito ou padrão divino e o surgimento de uma crença numa ordem natural das coisas divinas e humanas estabelecida pelo desígnio de um legislador divino. Dentro desta nova perspectiva, Deus é o legislador divino que determinou para sempre a ordem física do Universo e estipulou as leis que governam os assuntos humanos.

Mesmo ainda havendo uma certa margem para a intervenção divina, essa nova abordagem trouxe a possibilidade de uma investigação científica das leis como princípios fixos e imutáveis e também colocou a natureza no centro do palco como uma ordem fixa e que tinha direito especial de reverência, pois era criação de Deus. Entretanto, esta nova abordagem, não traçou uma linha nítida entre a ordem imutável da natureza e o padrão de conduta humana igualmente estipulada pela lei de Deus outorgada ao homem.

Na busca de uma explicação para o funcionamento do Universo, os filósofos pré-socráticos iniciaram uma investigação científica da natureza. O principal objetivo destes homens era explorar o mundo natural a fim de descobrir algum princípio ou princípios que governassem e explicassem a estrutura e funcionamento do Universo.

No entender de Maria Helena Chauí:

“A filosofia surge, portanto, quando alguns gregos, admirados e espantados com a realidade, insatisfeitos com a explicação que a tradição lhes dera, começaram a fazer perguntas e buscar respostas para elas, demonstrando que o mundo e os seres humanos, os acontecimentos e as coisas da Natureza, os acontecimentos e as ações humanas podem ser conhecidas pela razão humana, e que a própria razão é capaz de conhecer-se a si mesma.”

Nasce, a partir de então, a crença no racionalismo, ou seja, a ideia de que o Universo é governado por leis inteligíveis e capazes de serem apreendidas pela mente humana. E não somente isto, mas também a abordagem do papel do homem no mundo, pois era igualmente possível determinar princípios racionais para governar a conduta do homem, como indivíduo e em sociedade. Estas foram, indubitavelmente, grandes contribuições dos gregos para a ciência e filosofia ocidentais subsequentes.

Platão aborda a questão da justiça a partir de um conceito idealista. A justiça neste mundo nada mais era do que sombras, um pálido reflexo da realidade existente no mundo ideal. Apresenta, assim, a justiça como algo absoluto que só pode ser apreendida pelo filósofo e que só pode ser plenamente realizada num Estado ideal governado por reis-filósofos. A justiça representada pelas leis de determinados Estados era, no máximo, uma pálida sombra da justiça real.

O conceito de justiça em Platão era estático, pronto e acabado como o seu próprio conceito de natureza, ou seja, toda a sua filosofia é construída a partir da ideia de um mundo ideal, perfeito e de um mundo das cópias imperfeitas, fenomênico. Neste aspecto a justiça perfeita estaria tão somente no mundo ideal.

Contrastando com a posição de seu mestre, Aristóteles tem uma visão dinâmica da natureza e, em relação à justiça, entendeu que poderia haver justiça convencional e a justiça natural. A justiça convencional se estabelecia diante da variação de Estado para Estado considerando a história e necessidade de certas comunidades.

“Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida”.

A comparação que se pode fazer entre os dois principais pensadores gregos diz respeito ao conceito de natureza. Se em Platão a natureza, por ser estática, pode funcionar como um padrão ideal pelo qual podem ser aferidos os padrões não naturais ou puramente convencionais; em Aristóteles, face o conceito de natureza dinâmica, encontramos uma concepção fatural, com base num estudo do que o homem realmente é, e não especulativa.

Quanto ao conteúdo, a abordagem platônica propõe uma visão puramente idealista do direito natural, como algo a ser vislumbrado por uma intuição racional, ou seja, o conteúdo, sob ótica platônica, já está determinado. Ao passo que a abordagem aristotélica propõe que a melhor prova do direito natural se verifica na existência de normas e padrões comuns à humanidade, basta um estudo comparado para se chegar ao conteúdo.

Posteriormente aos dois grandes sistemas filosóficos, platônico e aristotélico, surge um sistema que enfatiza a universalização da natureza humana e irmandade entre os homens, contrariamente aos sistemas anteriores que eram exclusivistas (somente aos gregos livres e restrito ao mundo grego de cidades-Estados independentes). O estoicismo traz a ideia da existência de duas leis: a lei da cidade universal e a lei da cidade do homem. A lei universal era superior a lei do homem e era determinada pela razão.

É interessante notar que a concepção estoíca de direito natural como lei universal tem uma associação com o *jus gentium* dos romanos.

“O jus gentium e o jus civile correspondem à nossa distinção entre direito natural e direito positivo, visto que o primeiro se refere à natureza (naturalis ratio) e o segundo às estatuições do populus. Das distinções ora apresentadas temos que são dois os critérios para distinguir o direito positivo (jus civile) do direito natural (jus gentium):

a) o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites;

b) o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela naturalis ratio.

A dicotomia existente no pensamento clássico grego, também se apresenta no direito romano, ou seja, a distinção entre direito natural e direito positivo. O direito natural é imutável no tempo e o direito positivo muda no espaço e no tempo.

“Dois são os critérios sobre os quais se baseia a distinção de Paulo entre direito natural e direito civil:

a) o direito natural é universal e imutável (semper) enquanto o direito civil é particular (no tempo e no espaço);

b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (bonum et aequum), enquanto o civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.

A questão jusnaturalista no pensamento jurídico medieval

240

O apogeu do Império Romano medieval permitiu a propagação das ideias universalizantes dos estoicos e da concepção romana do *jus gentium*, contudo um novo elemento estava se associando aos elementos anteriores: a nova fé universal dos cristãos.

Num primeiro momento, os cristãos, diferente da concepção judaica de lei como representação da vontade de Deus na terra, adotaram uma atitude de desprezar as coisas terrenas. Neste aspecto, as leis terrenas eram males resultantes da culpabilidade pecaminosa do homem, em virtude da queda do homem. Não obstante, os cristãos adotaram a crença estoica na irmandade de homens, ficavam indiferentes à ideia de uma lei universal da razão na terra.

O primeiro grande pensador cristão foi, indubitavelmente, Santo Agostinho que elabora a concepção de justiça, influenciada pelo platonismo, como um ideal que se concretizará com a Cidade de Deus na terra. Acredita que mesmo nos Estados imperfeitos deste mundo haveria a necessidade de justiça. Tal justiça é parte da ordem divina de coisas, embora inferior daquela justiça divina que reinará suprema na Cidade de Deus.

O pensamento natural passa, agora, a fazer parte da ordem divina, em parte milagrosamente revelada, e em parte determinável pela razão. Sendo a lei natural imposta por Deus, tinha no chefe da Igreja Católica, o Papa, o seu expositor e intérprete, devendo a ele todos se vincularem, governantes e governados.

Outro pensador medieval que tem uma considerável contribuição ao pensamento do direito natural é São Tomás de Aquino, que rejeita a noção antiga dos cristãos de que a lei e o governo estavam enraizados no pecado. Fixa um padrão do moderno pensamento natural em expressar que o direito natural não era um sistema que abrangia toda a esfera de atividades humanas.

“Na Summa Theologica de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: lex aeterna, a lex naturalis, a lex humana e a lex divina. Esquecendo-nos da primeira e da quarta destas categorias (a lex aeterna e a lex divina) que não nos interessa aqui, consideremos a lex naturalis e a lex humana: tais leis correspondem à distinção entre direito natural e direito positivo; em verdade Santo Tomás não chama positiva a lex humana apenas porque também a lex divina é positiva... A lex humana, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, per conclusionem ou per determinationem”.

A grande questão que vislumbramos em Tomás de Aquino, e por isso tem uma repercussão no mundo moderno, é quando existisse conflito entre a lei divina e a lei humana. Se um governante impusesse uma obrigação legal a um indivíduo contrária ao direito natural, qual seria a opção deste indivíduo?

“Do jusnaturalismo de Santo Tomás tem sido muita das vezes invocado o princípio (que na realidade fora enunciado por Santo Agostinho e que Santo Tomás aceitou com fortes limitações e reservas) de uma lei positiva, diversa do direito natural e, por isso, injusta, não é uma verdadeira lei e não obriga. Tal princípio, muito além das intenções de Santo Tomás, foi muitas das vezes alegado para contestar a validade das leis do Estado, quando este se opunha à Igreja; e há juristas e políticos católicos que ainda hoje o invocam”.

241

A questão jusnaturalista no pensamento jurídico moderno

A partir do século XV, com o surgimento do Renascimento, o pensamento jurídico teria um novo enfoque. Não mais o veríamos atrelado à Igreja Católica, principalmente ao pensamento escolástico, mas sim o início de um enfoque científico. A Reforma Protestante tentou um retorno à forma teocrática do Velho Testamento, contudo a própria Reforma contribuiria para uma revolução científica.

Superando as expectativas, o direito natural, longe de ser rejeitado, teve até o século XVIII uma fase considerada de Idade de Ouro. A ênfase agora era sobre o caráter racional do direito natural. Não era fundamental saber se foi Deus quem criou o mundo e tudo que nele existe. Isto era indiferente. Com a existência ou não de Deus, o direito natural continuaria a ser aplicado.

“Em primeiro momento, essa explicação opera-se mantendo-se os autores fiéis a certos pressupostos medievais, como acontece na Doutrina de Grócio. Na obra do mestre holandês há uma passagem característica, na qual declara que a justiça possui fundamento na razão, de maneira tão inamovível, que ela existiria mesmo que, por absurdo, Deus não existisse. Embora afirmada a existência de Deus, não é dessa ideia que decorre a legitimidade da ordem justa: é justa por ser expressão de ditames de razão. Os pensadores, depois de Grócio, não sentirão mais necessi-

dade de fazer qualquer referência cautelosa a valores transcendentais, preferindo explicar o universo jurídico e político segundo dados estritamente humanos.”

Esta é a fase de plena confiança na razão. Era ela que ditava uma ordem racional nos assuntos humanos, que só podia ser produzida pelo raciocínio e que, em linhas gerais, funcionaria em toda parte.

Agora é o homem que se coloca no centro do Universo e passa a indagar da origem daquilo que o cerca, dispensa qualquer explicação que não esteja dentro dos ditames da razão.

“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 saber capaz de pensar e de agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência que vai resultar a lei”.

Podemos enumerar as diferenças fundamentais entre o jusnaturalismo moderno e o jusnaturalismo antigo-medieval, embora não existe qualquer fratura entre ambos, mas continuidade.

242

O jusnaturalismo antigo-medieval apresenta:

- a) Uma teoria do direito natural como norma objetiva;
- b) Ressalta o aspecto objetivo, o da norma;
- c) O Estado é considerado uma instituição necessária por natureza.

Já o jusnaturalismo moderno apresenta:

- a) Uma teoria dos direitos subjetivos, de faculdades;
- b) Ressalta fortemente o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos;
- c) O Estado é considerado como obra voluntária dos indivíduos. Os indivíduos abandonam o estado de natureza e fazem surgir o estado politicamente organizado e dotado de autoridade.

“A partir dessa constatação, o modelo jusnaturalista pode desenvolver a ideia de uma transição necessária do estado natural para um estado civil. Essa passagem ocorreria através da busca da superação de uma constante insegurança dos indivíduos, que, mediante atos voluntários e deliberados, produziram uma sociedade política fundada no consentimento, sua maior fonte de legitimação”.

É flagrante percebermos que o individualismo, em algumas doutrinas jusnaturalistas modernas, é levado ao extremo, a ponto de se considerar a própria sociedade

como efeito de um contrato entre os indivíduos. Então temos a ideia de contrato social se desdobrando em duas fases: em pacto de união e em pacto de sujeição. A sociedade se apresenta tão precária e incerta que se torna conveniente sair desta situação para fazer surgir uma instituição jurídico-política organizada.

“Direitos inatos, estado de natureza e contrato social, conquanto diversamente entendidos pelos vários escritores, são os conceitos característicos do jusnaturalismo moderno; acham-se de tal modo presentes em todas as doutrinas do direito natural dos séculos XVII e XVIII que se pode falar de uma escola do direito natural. Isto fez com que reservassem a expressão jusnaturalismo para as doutrinas deste período histórico. E foi isto também que criou a opinião errônea de que a ideia de direito natural nasceu e foi cultivada apenas a partir deste período, nomeadamente desde Grócio em diante”.

O jusnaturalismo moderno dos séculos XVII e XVIII cometeu vários erros. Entre eles destaca-se a falta de sentido histórico. Contudo o ideal jusnaturalístico colheu enormes resultados políticos: contribuiu para a Declaração da Independência dos Estados Unidos, onde se verifica os pontos de luta do jusnaturalismo como os homens possuidores de direitos inalienáveis, direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade. É ainda podemos enfatizar outra conquista jusnaturalista que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que constituiu um dos primeiros atos da Revolução Francesa e onde se proclama, juntamente com os direitos naturais, a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Não podemos esquecer outro aspecto muito importante no século XVIII. O direito natural era um modelo perfeito para as legislações positivas.

“A ideia de um sistema racional e universal de normas se opunha de modo gritante à realidade da vida jurídica daquele tempo. Esta se caracteriza por um grave estado de confusão e de incerteza, provocado pela crise do direito então vigente, o direito chamado comum, ou seja, o Direito Romano Justiniano, modificado e complicado através de séculos pelo concurso de outras variadíssimas fontes de normas jurídicas, e agora praticamente impossível de ser conhecido com segurança. Sentia-se, por isso, uma forte necessidade de reformas legislativas que desse ao direito principalmente a certeza; o jusnaturalismo, com a sua teoria de um direito absoluta e universalmente válido, porque ditado pela razão, era capaz de oferecer as bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação. Parecia que o problema da reforma consistia em converter em normas positivas as normas do direito natural, que se haviam de pôr em prática de uma vez para sempre. Foi este o propósito das codificações que tiveram lugar entre o fim do século XVIII e início do século XIX, embora, na realidade, os codificadores levassem em conta, além do direito natural, o direito vigente, buscando dar a este uma sistematização racional que o aproximasse do modelo jusnaturalista.”

Diante desta onda de codificação restou o exaurimento do jusnaturalismo, justamente em que celebrava o seu triunfo. Daquele momento em diante não se via e não se admitia outro direito que não fosse o direito codificado. Nenhum princípio ou norma extrínsecos ao sistema positivo do direito foi considerado válido, nem em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo se poderia recorrer ao direito natural. Sobressai, então, o princípio característico do positivismo jurídico de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.

No princípio do século XIX, o jusnaturalismo sofreu vários ataques.

A escola histórica alemã acusava o jusnaturalismo de abstratismo intelectualista ao pretender determinar normas e valores imunes ao devir histórico, eternos e imutáveis (ressalta-se a influência do pensamento de Hegel entre os juristas alemães). Conceitos como de estado de natureza, do contrato social e de direitos inatos foram duramente criticados pelos historicistas.

O século XIX presenciou o nadir da escola do direito natural. Caindo em descrédito, sobreviveu apenas a forma católica, baseada em Tomás de Aquino, restrito aos círculos da Igreja e se apresentava com finalidade conservadora e reacionária, contestando a legitimidade do Estado liberal e constitucional.

A questão jusnaturalista no pensamento jurídico contemporâneo

244

Relegado ao ostracismo no século XIX, utilizado como um adjetivo depreciativo no sentido de indicar conceitos e argumentos estranhos ao campo da juridicidade, o jusnaturalismo ressurgiu de suas próprias cinzas depois da Segunda Guerra Mundial.

As razões desta ressurreição podem ser facilmente encontradas: a ascensão das ditaduras nazistas e fascistas; expansão do totalitarismo; e estorrecedora selvageria do massacre de milhões de pessoas em nome da ideologia racial.

“O jusnaturalismo despontou de novo depois da Segunda Guerra Mundial, como reação ao estatismo dos regimes totalitários. Em grande parte o fenômeno se verificou no âmbito da cultura católica; mas também nos ambientes protestantes alemães e em medida bastante notável no mundo laico, a ideia do direito natural se apresentou de novo, sobretudo como dique e limite ao poder do Estado”.

Para Chaim Perelman o renascer do direito natural está atrelado ao fracasso do direito positivo:

“O renascimento das teorias do direito natural na filosofia do direito contemporâneo é certamente, em grande parte, a consequência do fracasso do Positivismo. Mas será indispensável, para sanar esse fracasso, recorrer a construções ideológicas que pareciam definitivamente arruinadas pela crítica positivista? Cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorreram aos princípios gerais do direito, que poderíamos aproximar do antigo jus gentium e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explicita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigató-

rios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz da validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta”.

O ressurgimento do pensamento jusnaturalista se deu, como falado acima, face às guerras, ao totalitarismo e a outras barbáries. Também já foi mencionado a sua influência fecunda na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição dos Estados Unidos. Este renascimento na contemporaneidade não é pacífico. Até mesmo inimigos mortais do jusnaturalista, pensadores ligados ao historicismo como Benedetto Croce, tem se aproximado do jusnaturalismo. Isto se deu em razão do abandono pelos jusnaturalistas das teses da imutabilidade e eternidade do direito natural e reconheceram a sua imanência na história.

A polêmica, longe de um ponto final, se desenvolve ora no plano da ética, ora no plano da política, ora no da ciência jurídica. Percebe-se, em alguns momentos, que a polêmica é viciada por preconceitos clericais e anticlericais, devido à convicção errônea de que a ideia de direito natural é própria da Doutrina Católica.

A vitalidade do jusnaturalismo contemporâneo se dá nas doutrinas sociológicas e realísticas do Direito. Estas doutrinas criticam duramente o positivismo jurídico por causa de seu formalismo. As doutrinas sociológicas que consideravam o Direito não em sua estrutura formal, mas no seu conteúdo real, foram já considerados pelos seguidores do positivismo como jusnaturalísticas. Contudo pensadores do positivismo jurídico tem aberto diálogo com o direito natural.

245

Conclusão

Os mais críticos têm ponderado que o direito natural tem a sua importância se desvinculado de um direito natural metafísico, extra-histórico, eterno e imutável.

O que podemos observar é que até mesmo o jusnaturalismo católico, tão mal compreendido e objeto de calorosas polêmicas, que sempre defendeu a invariabilidade histórica do direito natural, o que não foi a tese de São Tomás de Aquino, tem-se inclinado a rever seus pontos de vista.

Firmado historicamente, acompanhando a transformação da sociedade, em contraste com o direito positivo, que nem sempre tem condições de se adaptar a tal transformação, o jusnaturalismo tem, diante de si, uma função: a relação entre o Poder Legislativo e o Poder do Judiciário, a relação entre o juiz e a lei, na medida em que admitir que um juiz possa invocar um direito natural e atribuir ao Poder Judiciário o poder de criar o Direito.

