

BIBLIOTECA DO PENSAMENTO BRASILEIRO

Conselho Editorial:

Prof. Miguel Reale
Prof. Antonio Paim
Prof. Ubiratan de Macedo
Prof. Adolpho Crippa

Coordenação Editorial:

Gumercindo Rocha Dorea

CIP-Brasil Catalogação-na-Publicação
Câmara Brasileira do Livro, SP

C847c

Correia, Alexandre, 1890-1984.
Ensaos políticos e filosóficos / Alexandre Correia —
São Paulo : Convívio : Ed. da Universidade de São Paulo,
1984.

(Biblioteca do pensamento brasileiro :

Textos)

1. Direito — Filosofia 2. Política — Filosofia
3. Filosofia I. Título.

CDU-340.12

CDD-320.01

-100

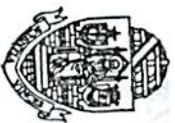
84-2184

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12 (CDU)
2. Filosofia 100 (CDD)
3. Política : Filosofia 320.01 (CDD)

Copyright by Editora Convívio

Convívio — Sociedade Brasileira de Cultura
Alameda Eduardo Prado, 705 — S. Paulo
CEP 01218 — S.P.



Obra publicada
com a colaboração da

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Prof. Dr. Antônio Hélio Guerra Vieira

EDITORA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Presidente: Prof. Dr. Mário Guimarães Ferri

Comissão Editorial:

Presidente: Prof. Dr. Mário Guimarães Ferri (Instituto de
Biotecnias). **Membros:** Prof. Dr. Carlos da Silva Lacaz
(Faculdade de Medicina), Prof. Dr. Osvaldo Fadigas
Fontes Torres (Escola Politécnica), Prof. Dr. Osvaldo
Paulo Forattini (Faculdade de Saúde Pública) e Prof.
Dr. Alfredo Bosi (Faculdade de Filosofia, Letras e Ciên-
cias Humanas).

sem III!

Completos
4

Na Inglaterra, Austin e Sumner Maine fundavam a Fenomenologia jurídica sobre as ruínas do Direito Natural.

Na Itália também o Direito Natural sofreu rudes embates, mesmo sob a forma já tão atenuada de Filosofia do direito. Em 1874, Bonghi, ministro da instrução pública, propôs a supressão do ensino da Filosofia do direito nas universidades do reino, projeto renovado em 1890. O direito aparece no ensino jurídico dessa época, como mero fenômeno positivo, comparável ao calor e à electricidade; e uma nova *generazione veniva*, diz Giulio de Montemayor, *educata nell'ignoranza assoluta di quel che fosse filosofia, ridotta nelle scuole a pochi elementi di logica e di dubbia psicologia, mentre la polvere si accumulava sulle opere dei filosofi nelle biblioteche e nelle librerie* (39).

Parecia, pois, que chegara a escola histórica ao seu máximo desideratum: a negação de todo Direito Natural, e o triunfo do evolucionismo jurídico. Pelo menos assim o acreditavam os seus corifeus, desde Savigny até os contemporâneos.

O despoitismo do falso Direito Natural fora, de fato, longo, absoluto, e chegara às mais desastrosas consequências sociais. Das premissas estabelecidas por ele, que resultara senão o montão de ruínas fumegantes acumuladas pela Revolução? A reação dos empiristas havia de se contrapor, violenta e irresistível, mas para cair no extremo oposto: o aniquilamento da razão humana.

Nem aquele nem estes têm a verdade total, que se caracteriza pela justa medida e não por desmarcados exageros.

Ao lado dos artojos nebulosos e anticientíficos da razão pura, e do empirismo negativista e antifilosófico — há uma doutrina, imutável e universal nos seus fundamentos, como imutável e universal é a razão humana; mas que, simultaneamente, não desdenha, por inúteis, as transmutações por que forçosamente há de o homem passar no decurso da sua história acidentada.

Ela escapa ao denso nevoeiro com que Rousseau e Kant envolveram a ciência social, sem que se precipite, e nem sequer resvale, no abismo antifilosófico que cavaram os ensinamentos exagerados do historicismo. Tem por si a sanção dos

(39) *Storia del Diritto Naturale*, pg. 797.

séculos; o que, se não é critério absoluto de veracidade, é pelo menos uma presunção não despidida de valor e como tal merecedora de respeito. Quando a contra-revolução combateu a *orgia racionalista*, não atingiu essa doutrina, que permanece íntegra nos seu inabaláveis alicerces.

À questão: existe um Direito Natural? — ela responde categórica e apoditicamente: existe.

Resta-nos examinar qual o seu conceito.

CAPÍTULO III

VERDADEIRO CONCEITO DO DIREITO NATURAL

A existência de uma lei natural, que fundamenta o Direito Natural, já os filósofos, moralistas e juriconsultos da antiguidade clássica haviam-no reconhecido.

Cícero diz, na linguagem intraduzível, e magnificamente eloquente do *De Republica* (III): "*Est quidem vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa per omnes, constans, sempiterna; quae vocet ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat quae tamen neque propos frustra iubet aut vetat, nec improbos iubendo aut vetando nover. Haec igitur legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid licet, nec tota obrogari potest. Nec vero per senatum aut per populum solvi haec lege possimus; nec est quaerendus explanator aut interpretes alius. Nec est alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac; sed et omnes gentes, et omni tempore una lex, et sempiterna, et immutabilis continebit, uniusque erit communis — quasi magister et imperator omnium Deus. Ille legis huius inventor, disceptor, Pator, cui qui non parabit, ipse se fugiet ac, naturam hominis aspernatus, hoc ipso licet maxims poenis, etiamsi caetera supplicia quae putantur effugeret". No Pro Milone IV, 1.º, fazendo a apologia da legítima defesa, como direito natural, não é menos magnífico o grande orador: "*Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripimus, hausimus, expressimus, ad quem non dociti, sed facti, non instituti sed imbuti sumus". E enfim é cerrada a argumentação que nos oferece o *De Legibus*, I, XII: "*Quibus ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est. Ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando. Si lex, jus quoque. At omnibus ratio. Jus igitur datum est omnibus".***

Abundiam eloquentissimas passagens nas várias obras de Cícero, em que ele defende calorosamente a existência de uma lei natural. Sêneca, Epicteto e Marco Aurélio ensinam a mesma doutrina.

Já antes porém tinham tido nos filósofos gregos ilustres e mais profundos precursores.

Aristóteles, o máximo pensador da antiguidade, distingue da lei positiva, *nomikón dikáion*, uma lei natural, *physikón dikáion*, ou *katá physin*. A lei natural também a denomina lei comum, *koinón nómon*. Assim na *Rhetórica* I, XIII, II, tratando da divisão das leis, o estagirita diz: "*A lei particular é aquela que cada agregado de homens estabelece em relação aos seus membros, e tais leis se dividem em leis não escritas e em leis escritas. A lei comum é aquela que existe conforme à natureza. Com efeito, há um justo e um injusto, comuns pela natureza, que todo o mundo reconhece por uma como admissão, mesmo sem nenhuma comunicação ou convenção mutuas*"⁽⁶⁰⁾. Na *Ética a Nicomaco* pode-se ver a concepção que da justiça e da equidade tem Aristóteles; como é nosso intento fazer notar apenas que ele reconhece um Direito Natural, limitamo-nos a citação já feita.

Poderíamos ainda estudar o conceito da *physis*, *natureza*, entre os estoicos, cuja filosofia tanta influência exerceu sobre as bases teóricas do direito romano. Não o faremos, porém; passemos a estudar sucintamente, o conceito de Direito Natural, entre os juriconsultos romanos.

Ulpiano (D. 1, 1 *De Just et Jur*, 1) cita-nos a elegante definição de Celso, segundo a qual *ius est ars boni et aequi*. Paulo segue a mesma concepção (fr. 11, h. t.): *id quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur; ut est ius naturale*. Gaius (f. 9 h. t.) identifica-o com o *ius gentium*: *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*. Ulpiano (f. cit. § 3), tomando-o em sentido

(60) Para fácil verificação damos aqui o texto original (em caracteres latinos por falta de gregos): Λέγο δὲ νόμον, τὸν μὲν ἰδίῳ τὸν δὲ κοινῷ. Ἴδιον μὲν, τὸν ἡεκάστους ἰοίσιμον πρὸς αὐτοῦς, κατὰ φύσιν, τὸν μὲν ἀγρῶν, τὸν δὲ γεγραμμένων; κοινὸν δὲ τὸν κατὰ φύσιν; ἐστὶ γὰρ ὁ μαντεῖονταὶ τὶ πάντες φυσικὸν κοινὸν δικαίον ἰδικόν, καὶ μετὰ τὴν κοινότητα πρὸς ἀλλήλους ἔ, μετὰ συνθέκῃ.

mais material e observando que há muitas ações humanas que se assemelham às dos animais irracionais, define dizendo: *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit, nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur: avium quoque commune est.*" Aos animais se aplica o Direito Natural de modo meramente material; formalmente só para os homens ele existe. Mas Ulpiano distingue o Direito Natural do direito das gentes, que só pertence ao homem; e Pomponio (f. 2 e. t.) elucida o pensamento de Ulpiano, dizendo que só o homem tem deveres para com Deus, para com os pais e para com a pátria: *velut erga Deum religio: ut parentibus et patriae pareamus*. E é nisso seguido por Florentino (f. 3, e. t.) quando diz que é de Direito Natural o repelir a injúria, pois só entre a família humana a natureza estabeleceu a igualdade: *Ut vim, atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc eventi, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, et, cum inter nos cognitionem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insulari nefas esse*. Hermogeniano (D. 1, 5, 2) afirma que *hominum causa omne ius constitutum est*. Gaius (D., 4, 5, 8) assevera que a lei existe em função do homem, e não o homem em função da lei; acima, pois, da legislação positiva há um Direito Natural que a lei civil não pode corromper: *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*. Por isso esse direito, ao contrário do direito civil, é imutável e como constituído por uma providência divina: *sed naturalia quidem iura quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent*. (Inst. 1, 2, 11). Florentino proclama a escravidão contra a natureza. *Servitus est constituto iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subijcitur* (D. 1, 5, 4, 1). Trifonino exprime a mesma idéia (D. 12, 6, 64): *libertas naturalis jure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est*. Gaius (D. 7, 5, 2, 1) diz que a razão natural é imutável: *nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit*. E Ulpiano doutrina que pelo Direito Natural "*omnes homines aequales sunt*" (D. 50, 17, 32).

Que é, pois, esse Direito Natural que a legislação romana reconhece e que a filosofia antiga proclama numa linguagem por vezes repassada de emoção?

Não é o de Rousseau, de Grocio ou de Kant, porque não é apriorista: embora se ajude da razão, não se divorcia da expe-

riência. A sua existência se prova ⁽⁶¹⁾; 1) pelo conceito de direito. Direito é, primariamente, o objeto da justiça, isto é, o justo, que nos obriga a reconhecer alguma coisa a alguém como lhe sendo estritamente devida. Ora, há muitos bens que, independentemente de qualquer lei positiva, e só por exigência de uma lei natural, devemos reconhecer a outrem por pura justiça. Logo, existe um Direito Natural que tem a sua sanção unicamente numa lei natural.

2) Pela necessidade de dar um fundamento ao direito positivo: se não existe Direito Natural, também o positivo deixa de existir. Com efeito, desde que a autoridade civil estabeleça uma lei, é que se supõe revestida do direito preceptivo, ao mesmo tempo que prejudica no súdito a obrigação de obedecer. Mas donde se originou esse direito à autoridade civil? Se pergunta-se: em virtude de que, esse pacto assume força jurídica? Forçosamente em virtude deste princípio natural: os contratos devem ser observados, para que se torne possível a sociedade civil. Que se dizéis que os contratos recebem força legal dos usos e costumes, não poderis então fugir a este dilema: ou os usos e costumes são anteriores à sociedade civil; ou os contratos encontram em a natureza humana o seu fundamento. Não há lugar para uma terceira explicação. Ora, a primeira hipótese é manifestamente absurda; resta, pois, forçosamente a segunda, que nos leva a esta conclusão: há um Direito Natural.

3) *Ab absurdo*: se não existe Direito Natural, todas as leis e costumes são justos, o que é absurdo. Há, com efeito, muitas ações humanas, como o homicídio, o roubo, o adultério, que são intrinsecamente injustas. Ora, elas só podem encontrar fundamento em a natureza, porque são anteriores à legislação positiva; logo existe um Direito Natural.

Além disso, se não existe um Direito Natural, alguém poderia v. g. matar a outrem para furtar, se o costume assim o permitisse: ora, tal é absurdo, pelo atestado íntimo da consciência: logo, há um Direito Natural.

4) Se não há um Direito Natural, é impossível a existência do direito internacional. Com efeito, onde o fundamento

eficaz das leis e costumes internacionais? Não na força coativa, que não existe. Logo, estará forçosamente neste princípio sinderético admitido *a priori* pelas nações — há um justo natural: e logo um Direito Natural. Que se recusais a admiti-lo, sereis forçado a admitir, na sociedade das nações, princípios como este: a força prima os tratados quando as circunstâncias o exigirem: a guerra de conquista do forte contra o fraco é legítima, etc. Desde então o direito internacional, não sendo mais possível, desaparece.

Mas, dissemos acima 1), que nos prendemos, por várias obrigações, aos nossos semelhantes, fora de qualquer preceito imposto por leis positivas. Assim, aquele que não obedece ao princípio intuitivo, *sum cuique tribuere*, lesa a outrem, e peca contra a justiça. Ora, que cada homem tem direito à vida, à integridade dos seus membros e facultades, é fato anterior às leis positivas; mas, aquele que lesa o seu semelhante, em qualquer desses atributos, comete infração a uma lei que não pode ser outra senão a lei natural, fundamento do Direito Natural.

Podem, porém, ser feitas várias objeções a essa argumentação, segundo expõe Calthrein. Assim, 1) todo o direito determinado é nulo; ora, o Direito Natural é indeterminado; logo é nulo.

— A objeção não colhe. Com efeito, o Direito Natural consiste em princípios universais, evidentes por si mesmos, e dos quais se deduzem conclusões ulteriores. Ora, determinar o conteúdo dessas conclusões ulteriores, que se acham em gémen nas máximas de Direito Natural, é exatamente a função das leis positivas.

Assim, é preceito de Direito Natural, homologado pelo direito positivo, que todo crime merece uma pena; mas só à lei positiva compete o determinar qual seja a natureza e a intensidade dela.

É duplo o modo pelo qual se diz que as leis positivas derivam das leis naturais; ou, como acontece nas matemáticas em que de princípios gerais se deduzem conclusões demonstrativas; ou, como nas artes, em que as formas comuns se determinam em alguma especialidade; é assim que a forma comum que de uma casa tem o artífice, há de se determinar em a forma

(61) Cf. Calthrein, *Philosophia Moralis*, 214, n. 295 e seqs.

de uma causa particular. Quando o direito positivo proíbe matar, essa proibição deriva-se, de modo dedutivo, do preceito natural — que a ninguém se deve fazer mal; e quando a lei positiva impõe uma pena determinada a um crime, essa pena deriva-se, por modo de determinação, do princípio natural, que todo crime merece uma pena⁽⁶²⁾.

2) Todo direito devendo regular as relações sociais dos homens entre si, supõe a coação; ora, o Direito Natural não é eletivado pela coação; logo, não deve regular as relações sociais dos homens entre si.

Esta objeção parte de um falso pressuposto: que a coação é da essência do direito; quando ela é apenas propriedade dele, com o fim de apoiar-se na força física, quando as circunstâncias o exigem. E, demais fora da sociedade civil, o Direito Natural é dotado de força coativa, embora geral e insuficiente; o que não prova senão que a sociedade civil é necessária para que os direitos naturais do homem tenham garantia mais eficaz.

O Direito Natural é, pois, o conjunto de regras inatas em a natureza humana, pelas quais o homem se dirige, afirm de agir realmente nas suas ações. Ele é o mesmo, nos seus princípios básicos, que reconheceram Aristóteles, Cícero e os juriconsultos romanos. A razão conhece-lhe os ditames intuitivamente, e nesse sentido ele é racional: não independe porém, no travejamento dos seus princípios, dos dados que ministra a experiência e, como tal é experimental. Elucidemos melhor este ponto.

É o Direito Natural universal e imutável? Há uma parte dele que se impõe universalmente a todos os homens; outra, porém, é variável. Devemos distinguir entre a razão especulativa e a razão prática. A razão especulativa ocupa-se com princípios necessários, cujas conclusões, por isso mesmo, são imutáveis. A razão prática, porém, que se move no mundo contingente das operações humanas, há de levar em conta as contingências, ao formular as suas conclusões.

Só em relação aos princípios existe a necessidade tanto para a razão prática, como para a especulativa; não quanto às conclusões. Assim, é princípio necessário da razão prática

que se deve agir conforme à razão; daí decorre a conclusão própria que v. g., os depósitos devem ser restituídos; pode-se, porém, dar o caso que seja danosa a restituição do depósito; como, por exemplo, se alguém o quisesse para tirar a pátria. E esta contingência das conclusões próprias é tanto maior, quanto são maiores as particularidades. Assim, pois, a lei da natureza, quanto aos primeiros princípios comuns, é a mesma para todos os homens, tanto quanto à sua retidão como ao seu conhecimento. Mas, no tocante a certos princípios próprios, conclusões de princípios comuns, embora esses princípios próprios sejam gerais, podem entretanto não ter aplicação num caso dado. E o motivo é que o homem nem sempre age movido pela razão reta, mas muitas vezes é guiado pelas paixões ou por maus costumes inveterados⁽⁶³⁾.

O Direito Natural, portanto, como a moral, não é uma dedução necessária da razão operando sobre si mesma e estabelecendo regras para uma sociedade ideal; é antes o produto da elaboração racional combinada com a experiência. Certamente que os princípios universais da razão natural são imutáveis; não, porém, as suas aplicações concretas.

É certo, além disso, que a lei natural não é igualmente nítida para todos os homens: uns são moços, menos ajudados da experiência; outros, em idade mais avançada e com mais conhecimentos da sociedade, tem-na mais profundamente gravada no coração; todos, porém, possuem-na em suficiente grau para a orientação racional da vida.

O que se dá com os indivíduos dá-se com as aglomerações primitivas e rudimentares, e com as nações. Os povos civilizados, instruídos pelo tempo, chegaram à elaboração de um *jus gentium*, deduzido dos princípios básicos da lei natural. Mas, ao lado desse *jus gentium*, cada povo tem o seu *jus civile*, que lhe é essencialmente peculiar, e mutável conforme as exigências do meio, da raça, do momento.

O direito, pois, evolui de povo para povo e, no mesmo povo, de momento para momento; o seu caráter racional não o fixa na imobilidade da morte. Assim, o cristianismo, fato capital e que aparece *ex-abrupto* na trama da história humana, modificou profundamente o Direito Natural antigo, em muitos

(62) Cf. D. Thomas, I, 2, 95, 2.

(63) Cf. D. Thomas, *ibid.* 94, 4

dos seus princípios, só com o mandamento de amor que o homem deve ao homem. "Os moralistas, diz Schäffle, seriam incapazes de formular, mesmo com o auxílio da psicologia e da sociologia, um preceito cuja sabedoria igualasse a palavra de Jesus Cristo: ama teu próximo como a ti mesmo" (64).

O Direito Natural, que admitimos, não tem o vício do apriorismo; ajuda-se igualmente da razão e da observação experimental. Os usos e costumes têm, na elaboração jurídica, função importantíssima, como quer Savigny, mas não abafam, entretanto, o poder construtivo da razão e da ciência. A lei evolutiva que Comte, Spencer e outros vieram introduzir, como descoberta genial, no estudo do direito, não é nova: a escollástica medieval já a havia plenamente admitido, no que ella tem de bom, sem os exageros que lhe deram os modernos (65).

(64) *Bau und Leben des socialen Körpers*, I, 587, cf. Deplouige op. cit.
(65) Von Ihering, na sua obra *Der Zweck im Recht* (2. Aufl. Bd. 5, 161 Leipzig, 1886) reconhece o que aqui acabamos de afirmar, nesta confissão tão sincera como preciosa: "Nesta segunda edição, acrescento uma nota ao texto, graças ao estudo que o Sr. Hohoff consignou a minha obra (*Literarischer Handzeiger*, 23.º ano, n.º 2)... Elle me prova, com citações de Tomás de Aquino, que este grande espirito já havia reconhecido, com perfeita exactidão, tanto o elemento realista, prático e social, como o elemento histórico da moralidade. Acusame, e com justiça, pela minha ignorância. Mas, tal acatenação deve ser feita, com muito maior razão, aos filósofos modernos e aos teólogos protestantes que pouco cuidaram em tirar partido dos pensamentos grandiosos de Tomás de Aquino. Agora que conheço este vigoroso espirito, pergunto a mim mesmo, com espanto, como é possível que, verdadees como as que elle professa, tivessem jamais podido cair, entre os nossos sábios protestantes, em tão completo esquecimento. Quantos erros ter-se-iam evitado, se se tivessem guardado fielmente as suas doutrinas! Quanto ao que me toca, se as tivesse conhecido mais cedo, creio que não haveria escrito este livro, porque as idéas fundamentais que nele se expôr já se achavam expressas, com clareza perfeita e notável lucididade de concepção, nas obras desse poderoso pensador.

A título de documentação, submeto ao leitor algumas das suas sentenças: *Firmiter nihil constat per rationem praticam nisi per ordinationem ad ultimum finem, qui est: bonum commune — in speculativis est eadem veritas apud omnes, in operativis autem non est eadem veritas vel rectitudo practica apud omnes — Humane rationi naturale esse videtur, ut gradatim ab imperfecto ad perfectum veniat — Ratio humana mutabilis est et imperfecta et ideo ejus lex mutabilis est — Finis humanae legis est utilitas hominum.*

Infelizmente, não me acho mais em estado de me occupar com a escolástica medieval e com a moral católica contemporânea, reparando assim a minha negligência. Entretanto qualquer que seja o successo

E hoje, após a grande derrocada racionalista que começou com o historicismo de Savigny, sentem os que cultivam a ciência do direito o vazio que occasionou o desaparecimento do Direito Natural. Ao terminar este capítulo, queremos lançar um rápido golpe de vista sobre a história do direito moderno e provar como há uma volta às concepções justas do Direito Natural tomista, nas suas linhas mais gerais.

Lassalle (*Das System der erworbenen Rechte*, Leip. 1880) Sistema dos direitos adquiridos) admite como natural o direito à existência. Menger (*Das Recht auf den vollen Arbeitertag*), acrescenta que é natural o direito integral ao producto do trabalho. Lacy (*Liberty and Law*, Londres, 1888), fala-nos de direitos inatos. Tilgher, Bryce, Hennebicq, Anzilotti, Brugi, Cimbali, Pollock, Ardigò e outros, falam-nos de um código eterno de direito, inspirado embora no socialismo e no positivismo. Spencer, na *Estatistica Social* e na *Justiça*, como observa Vanni, ensina que a natureza é "uma providenza dispensatrice dei beni e dei mali in proporzione dei meriti, ministra infallibile di una specie de giustizia automatica." A natureza, para Spencer, fundamento necessário dos direitos positivos, é sinónimo de Deus.

Como consequência da escola de Krause — Walter, Trendelenburg, Geyer e outros, na Alemanha, tendem, com a idéa de espiritualizar o direito, a uma concepção do Direito Natural.

Petrone reclama um Direito Natural composto de princípios universais "che siano valevoli per ogni forma e per ogni momento reale del diritto". Vanni, nas suas *Lezioni di Filosofia del Diritto* (Bologna), 1904, se de um lado se prende a Vico, concebendo o direito historicamente, de outro reconhece que há, na génese do conceito jurídico, uma parte racional, dependente do conhecimento:

"Non basta, in tutto quello che riguarda la condotta e i fini umani, contentarsi della constatazione e spiegazione del fatto; bisogna vedere se il fatto a in se una ragione di essere, se debba continuare a sussistere qualé, o se debba invece essere transformato". Jellinek, de Heilidelberg, e Ludwig Stein, de Berna, dão ao Estado e à sociologia um fundamento *psicológico individual* (cf. Jellinek, *O Estado Moderno e seu direito*: L.

que a minha obra venha a ter, ele deverá igualmente manifestar-se em que a ciência protestante não despreze os progressos que a cithna católica teológica puder lhe ministrar".

Stein: *Die soziale Frage in Lichte der Philosophie*). Stammler (*Dos Métodos da escola histórica do Direito*, Halle, 1889) reconhece a necessidade de um Direito Natural, como fundamento ao direito positivo. Del Vecchio revolta-se contra o positivismo que negou a idéia do justo em si, e o reclinava por isso, pois dessa negação nasce "la sproprizione e il dissidio che presentemente si nota tra la scienza e la coscienza del diritto". Richard, em França, pergunta (*Revue Philosophique*, 1906, vol. XXXI, n.º 1) "se é ainda possível uma filosofia do Direito, ou se se deve ter como vã e illusória a pesquisa de um critério geral das instituições jurídicas e das modificações por que devem elas passar?". E após haver reconhecido que o positivismo moderno é herdeiro do antigo ceticismo e que é necessário buscar um critério superior para as normas jurídicas, declara que tal critério só o poderá dar uma Filosofia do Direito.

Sem dúvida que essa orientação filosófica superior, para a qual tendem os juristas modernos, não pode ser equiparada à concepção que apresentamos, como verdadeira, do Direito Natural; mesmo entre os seus adeptos há diferenças notáveis, segundo as escolas diversas a que se filiam.

O que queremos entretanto frisar é que já é passado o tempo do historicismo radical, que negava toda cooperação racional na elaboração dos princípios jurídicos. Já se volta a uma utilização mais exata da faculdade racional, muito embora as aberrações em que ainda se acham envolvidas as modernas concepções filosóficas. A evolução para a verdade só será completa quando o pensamento filosófico puro, do qual depende toda e qualquer filosofia do direito ou Direito Natural, houver se encontrado com essa eterna e inabalável síntese, que é a *philosophia perennis* de que fala Leibniz.

Restanos agora fazer a refutação dos sistemas de Direito Natural, que não admitimos. Fã-lo-emos resumidamente, reduzindo-a a proposições, não só porque, pela exposição do conceito de Direito Natural que julgamos exato, essa refutação já se acha indiretamente feita, como também para que não alonguemos demasiado as dimensões deste trabalho.

1) Contra Grocio e os partidários da teoria contratual, pode-se-lhes fazer esta objecção geral, que já lhes infirma poderosamente os sistemas: se a sociedade civil deriva de um contrato, ela não obriga indistintamente todos os que habitam tal

região determinada e não pode funcionar; se ela obriga indistintamente todos os que habitam tal região determinada, ela não deriva de um contrato ⁽⁶⁶⁾.

II — A razão só por si é incapaz de estabelecer um Direito Natural.

III — Grocio se contradiz quando faz a natureza criada por Deus e o Direito Natural independente e superior a Deus.

IV — A sociabilidade não fundamenta o Direito Natural, mas dele deriva. Logo todos os corolários que Grocio deduz da sociabilidade são falsos, como derivados do conceito racional e primitivo de Direito.

V) O Estado do *bellum omnium contra omnes*, de Hobbes, é uma mera hipótese desprovida de prova histórica; logo é falso que o temor ou egoísmo seja o fundamento da sociedade e das leis naturais. Demais, Hobbes confunde legal com jurídico.

VI) O sistema de Kant é falso: a) porque são falsas as bases críticas em que se assenta a *Kritik der reinen Vernunft* ⁽⁶⁷⁾, base do seu sistema; b) porque é puramente negativo e formal: o seu conceito de direito, sendo *a priori*, diz apenas em que consiste o *direito universal*, mas não o *direito particular*; e isto porque o conceito de liberdade, donde lhe origina todo o sistema jurídico é pura abstração. A liberdade jurídica é, em Kant, um vácuo; se as liberdades coexistentes não têm o bem como elemento material, elas não podem se limitar; c) porque repousa, como nota Ahrens, numa petição de princípio; com efeito, mesmo admitindo a liberdade de um limitada pela liberdade de todos, "já é preciso que se saiba o que é justo, para fixar precisamente os *justos* limites entre a liberdade de todos". O Direito Natural que se funda, pois, num tal conceito de liberdade, necessariamente é insustentável, como todos os seus consecutórios. Assim, a *communio possessionis originaria*, que explica a gênese do direito privado, é uma suposição meramente arbitrária. Há ainda outros pontos vulneráveis na doutrina jurídica de Kant; os que aí ficam apontados, bastam, porém, para que a julgemos inadmissível.

(66) De V. Sommières, *Pr. Fond. du Droit*, 10.

(67) Cf. o belo trabalho do Dr. C. Sentroul, *Kant et Aristote*.

VIII) J. J. Rousseau parte de princípios que são puras utopias, como é fácil verificar pela simples inspeção do seu sistema; sem falar nas inúmeras contradições de que está etivado.

VIII) As idéias da escola histórica, sobretudo com a forma que lhe deu Joseph de Maistre, são admissíveis, como complemento à verdadeira teoria do Direito Natural. Consideradas, porém, absolutamente e em si, o historicismo peca por várias razões: a) porque põe de parte toda elaboração racional na formação do direito; b) admite como critério único de justiça os usos e costumes (Savigny etc.); ora, esse critério é anticientífico e pode levar aos maiores absurdos; c) a divisão tripartita do direito em direito costumeiro, direito legal e científico não corresponde à realidade das coisas⁽⁶⁸⁾; d) a escola histórica descarta o direito do futuro, para só considerar o do presente; e) é obscuro o que se deva entender por consciência popular: Savigny e Puchta não a definem, e assim, segundo observa Tanon, eles caem na teoria que pretendiam combater — a do Direito Natural: "*La conscience juridique du peuple est une conception de droit naturel.*"

IX) O positivismo de Comte aplicado ao direito é falso, pois é falsa a sua lei dos três estados: a) porque *o estado positivo é o melhor?* porque é o último..."; b) é falso dizer que a explicação do universo começa pela teologia (cf. Ueberweg-Heinse, *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, 9.ª ed., 1903, Berlin, pg. 40 e seg.); c) ao contrário do que ensina Comte, a política medieval é positiva, e da Renascença é teocrática e a da revolução francesa, metafísica; d) Kant, p. ex., começou sua concepção pela física (est. positivo) e terminou pela metafísica, ao contrário da ordem estabelecida por Comte.

Em resumo e em conclusão à nossa tese — *Há um Direito Natural? Qual o seu conceito?*, respondemos afirmativamente.

Há um Direito Natural. As suas normas participam, umas da razão pura, e essas são imutáveis e universais no tempo e no espaço; outras, da razão prática, e essas se adaptam

(68) Cf. Tanon, *op. cit.*

aos tempos e às regiões (usos e costumes). A escola racionalista, que em primeiro lugar examinamos, abstrae das condições reais em que os homens vivem; a sua expressão mais alta, no domínio dos fatos, foi a revolução francesa. A escola empirista ou histórica é anticientífica porque mutila o edifício do direito, privando-o de fundamentos imutáveis.

A teoria que defendemos escapa aos defeitos daquela, sem cair nos exageros desta; quando, pois, se combate a escola do Direito Natural abstrato, ela fica ileso, porque se apoia nos usos e costumes; e quando se combate a expressão vaga de consciência nacional, ela fica ainda ileso, porque se apoia na razão.

É a única que assegura ao Direito Natural o caráter de ciência; que sem tais fundamentos filosóficos, o direito, como dizamos ao começar este trabalho, perde seu caráter científico e se transforma na mera *arte de interpretar as leis*.