

ALCEU AMOROSO LIMA

INTRODUÇÃO
AO
Direito Moderno

2.^a edição

CAPA DE
MILTON RIBEIRO

1961

Livraria **AGIR** *Editôra*

RIO DE JANEIRO

CAPÍTULO V

A autonomia do direito natural

Ao passo que os quatro ou cinco séculos de elaboração dos sistemas de Direito integral foram dominados pela idéia da lei sobrenatural¹ — o resultado desse período de *desagregação* que apontamos foi, no século XVI, “um mundo dominado pela idéia do direito natural”.²

O humanismo do Renascimento e o evangelismo da Reforma, se bem que se abeberando em fontes inteiramente diversas e visando ideais distintos, tiveram conseqüências muito semelhantes, uma das quais foi exatamente o início do *naturalismo* moderno.

Esse naturalismo se processou por uma deturpação do conceito de natureza e por uma redução dos três grandes tipos de lei — a lei em sentido moral e jurídico, em sentido político e em sentido físico — a um tipo único, exatamente o das leis físicas.³

¹ “Os Escolásticos são os que representam a verdadeira escola teológica contrária a todas as modernas, que por uma via mais ou menos direta participam das escolas protestantes”. (P. José MENDIVE, S. J., *Elementos de Derecho Natural*, ob. cit., pág. XXXI).

² R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., pág. 284.

³ “O naturalismo é a doutrina filosófica que reduz a natureza interior à natureza exterior, a intenção à existência fenomenal, a finalidade ao mecanismo. Designa-se também, com razão, pelo termo de *naturalismo*, a “mentalidade”, que mais ou menos clara e conscientemente, tende na prática a essa redução. Considerada especialmente na ordem humana, é o *naturalismo* a doutrina que reduz a natureza moral a uma natureza física e que coloca sob o império das leis de uma física social (3.º sentido, mencionado, da palavra lei) as leis políticas e as leis morais (1.º e 2.º sentidos da palavra lei). Sob esse império, torna-se a Moral uma “ciência dos costumes”, no sentido positivista da palavra ciência, isto é, uma física dos costumes e, em última análise, um mecanismo dos costumes. Sob esse império ainda, torna-se a Política uma técnica natural, uma função de engenheiro, em última análise uma “arte mecânica”, a arte de submeter a sociedade ao governo das leis naturais de uma física social — fisiocracia, empirismo organizador... Integrar a ordem “moral e política”, o direito natural e o direito positivo, na ordem física e colocar todas as leis sob o império único das “leis naturais”: eis a pretensão da filosofia naturalista”. (J. VIALATOUX, *Philosophie Economique*, Desclée de Brouwer & Cie., Paris, 1933, págs. XXII-XXVI).

A concepção de direito natural, que dominou toda essa época, ia sofrer a repercussão desse naturalismo, que pouco a pouco substituiu ao conceito do direito natural como reflexo no homem da lei eterna, provinda de Deus, — a idéia do direito natural como sendo apenas a teoria da origem natural e não sobrenatural do direito. Em vez de ser um direito que refletia no homem qualquer coisa da *natura rerum* e portanto da natureza divina e por isso chamado *natural*, — apresentou-o aos poucos o naturalismo como sendo um direito que apenas refletia no homem a natureza temporal do próprio homem ou do próprio direito.⁴ Vimo-lo bem claramente em HOBBS, que foi o precursor dessa nova concepção do direito natural e da sua autonomia naturalista.

É freqüente entretanto encontrarmos apontado, como iniciador desse movimento naturalista do direito ou mesmo como criador do direito natural, não HOBBS e sim o grande jurista holandês do início do século XVII, GROTIUS (1583-1645).⁵

JANET, por exemplo, considera a GROTIUS como fundador do direito natural e das gentes e a este como uma “ciência nova”, que ia produzir uma revolução ideológica igual à de DESCARTES.⁶ O *De jure belli ac pacis*, na opinião de JANET, é

⁴ “Direito natural é um direito que, em seu conteúdo, corresponde à natureza... Nesse sentido, a duas coisas podemos atender: a) à natureza do homem; b) à natureza do direito. Do primeiro se origina o direito natural (GROTIUS, HOBBS, PUFFENDORF, THOMASII); do segundo se origina o direito racional (*Vernunftrecht*), com KANT e FICHTE.” RUDOLF STAMMLER, *Rechts — und Staats theorien der Neuzeit*, op. cit., págs. 13-14).

⁵ “GROTIUS se apresenta ao mundo moderno como o fundador da ciência do direito da natureza e das gentes. Foi ele que, pela primeira vez (*sic!*) procurou o direito em uma fonte constante e permanente, na sociabilidade inata no homem e nos juízos racionais inatos ao espírito humano”. (PRADIER FODÉRÉ, prefácio à obra de HUGO GROTIUS, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. PRADIER FODÉRÉ, Guillaume et Cie., 1867, 3 vols.; vol. 1.º, pág. LXXIII).

⁶ “A doutrina de HOBBS desempenhou no século XVII o mesmo papel que a de MAQUIAVEL nos séculos XV e XVI. Ela domina tudo, está por toda a parte. De todos os cantos a combatem e ela invade mais ou menos aqueles que a combatem... Existe um direito e portanto direitos? Ou o único direito é o direito do mais forte? Eis o grande problema de que nasceu no século XVII uma nova ciência, até então mais ou menos confundida com o direito positivo ou a teologia moral, mas que então se separa (*sic*) de um e outro, emancipa-se, seculariza-se (*sic*) e toma pé no domínio das ciências morais e políticas, sob esse título que se tornou clássico: o direito natural e o direito das gentes. Essa empresa teve grande brilho. GROTIUS, a quem pertence a glória de a ter levado a efeito, sem ter um gênio tão raro e tão profundo como DESCARTES, produziu entretanto, em sua esfera, uma revolução quase igual” (PAUL JANET, *Histoire de la Science Politique*, op. cit., vol. II, págs. 226-227).

o primeiro tratado de direito natural digno do pensamento moderno.⁷ O direito, para GROTIUS, “tem sua fonte em si mesmo (*sic*) e é imutável como a natureza e a razão”.⁸ GROTIUS é apresentado, pois, como o *secularizador* do direito, como o eliminador da fonte divina do direito, como o criador de um direito natural independente e humano. GROTIUS marcaria assim o fim de teologia jurídica e o início da filosofia positiva do direito.

PRADIER FODÉRÉ, o eminente tradutor e prefaciador de GROTIUS diz expressamente que “GROTIUS libertou a jurisprudência do império da teologia”.⁹

Para ele, a revolução empreendida pelas idéias de GROTIUS é análoga à de DESCARTES e GALILEU.¹⁰ Se a antiguidade confundiu direito e moral, no seu panteísmo, distinguiu-os ainda insuficientemente a Idade Média. Era preciso que a Reforma abrisse para a humanidade uma era de pensamento livre para que a ciência do direito natural pudesse adquirir a sua autonomia.¹¹ E ia caber a GROTIUS, segundo PRADIER FODÉRÉ, como vimos, a glória de ser o fundador dessa ciência nova. GROTIUS libertava-se do pensamento escolástico, marcava o fim da Ida-

⁷ “Com os seus defeitos, é entretanto o tratado do *Direito da Paz e da Guerra* o primeiro tratado de direito natural e das gentes que a jurisprudência e a filosofia moderna podem citar: é a idéia do *De Legibus* de CÍCERO, desenvolvida com menos eloquência, mas com toda a superioridade da ciência dos modernos sobre a dos antigos.” (PAUL JANET, op. cit., II, pág. 227).

⁸ *ibid.*, pág. 228.

⁹ “GROTIUS libertou a jurisprudência do império da teologia... Sua intenção... era exprimir... que a noção de direito subsiste sem a noção de teologia e que cientificamente o direito tem uma existência totalmente independente”. (HUGO GROTIUS, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, op. cit., pref. do trad.).

¹⁰ “Realizou para o direito geral a revolução que GALILEU tinha introduzido nas ciências cosmológicas, que DESCARTES ia efetuar na filosofia... A glória de ser o fundador da ciência do direito da natureza e das gentes ia caber a GROTIUS (PRADIER-FODÉRÉ, pref. cit., pág. LVIII).

¹¹ “A antiguidade pagã não tinha separado o *direito natural da moral*. Não se podia falar em *direito natural* quando reinava o panteísmo, que, confundindo Deus e a criação, o homem e a sociedade, fazia do universo uma engrenagem de potências senhoras umas das outras e impedia a humanidade de ter consciência dos seus direitos... As transformações introduzidas pelo cristianismo no direito público e na legislação civil dos povos foram profundas... A influência do cristianismo sobre as legislações da Idade Média não foi menos considerável... A Reforma religiosa abriu para o Direito Natural uma era nova. Acentuando o elemento pessoal e subjetivo da consciência pela consagração do livre exame, favorecendo as pesquisas sobre as origens históricas e filosóficas de todas as instituições, essa gloriosa emancipação do pensamento deu origem a grande número de obras, nas quais as questões de direito e de política foram examinadas com espírito mais ou menos crítico”. (PRADIER FODÉRÉ, pref. cit., págs. LI-LIII).

de Média, e o início do mundo moderno, para a ciência do direito, e elaborava esta em bases novas inteiramente livres, autônomas e racionais.¹²

Não foi apenas no século XIX¹³ com figuras eminentes como PAUL JANET ou PRADIER FODÉRÉ ou com o entusiasmo de admiradores obscuros e retóricos¹⁴ que a figura de GROTIUS é apresentada como a do iniciador do direito moderno, tanto natural como internacional. Sua obra despertou um entusiasmo geral no seu século¹⁵ que o considerou já no mesmo plano de DESCARTES e GALILEU.¹⁶

¹² "LEIBNITZ não viu que o mérito de GROTIUS foi sobretudo de levar aos assuntos políticos e positivos uma razão independente e reta e de ter resolvido a questão do direito natural sem o concurso da teologia, servindo-se — o que ninguém até ele tinha feito — apenas das luzes do espírito individual". (PRADIER FODÉRÉ, pref. cit., págs. LXXI-LXXII).

¹³ "A única censura que eu faria ao autor (J. T. DELOS) no campo da história, é de passar um pouco rapidamente de SUAREZ à época atual, deixando de lado GROTIUS; é diminuir demais um papel que o século passado julgara preponderante, senão exclusivo no ponto de vista da criação do direito internacional positivo. Havia ali um exagero em sentido inverso. A verdade é que GROTIUS, vindo exatamente um século depois de VITÓRIA, pôde não apenas aproveitar-se das idéias de seus predecessores, que ele conhece muito bem, mas precisar a sua aplicação ao Estado moderno, cuja noção acabava então de elaborar-se. Ele poderia, com certa razão, ser considerado como o chefe da escola sociológica, — dizia-se no século XVIII, precisamente ao falar dele, escola "socialista". Foi ele o primeiro, ao que parece, que explicitou a teoria do "direito natural social", desconhecida de ARISTÓTELES, em quem o bem social coincide com o bem do Estado". (LOUIS LE FUR, prefácio à obra de J. T. DELOS, *La Société Internationale et les principes du droit public*, ant. cit., pág. IX).

¹⁴ "Estava reservado a um Gênio tão vasto e tão profundo como o de BACON conhecer o Direito em sua fonte sagrada, compreendê-lo nos princípios racionais que constituem a natureza do homem. A GROTIUS pertence a sublimidade originalidade de ter, no seu *De Jure Belli ac Pacis*, sistematizado a mais útil das ciências, isto é, o Direito da Natureza e das Gentes e os princípios universais do Direito Público... (GROTIUS foi) o Fênix da Pátria, o Oráculo de Delft, o Grande Espírito, a Luz que ilumina a terra (sic)". A. GAUMONT, *Etude sur la vie et les travaux de GROTIUS ou le Droit Naturel et le Droit International*. A. Durant et Maresq, Paris, 1862, págs. 45-48).

¹⁵ "Este livro (o *De Jure Belli ac Pacis*) teve uma repercussão imensa na Europa. Foi recebido com veneração e entusiasmo. Foi ensinado em todas as universidades, foi impresso, foi comentado como um antigo". (PRADIER FODÉRÉ, pref. cit., pág. LIX).

¹⁶ "Muito se tem discutido sobre a importância que apresenta a teoria de HUGO GROTIUS na história da ciência jurídica. Enquanto o século XVII proclama GROTIUS um inovador absoluto, o criador incontestável de um sistema completamente novo de direito colocado no mesmo plano dos DESCARTES, dos GALILEUS, dos KEPLER e dos NEWTONS, — vozes cépticas já se fizeram ouvir no século XVIII e ainda se repetem hoje, para negar-lhe a menor originali-

GURVITCH, atualmente, concorda com os que vêem em GROTIUS o "laicizador da ciência do direito",¹⁷ e o seu conceito de sociedade, a seu ver, diverge radicalmente do conceito medieval. GROTIUS teria sido realmente o grande iniciador da "secularização da ciência social e jurídica"¹⁸ e os traços fundamentais de sua filosofia jurídica o aproximam dos grandes filósofos desse período de desagregação da unidade medieval, doutrinária e social.¹⁹ Filho do Renascimento e da Reforma, embora se afastasse cada vez mais, no correr de sua vida, do espírito protestante,²⁰ mostrava-se fiel ao espírito renascentista quanto à "autonomia da vida terrestre".²¹

JANET, FODÉRÉ, GURVITCH, portanto, apresentam a GROTIUS em oposição à Idade Média, libertando o direito da teologia, criando o direito natural social e acentuando a independência da sociedade civil.

GETTEL fez ressaltar sobretudo a importância que o seu *direito natural* representava depois do fracionamento da unida-

dade e colocá-lo sob a influência direta dos escolásticos". (GEORGES GURVITCH, *L'idée du droit social*. Recueil Sirey, Paris, 1932, pág. 173).

¹⁷ "A concepção mais corrente, e de modo algum falsa em si, consiste em ver em GROTIUS o grande laicizador do direito... Desenvolvendo o seu universalismo específico, destaca GROTIUS da totalidade cósmica e religiosa o "todo" particular da sociedade humana e a declara completamente autônoma. E rejeita ao mesmo tempo, com toda a energia, o hábito dos antigos de identificar a ordem social com o Estado. Se, nesse último ponto, ele se aproveita da rica experiência da vida jurídica medieval, contribui efetivamente pelo primeiro à secularização da ciência social e jurídica; encontra para o direito uma base nova: a da sociedade real na pluralidade de suas manifestações... GROTIUS secularizou a ciência do direito, ao opor ao *corpus mysticum* dos escolásticos o *appetitus societatis* humano". (G. GURVITCH, *L'idée du Droit Social*, ob. cit., págs. 174-179).

¹⁸ vid. nota anterior.

¹⁹ "O pluralismo das perspectivas diferentes oposto ao monismo medieval, o apelo à autonomia e à atividade propriamente humana, a síntese do universalismo e do individualismo, procurando a harmonia entre a multiplicidade e a unidade — todos esses traços da filosofia social de HUGO GROTIUS o aproximam dos grandes filósofos do Renascimento, do genial NICOLAU DE CUSA e de seu sucessor GIORDANO BRUNO". (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 181).

²⁰ "Os católicos desconfiavam desse "protestante célebre", os reformadores acusavam GROTIUS de inclinar-se para o Catolicismo... Em 1642 tinha-se tornado GROTIUS inteiramente contrário à Reforma... De ano para ano, mais se aproximava de Roma". (PRADIER FODÉRÉ, pref. cit., págs. XXXVI-XLI).

²¹ "Antes de LEIBNITZ foi GROTIUS o primeiro que aplicou, do modo mais profundo, à teoria do direito, a filosofia do Renascimento que reabilitou a autonomia da vida terrestre". (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 182).

de moral anterior.²² Quem o lê já considera processada essa autonomia do direito natural que ia caracterizar êsse período pré-positivista do direito.

Essa apresentação de GROTIUS como repudiador da concepção teológica do direito e como iniciador do positivismo jurídico, se não é propriamente falsa, não corresponde bem à realidade. Biógrafos recentes do grande jurista holandês, como KNIGHT e juristas filósofos como LE FUR retificam êsses juízos forçados. Aquêles nos mostra como os admiradores extravagantes de GROTIUS deturparam a sua posição para torná-lo precursor do "materialismo obscurantista dos dois últimos séculos",²³ em vez de o mostrar como restaurador da concepção racional do direito natural que fôra a de TOMÁS DE AQUINO, como mostra LE FUR,²⁴ e que seus sucessores, filósofos nominalistas ou juristas anti-regalistas, tinham deturpado.

Não foi GROTIUS quem operou a separação entre direito e religião. Foi essa uma idéia que já vinha dos romanos, como já tivemos ocasião de ver no início do capítulo III, e que a

²² "O mérito principal de GROTIUS está em ter criado um sistema de direito natural, em um tempo em que tinham desaparecido a unidade da Europa e a garantia religiosa de uma moral universal". (R. GETTEL, *História de las ideas políticas*, ob. cit., pág. 317).

²³ "GROTIUS deveria ser considerado pelo universo como tendo pôsto a última demão no tesouro moral do passado, garantindo-lhe o valor infinito e comprovado e trabalhando o campo sempre fértil e pronto a produzir para as gerações futuras. Apresentaram-no, ao contrário, como um puro inovador, trazendo remédios ainda não postos à prova. Dêsse modo, êle mesmo e seu direito natural se tornaram facilmente vítimas dos MOSER e dos KOHLER e do seu materialismo obscurantista dos dois últimos séculos". (KNIGHT, *The life and works of Hugo Grotius* (1925, apud L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 322).

²⁴ "Deixemos de lado por ora a distinção entre direito natural e moral, que não somente GROTIUS não realizou mas sobre a qual pairam ainda grandes incertezas e ocupemo-nos apenas da distinção entre o direito natural e a religião. Terá sido obra de GROTIUS? Afirmá-lo seria cair em manifesto erro, pois os teólogos sempre fizeram essa distinção. E' um dos pontos fundamentais da doutrina de Sto. TOMÁS DE AQUINO, por exemplo, a distinção entre a lei divina e a lei natural e houve quem dissesse ser SANTO TOMÁS o primeiro laicizador do direito (GEORGES RENARD). Mas, nos teólogos, fica a lei natural submetida à lei divina. Quererá dizer-se que GROTIUS opera, entre elas, uma separação radical, que as pontes de ora avante estão cortadas? Deixando de lado toda a apreciação sobre a procedência de uma separação tão radical, observemos apenas primeiramente, que não seria GROTIUS o autor e sim GENTILIS no fim do século anterior. Lembremos o seu famoso: *Sillete, theologi, in munere alieno*; calai-vos teólogos, em matéria que não é de vossa competência. E além disso, de fato, GROTIUS não participa de seu parecer ou pelo menos se mantém em uma laicização toda superficial". (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 299).

doutrina tomista do direito esclareceu de modo luminoso ao afirmar, como vimos anteriormente, que o direito divino não abolia o direito humano. Nesse ponto, o Renascimento e a Reforma não faziam senão desenvolver um movimento romano e medieval,²⁵ apenas acentuando perigosamente as tendências secularizadoras *anti-religiosas* e não apenas *extra-religiosas* que decorriam do exagêro naturalista do Renascimento e espiritualista da Reforma. Ambos concorriam para essa falsa autonomia do direito natural antiteológico, por meio de um movimento geral de *laicização*.²⁶

Também não foi GROTIUS o criador do direito natural. Vemos a idéia em HESÍODO, em ARISTÓTELES, em CÍCERO, nos Padres da Igreja, nos grandes escolásticos, como parte integrante dêsse direito total que uma grande corrente jurídica moderna ia destruir.

Não encontramos também em GROTIUS essa atitude de oposição ao passado que alguns lhe atribuem.²⁷ Muito ao contrá-

²⁵ "Consideremos, primeiramente, o fato da dissociação entre direito e fé. Coisa inesperada e quase paradoxal, o direito é, com a moral, a primeira das ciências para a qual parece terem os homens sonhado um domínio à parte... Entre os romanos conheceis a distinção famosa entre o *jus* e o *fas*... A laicização muito precoce do direito foi considerada como um grande acontecimento da história nacional... E acusa-se a distinção entre os escolásticos da Idade Média. Se a palavra "laicização" não tivesse assumido uma sonoridade política que deve fazer com que eu evite o seu emprêgo, — logo que foi ultrapassada a antigüidade pagã, sob essa rubrica é que eu colocaria a distinção tomista entre a lei natural e a lei divina... O humanismo do Renascimento trazia uma mensagem de universalidade... da qual a doutrina do direito natural é a transposição jurídica. E que, prolongando ou desviando o movimento humanista, tenha a Reforma protestante acentuado a separação entre direito e religião, é um fato evidente e era uma necessidade de sua política... A necessidade, é que a humanidade precisa de um laço jurídico que traga à unidade a diversidade dos povos... GROTIUS... compreendeu que só se tem o direito de destruir o que podemos substituir: desaparecida a *disciplina universal* da Igreja, era preciso pelo menos salvar, convinha mesmo exaltar a *regra universal* do direito natural. A disciplina rompida era uma disciplina religiosa, a regra acentuada devia ser uma norma puramente racional". (GEORGES RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Recueil Sirey, Paris, 1927, págs. 187-188).

²⁶ "Racionalismo, moralismo puritano, determinismo, êsses três movimentos se congregam para exprimir, em graus diferentes, a mesma preocupação de construir a teoria do direito em um plano estritamente leigo". (G. DE LAGARDE, *Recherches sur l'esprit politique de la Réforme*, ob. cit., pág. 195).

²⁷ "GROTIUS conservara, do ponto de vista didático, uma distinção já adquirida do ponto de vista doutrinário". (GEORGES RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, ob. cit., pág. 187).

rio, hoje se demonstra tudo o que ele deve a SUAREZ, a VITORIA, a SOTO, verdadeiros criadores do direito internacional e a SANTO TOMÁS DE AQUINO, que ele admirava profundamente, no seu sistema jurídico.²⁸

Não é, portanto, como querem alguns dos seus biógrafos, um GROTIUS inteiramente antimedieval, antiteológico, precursor do positivismo jurídico, que a história verdadeira nos revela e sim um homem que tentou concatenar o sistema do direito, em uma síntese, acentuando os três caracteres da *naturalidade*, *racionalidade* e *socialidade* do direito, mas renovando o que havia de essencial nas teorias tradicionais e trazendo uma contribuição valiosa e nova no esforço de ligar o direito à sociedade, como LEIBNITZ o viu numa fórmula feliz.²⁹

GROTIUS manteve a distinção aristotélica entre direito natural e direito positivo³⁰ bem como a distinção escolástica entre direito positivo divino e humano.³¹

O direito para GROTIUS embora nascendo do instinto da *sociabilidade*,³² está substancialmente ligado à noção absoluta

28 "Como o observam todos os seus historiadores conscienciosos, cuja maioria é mesmo de protestantes (GROTIUS) está penetrado de teologia católica. Não somente exerceu Sto. Tomás sobre ele uma influência profunda e ele o conhece infinitivamente melhor que não sucederá um ou dois séculos mais tarde; mas conhece também e muito aprecia os teólogos quase seus contemporâneos, especialmente VITORIA e SUAREZ — o fato é tão notório quanto a esse último, que impressionou LEIBNITZ — e nêles vai buscar confessadamente muitas de suas teorias". (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 300).

29 "GROTIUS, a meu ver, completou a doutrina escolástica sobre a lei eterna... pelo princípio de socialidade". (LEIBNITZ, *Philosophische Schriften*, ed. Gerhardt, VII vol., apud G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 175).

30 "A melhor divisão do direito, assim entendido, é a que se encontra em ARISTÓTELES e segundo a qual há um direito natural e um direito voluntário". (HUGONIS GROTII, *De Jure Belli ac Pacis*, ed. A. Wetstenium, Amsterdã, 1702, Liv. I, n.º IX).

31 "Dissemos que a outra espécie de direito é o direito voluntário, que tira sua origem da vontade. E' ou humano ou divino... O direito voluntário divino é o que tira sua origem de Deus, o que o distingue do direito natural, que se pode também chamar de direito divino" (isto é, que tira sua origem da *inteligência divina*) (H. GROTII, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., liv. I, n.ºs XIII e XV, 1).

32 "Esse senso social, tão particular à inteligência humana, é fonte do direito propriamente dito" (*Haec... societatis custodia humano intellectui conveniens fons est ejus juris quod proprie tali nomine appellatur*) (H. GROTII, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., Proleg. p. VII, 8).

e eterna da justiça,³³ emanção da natureza de Deus, sugerida pela razão humana.³⁴

GROTIUS faz pois o direito nascer do sentimento da sociabilidade. Sua concepção objetiva do direito, em oposição à de HOBBS, se manifesta logo quando diz que vê, no direito natural, a "sábia economia na distribuição gratuita das coisas que são próprias a cada homem e a cada sociedade".³⁵ Afirma-se assim desde logo a sua concepção sociológica e objetiva do direito, bem como a autonomia que dava à ciência jurídica, no seu caráter puramente racional.³⁶ Baseando-se em textos como esse é que alguns vêem em GROTIUS apenas o iniciador da cisão entre o direito e a ordem sobrenatural, tanto na ordem jurídica propriamente dita, como PRADIER FODÉRE ou GURVITCH, como na ordem política, em que KOHLER o considera o "desdivinizador do Estado".³⁷ Em GROTIUS, porém, a influência dos escolásticos ainda corrige os erros incipientes, embora em confronto com o sistema jurídico tomista, o grociano já perca muito do contato do direito com a vida.³⁸ Os continua-

33 "Para (GROTIUS), como para todos aqueles que não se resignam a amputar o homem de um dos seus sentidos espirituais mais profundamente gravados em sua própria natureza, o sentimento da justiça, é essa noção de justiça o fundamento de todo direito; ora, ele não hesita em atribuir-lhe uma fonte divina". (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 300).

34 "O direito natural é uma regra que a reta razão nos sugere e nos faz conhecer que uma ação, segundo é ou não conforme à natureza racional, está viciada por uma deformação moral ou é moralmente necessária e que, por conseguinte, Deus autor da natureza a interdiz ou a ordena". (H. GROTII, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., liv. I, n.º X).

35 H. GROTII, ob. cit., I, X.

36 "Tudo o que acabamos de dizer ocorreria do mesmo modo, embora concedêssemos, o que não pode ser feito sem grande crime, que Deus não existe ou que os negócios humanos não são objeto de seus cuidados" (*Et haec quidem quae jam diximus locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit non esse Deus, aut non curari ab eo negotia humana*) (H. GROTII, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., I, XI).

37 "HUGO GROTIUS, que tirou o seu direito natural em grande parte dos católicos espanhóis (como os seus pareceres jurídicos (*Rechts-gutachten*) o demonstram, ele os estudou de perto) desdivinizou o Estado. Não foi ele que criou a doutrina do contrato social, mas deu-lhe um aspecto despidido de toda metafísica e toda essência divina, que em sua chata vulgaridade ia impor-se, em todo o mundo, por dois séculos, aos espíritos mais comuns. O holandês nada queria saber da influência contínua do espírito divino". (JOSEPH KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 3.ª ed., W. Rothschild, Berlim, 1923, págs. 204-205).

38 "Sobre confusões desse gênero (direito com a matemática) é que está assente o direito natural de GROTIUS e seus sucessores. O direito natural converteu-se em uma massa rígida que pesava sobre a vida e abafava o hausto

dores de GROTIUS, e não êle próprio, é que empreenderam a autonomia do direito natural. Ficaram apenas com o direito natural, social e humano, desenvolvendo o "nihilismo jurídico dos nominalistas"³⁹ e forçando a interpretação do texto de GROTIUS anteriormente citado,⁴⁰ que VAREILLES SOMMIÈRES criticou com tanta precisão, mostrando que "se Deus não existisse, haveria conselhos da natureza, não haveria leis naturais; poderia falar-se de prudência ou sabedoria, não se poderia falar de direito".⁴¹

De qualquer forma, portanto, é inegável que GROTIUS correu poderosamente para essa autonomia do direito natural⁴² e que pode ser perfeitamente justa, se a concebermos como au-

do progresso. O pensamento de que existe um direito eterno e válido para todos os tempos dominou o mundo desde o século XVI, em contradição completa com a doutrina da evolução (KÖHLER é um discípulo de HEGEL) e com a sentença de que toda cultura é relativa e que para uma cultura diferente é também necessário outro direito. Onde havia, com os escolásticos, plenitude e vida, não ficou com GROTIUS senão apatia e aridez (*Stillstand und seichte Mache*) e enquanto na Idade Média o direito natural protegeu as populações contra o arbítrio dos príncipes e o domínio do Papa (*sic*),... desde GROTIUS só empreendeu a tarefa, aliás importante, de ser a base do direito internacional." (J. KÖHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, ob. cit., pág. 44).

39 "Os últimos discípulos de SANTO TOMÁS DE AQUINO chegam mesmo ao ardor da sua polémica contra o nihilismo jurídico dos nominalistas à afirmação de que os homens, mesmo que nada soubessem de Deus, poderiam distinguir o justo do injusto, guiados pelas indicações de sua *recta ratio*" (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 175).

40 vid. nota 36 à pág. 147.

41 "Se é um erro fazer derivar imediatamente as leis naturais da vontade livre de Deus, é um erro bem mais grave fazê-las decorrer unicamente da natureza do homem. A natureza pode manifestar suas tendências, suas repugnâncias, mas não pode transformá-las em regras obrigatórias, em *imperativos categóricos*. Leis sem legislador são um contra-senso... Foi, pois, levianamente, que um filósofo espiritualista e mesmo cristão, GROTIUS, emitiu pela primeira vez esta proposição que "mesmo que Deus não existisse, haveria conselhos da natureza, não haveria leis naturais; poderia falar-se de prudência ou de sabedoria, não se poderia falar de direito" (VAREILLES SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, Guillaumin & Cie., 1889, págs. 23-24).

42 "Em um ponto, apenas, podemos encontrar em GROTIUS, não tanto uma inovação propriamente dita, mas o acolhimento, em sua construção do direito natural, de uma inovação relativamente recente e parecendo ser dirigida contra as doutrinas escolásticas, às quais êle em geral se prende: quero aludir à sua tentativa de conceber um direito natural destacado da vontade divina, e portanto repousando, ou sobre a própria natureza humana, pelo fato da solidariedade e da interdependência dos homens, ou sobre fatos humanos, como o contrato social entre os indivíduos e o Estado ou os tratados entre Estados". (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 300).

tonomia dentro de um organismo mais vasto, — mas que será fonte de todo o *socialismo* jurídico que estamos estudando neste ensaio e que converte o Direito em um simples *meio* de ação,⁴³ se considerarmos essa autonomia como independência absoluta ou repúdio da lei eterna ou da lei positiva divina, pelo utilitarismo jurídico.

É preciso, entretanto, lembrar que GROTIUS, não só estabeleceu bem firmemente, contra HOBBS, um universo baseado "na realidade de normas jurídicas",⁴⁴ mas ainda em sua divisão do direito baseou-se, como vimos, em ARISTÓTELES e no sistema jurídico católico. O direito natural, nascendo do senso social e da reta razão, é um sistema de regras que nos leva diretamente do fato à norma e integra o direito na moral e na religião. E esse direito nos seus princípios morais "é de tal modo imutável que não pode nem mesmo ser mudado por Deus".⁴⁵ Teoria essa perfeitamente realista e baseada em S. TOMÁS e SUAREZ,⁴⁶ contra o voluntarismo nominalista ou reformista. O direito natural de GROTIUS é baseado na *razão*, segundo a

43 "O socialismo jurídico só tem valor próprio e individualidade distinta, conforme a sua própria denominação, como sistema jurídico que tende ao ideal coletivista... Ora, é precisamente esse preconceito de subordinar a justiça a um ideal distinto e preconcebido — qualquer que seja —, essa preocupação consciente e desejada, de transformar o direito em um simples meio, em lugar de tender para êle como a um fim dominante, — tudo isso é que nos impede de considerar o socialismo jurídico (ou materialismo jurídico, diríamos nós. A. A. L.) como um sistema de elaboração científica do direito, digna de uma crítica detalhada" (FRANÇOIS GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Recueil Sirey, Paris, 1915 (2.^a ed., 1927), vol. II pág. 29).

44 "Em face da doutrina (da qual foi HOBBS o titular imediato) que nega a existência de um sistema universal de justiça e distingue e reconhece o direito, simplesmente, por motivos de conveniência ou utilidade, GROTIUS sustenta, ao contrário, a realidade de normas jurídicas e preceitos morais essenciais para a vida, que derivam da natureza das coisas e obrigam tanto os povos como os homens". (R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., vol. I, pág. 314).

45 "O direito natural é de tal modo imutável que não pode nem mesmo ser mudado por Deus... Do mesmo modo que Deus não pode fazer que dois e dois não sejam quatro, assim também não pode impedir que o que é naturalmente mau não seja mau" (H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., I, X, 5); "o direito natural, sendo perpétuo e imutável, não é possível que Deus, que nunca é injusto, tivesse ordenado qualquer coisa de contrário a êle" (ib., I, XVII).

46 "*Ostendimus non posse Deum non prohibere mala illa quae ratio naturalis ostendit esse mala*" (SUAREZ, *De Legibus*, lib. II, c. V); "*Deus... negare seipsum non potest: negaret autem seipsum si ordinem suae justitiae auferret*" (*Sum. Teol.*, Ia. IIae, qu. CI, a 8); "Deus não é livre de não tornar obrigatórias as regras que derivam da natureza humana" VAREILLES SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, ob. cit., pág. 22 e not. 3).

boa e sã doutrina;⁴⁷ e o que é baseado na *vontade* é o direito positivo, que ele chama “direito voluntário” por ser baseado ou na vontade de Deus ou na vontade do homem.⁴⁸

Como se vê, portanto, é preciso retificar, em parte, a posição outrora geralmente atribuída a GROTIUS, hoje esclarecida por biógrafos mais objetivos e pela consideração dos textos originais. GROTIUS terá realmente uma ação capital nesse período de autonomização do direito natural, que foi uma “etapa decisiva”⁴⁹ na obra de desespiritualização do direito empreendida por uma grande corrente jurídica moderna. E o direito natural começando a perder, com ela, a plasticidade que lhe haviam dado os grandes juristas católicos medievais⁵⁰ e que os juristas católicos modernos voltam a dar-lhe,⁵¹ — ia transformar-se no rígido direito natural individualista do século XVIII.

Outro de seus erros foi a teoria do contrato social cuja autoria lhe é negada por alguns,⁵² mas que desenvolveu amplamente, concorrendo portanto para o estadismo jurídico dos seus sucessores naturalistas.⁵³

47 “*Jus naturale est dictatum rectae rationis*” (H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., I, I, 10).

48 vid. nota 31 à pág. 146.

49 “Por que não conseguiram as concepções escolásticas da *lex aeterna* operar a laicização da ciência do direito, ao passo que a teoria de GROTIUS se tornou uma etapa decisiva?” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 175).

50 “Enquanto, porém, os espanhóis permaneciam no terreno do direito natural aristotélico-tomista e graças ao conceito construtivo da razão prática permitiam um grande campo de ação à mutabilidade do direito, tomou o direito natural com o Calvinismo uma dureza particular; com Hugo GROTIUS e seus sucessores perdeu ele toda plasticidade e flexibilidade: tornou-se duro e seco” (J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, ob. cit., pág. 42).

51 “Por pouco que (os estadistas do direito natural) tenham de espírito lógico e sejam inclinados à sistematização, são levados a exagerar o laço de dependência de todas as instituições positivas em face do direito natural e chegam facilmente a atribuir ao direito natural noções que nada têm a ver com ele. Assim se explicam os erros dos teoristas do direito natural nos séculos XVIII e XIX... Evitemos, pois, impor, em nome do direito natural, toda instituição que nos pareça exigida pelo bem comum em circunstâncias concretas. Reservemos o domínio do direito natural para os grandes princípios” (JACQUES LECLERC, *Leçons de Droit Naturel*, ob. cit., vol. I, pág. 245).

52 vid. nota 37 à pág. 147.

53 “O pacto social, que as teorias examinadas (do consensualismo jurídico) supõem, é a maior das falsidades que obstruem a filosofia do direito... Não se explica facilmente que tropeçasse no grosseiro erro do pacto um homem como GROTIUS, que possui a noção do verdadeiro direito natural e a exprime em termos, senão muito felizes, sem dúvida inequívocos como prova de seu

Colocado, pois, entre a concepção objetiva do direito, que bebera nos teólogos católicos de Espanha e o subjetivismo jurídico dos teólogos protestantes, ficou GROTIUS em uma espécie de encruzilhada. Nela vão invocá-lo sistemas opostos,⁵⁴ a ela vão ter as várias teorias jurídicas medievais, realistas e nominalistas; e dela partem as duas grandes correntes modernas do direito: a que hoje chegou ao materialismo soviético e a que determinou, em nossos dias, o renascimento do direito natural.⁵⁵

A posição de GROTIUS, portanto, é de um centro de operações nesse período inicial da autonomia do direito natural, tão importante para compreendermos as origens e a natureza do materialismo jurídico de nosso tempo.

Outra figura que está intimamente ligada à de GROTIUS, em seu sistema de direito, e que em suas obras jurídicas se apresenta como seu continuador é a de LEIBNITZ, 1649-1716,⁵⁶

pensamento em relação à autoridade divina do direito. E entretanto aí está sua doutrina intrinsecamente contraditória em que se casam morbidamente o direito natural e a criação voluntária da sociedade por meio do sonhado Contrato, a necessidade racional do direito e o estabelecimento convencional do seu império. Porque, se o direito é lei da natureza e nessa lei está incluída a da sociabilidade, não se vê por que o cumprimento desta há de depender do arbítrio humano. E se o direito, todo o direito, tanto o individual como o social, enquanto regra da razão natural, está por Deus prescrito e sancionado, não se compreende por que o direito da sociedade, regra de uma necessidade e de um dever, há de precisar do consentimento para impor-se como obrigatório... As repercussões que na ordem política tiveram essas teorias têm incomensurável consequência. Em resumo são: a amoralidade do direito, o individualismo atomístico e dissociador e a onipotência deífica do Estado (estatalatria)”. (MARIANO ARAMBURU, *Filosofia del Derecho*, ed. Instituto de las Españas en los Estados Unidos, New York, 1924, vol. 1.º págs. 59-63).

54 “Vê-se como a doutrina de GROTIUS, — precisamente porque ele não é de modo algum inovador e procura, com toda a tradição em matéria de direito natural, manter um justo meio termo entre dois extremos, a autonomia do homem e o direito da sociedade — vê-se como essa doutrina, sendo interpretada unilateralmente e puxada fortemente em um ou outro sentido, pode ser invocada, ao mesmo tempo, pelos partidários do individualismo anárquico e pelos do despotismo do Estado” (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 309).

55 “Logo depois de GROTIUS, as duas tendências que ele tinha tentado sintetizar retomam a sua marcha separada, tentando ambas servir-se desse grande nome. Pode-se dizer que toda a história do direito internacional, desde sua época até a nossa se resume na luta entre os dois elementos do direito, o direito natural (ou racional objetivo) e o direito positivo, ambos indispensáveis, e que é preciso portanto combinar em proporções desejadas, em vez de os opormos um ao outro, como se dá muitas vezes nos partidários das teorias extremas”. (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 325).

56 “A filosofia do direito de LEIBNITZ visa justamente aprofundar as opiniões de GROTIUS, baseando-as sobre a sua própria metafísica” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 192).

boa e sã doutrina;⁴⁷ e o que é baseado na *vontade* é o direito positivo, que ele chama “direito voluntário” por ser baseado ou na vontade de Deus ou na vontade do homem.⁴⁸

Como se vê, portanto, é preciso retificar, em parte, a posição outrora geralmente atribuída a GROTIUS, hoje esclarecida por biógrafos mais objetivos e pela consideração dos textos originais. GROTIUS terá realmente uma ação capital nesse período de autonomização do direito natural, que foi uma “etapa decisiva”⁴⁹ na obra de desespirtualização do direito empreendida por uma grande corrente jurídica moderna. E o direito natural começando a perder, com ela, a plasticidade que lhe haviam dado os grandes juristas católicos medievais⁵⁰ e que os juristas católicos modernos voltam a dar-lhe,⁵¹ — ia transformar-se no rígido direito natural individualista do século XVIII.

Outro de seus erros foi a teoria do contrato social cuja autoria lhe é negada por alguns,⁵² mas que desenvolveu amplamente, concorrendo portanto para o estadismo jurídico dos seus sucessores naturalistas.⁵³

⁴⁷ “*Jus naturale est dictatum rectae rationis*” (H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, ob. cit., I, I, 10).

⁴⁸ vid. nota 31 à pág. 146.

⁴⁹ “Por que não conseguiram as concepções escolásticas da *lex aeterna* operar a laicização da ciência do direito, ao passo que a teoria de GROTIUS se tornou uma etapa decisiva?” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 175).

⁵⁰ “Enquanto, porém, os espanhóis permaneciam no terreno do direito natural aristotélico-tomista e graças ao conceito construtivo da razão prática permitiam um grande campo de ação à mutabilidade do direito, tomou o direito natural com o Calvinismo uma dureza particular; com Hugo GROTIUS e seus sucessores perdeu ele toda plasticidade e flexibilidade: tornou-se duro e sêco” (J. KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, ob. cit., pág. 42).

⁵¹ “Por pouco que (os estadistas do direito natural) tenham de espírito lógico e sejam inclinados à sistematização, são levados a exagerar o laço de dependência de todas as instituições positivas em face do direito natural e chegam facilmente a atribuir ao direito natural noções que nada têm a ver com ele. Assim se explicam os erros dos teoristas do direito natural nos séculos XVIII e XIX... Evitemos, pois, impor, em nome do direito natural, toda instituição que nos pareça exigida pelo bem comum em circunstâncias concretas. Reservemos o domínio do direito natural para os grandes princípios” (JACQUES LECLERC, *Leçons de Droit Naturel*, ob. cit., vol. I, pág. 245).

⁵² vid. nota 37 à pág. 147.

⁵³ “O pacto social, que as teorias examinadas (do consensualismo jurídico) supõem, é a maior das falsidades que obstruem a filosofia do direito... Não se explica facilmente que tropeçasse no grosseiro erro do pacto um homem como GROTIUS, que possui a noção do verdadeiro direito natural e a exprime em termos, senão muito felizes, sem dúvida inequívocos como prova de seu

Colocado, pois, entre a concepção objetiva do direito, que bebera nos teólogos católicos de Espanha e o subjetivismo jurídico dos teólogos protestantes, ficou GROTIUS em uma espécie de encruzilhada. Nela vão invocá-lo sistemas opostos,⁵⁴ a ela vão ter as várias teorias jurídicas medievais, realistas e nominalistas; e dela partem as duas grandes correntes modernas do direito: a que hoje chegou ao materialismo soviético e a que determinou, em nossos dias, o renascimento do direito natural.⁵⁵

A posição de GROTIUS, portanto, é de um centro de operações nesse período inicial da autonomia do direito natural, tão importante para compreendermos as origens e a natureza do materialismo jurídico de nosso tempo.

Outra figura que está intimamente ligada à de GROTIUS, em seu sistema de direito, e que em suas obras jurídicas se apresenta como seu continuador é a de LEIBNITZ, 1649-1716,⁵⁶

pensamento em relação à autoridade divina do direito. E entretanto aí está sua doutrina intrinsecamente contraditória em que se casam morbidamente o direito natural e a criação voluntária da sociedade por meio do sonhado Contrato, a necessidade racional do direito e o estabelecimento convencional do seu império. Porque, se o direito é lei da natureza e nessa lei está incluída a da sociabilidade, não se vê por que o cumprimento desta há de depender do arbítrio humano. E se o direito, todo o direito, tanto o individual como o social, enquanto regra da razão natural, está por Deus prescrito e sancionado, não se compreende por que o direito da sociedade, regra de uma necessidade e de um dever, há de precisar do consentimento para impor-se como obrigatório... As repercussões que na ordem política tiveram essas teorias têm incomensurável consequência. Em resumo são: a amorabilidade do direito, o individualismo atomístico e dissociador e a onipotência deífica do Estado (estatalatria)”. (MARIANO ARAMBURU, *Filosofia del Derecho*, ed. Instituto de las Españas en los Estados Unidos, New York, 1924, vol. 1.º págs. 59-63).

⁵⁴ “Vê-se como a doutrina de GROTIUS, — precisamente porque ele não é de modo algum inovador e procura, com toda a tradição em matéria de direito natural, manter um justo meio termo entre dois extremos, a autonomia do homem e o direito da sociedade — vê-se como essa doutrina, sendo interpretada unilateralmente e puxada fortemente em um ou outro sentido, pode ser invocada, ao mesmo tempo, pelos partidários do individualismo anárquico e pelos do despotismo do Estado” (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 309).

⁵⁵ “Logo depois de GROTIUS, as duas tendências que ele tinha tentado sintetizar retomam a sua marcha separada, tentando ambas servir-se desse grande nome. Pode-se dizer que toda a história do direito internacional, desde sua época até a nossa se resume na luta entre os dois elementos do direito, o direito natural (ou racional objetivo) e o direito positivo, ambos indispensáveis, e que é preciso portanto combinar em proporções desejadas, em vez de os opormos um ao outro, como se dá muitas vezes nos partidários das teorias extremas”. (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 325).

⁵⁶ “A filosofia do direito de LEIBNITZ visa justamente aprofundar as opiniões de GROTIUS, baseando-as sobre a sua própria metafísica” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 192).

espírito genial que abraçou os ramos dos conhecimentos humanos, tendo sido, porém, a “ciência do direito” o tipo do seu pensamento, como disse GURHAUER.⁵⁷

Se no terreno jurídico foi GROTIUS, como dissemos, uma encruzilhada, o esforço filosófico de LEIBNITZ foi todo no sentido do que ele chamava a “harmonia das diversidades compensadas pela identidade”.⁵⁸

LEIBNITZ opôs-se ao voluntarismo scotista ou nominalista e mostrou como a ordem moral não é uma criação arbitrária de Deus⁵⁹ nem a justiça apenas uma “projeção da justiça” da sociedade autônoma e terrestre sobre Deus”, como erradamente pensa GURVITCH.⁶⁰ É uma regra ideal que “pertence às criaturas racionais antes que Deus decidisse criá-las”,⁶¹ isto é, pertence à *natureza das coisas e de Deus* e não depende apenas de um decreto arbitrário de Sua vontade soberana como queria o nominalismo jurídico e muito menos da vontade humana, in-

⁵⁷ “Em LEIBNITZ... deu a jurisprudência o tipo do seu pensamento. O conceito do Direito, da Justiça e do que se prende a eles, forma a liga do sistema do universo... estabelece o laço da Natureza com o Espírito, do Eterno com a História” (G. GURHAUER, *Leibnitz*, 1842, pág. 222; apud G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 191, nota 1).

⁵⁸ *Harmoniam diversitatem identitate compensatum* (LEIBNITZ, *Philosophische Werke*, 1.º vol., pág. 73, apud G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 192, not. 3).

⁵⁹ “Há pessoas que... sob pretexto de libertar a natureza divina do jugo da necessidade, quiseram torná-la totalmente indiferente, de uma indiferença de equilíbrio; não considerando que, tanto é absurda a necessidade metafísica em relação às ações de Deus *ad extra*, quanto é digna d'Ele a necessidade moral... Aquêles que crêem que Deus estabeleceu o bem e o mal por um decreto arbitrário, caem nesse estranho sentimento de uma pura indiferença e em outros absurdos ainda mais estranhos. Tiram-lhe o título de bom; pois qual o motivo de louvá-lo pelo que fez, se tivesse procedido igualmente bem ao fazer qualquer outra coisa diferente?” (LEIBNITZ, *Essais sur la Bonté de Dieu, la Liberté de l'homme et l'origine du mal*, ed. Firmin Didot, Paris, 1879, pág. 577).

⁶⁰ “A Justiça divina de que falara LEIBNITZ não será mais do que uma projeção da Justiça da sociedade autônoma e terrestre sobre Deus” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 195).

⁶¹ “Dizer que Deus, tendo deliberado criar o homem tal como é, não podia deixar de exigir dele a piedade, a sobriedade, a justiça e a castidade, pois que é impossível que pudessem agradar a Deus as desordens capazes de subverter e perturbar a sua obra, — é voltar com efeito ao senso comum. As virtudes só são virtudes porque servem para a perfeição ou impedem a imperfeição dos que são virtuosos ou dos que privam com eles. E elas possuem isso por sua natureza e pela natureza das criaturas racionais, antes que Deus se decidisse criá-las”. (LEIBNITZ, *Essais sur la Bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, ob. cit., pág. 579).

dividual ou social, do individualismo ou do sociologismo jurídicos modernos.⁶² LEIBNITZ, como GROTIUS, acentua o caráter social do direito natural,⁶³ que ele chama também com a boa

⁶² Os modernos que pretendem reagir contra o individualismo no Direito, que foi uma das *formas principais* do naturalismo jurídico, recusando-se porém a restaurar a primazia do direito eterno e do direito natural, para procurar apenas o “direito novo” (MAXIME LEROY) numa extensão da idéia *positiva* do direito, pelo “direito social” de GURVITCH, pelo “direito livre” de EHRLICH, pelo “direito sindical” de LEROY, ou pelo “direito intuitivo” de PETRASISKY, — operam uma reação saudável, mas ainda incompleta contra o positivismo jurídico e o “fetichismo da lei positiva”, contra o qual tão valentemente se bateu GÉNY. Esse movimento moderno é assim delineado por GURVITCH: — “Desde o início do século XX, anunciou-se toda uma corrente doutrinária, que alarga cada vez mais a noção do direito positivo, multiplica-lhe de mais em mais as “fontes formais” reconhecidas como equivalentes, desapropria cada vez mais a lei do Estado, não apenas de seu pretensão monopólio e de sua supremacia, mas também de sua força criadora, reduzindo-a a um simples processo técnico para consagrar as realidades jurídicas, preexistentes... O movimento que (GÉNY) inicia “para além da lei”, e em favor do direito vivo e espontâneo, em pouco ultrapassou as conclusões hesitantes demais do seu autor. Falou-se da “impotência da lei” e proclamou-se a sua “decadência”. Na Alemanha, afirmou-se a escola do direito livre (*Freirechtsschule*)... Nos países anglo-saxões, numerosos juristas, com ROSCOE POUND à testa, partidários dos *standards* e das *directives* que facilitam ao juiz a aplicação das regras rígidas do direito e na Rússia a escola de LÉON PETRASISKY, com sua teoria original do “direito intuitivo” e da multiplicidade infinita das fontes do direito positivo, desempenharam o mesmo papel que a *Freirechtsschule* na Alemanha... Todo esse movimento... procura, por diferentes modos, demonstrar que o direito legal e em geral o direito oficialmente reconhecido pelo Estado (bases do positivismo jurídico) é apenas uma porção ínfima no vasto oceano do direito vivo e espontâneo”. (GEORGES GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, lib. phil. J. Vrin, Paris, 1932, págs. 214-215).

Esse movimento “do século XX”, pensando encontrar um “direito novo”, vem apenas retomar a tradição do direito medieval, em sua riqueza *costumeira* e extra-legal, como vimos no cap. III deste ensaio e particularmente na obra monumental dos irmãos CARLYLE, amplamente utilizada. Falta, porém, a esse movimento de *alargamento* das fontes jurídicas, o movimento, que o completa e justifica, de *integralização* das mesmas, pela lei natural e pela lei eterna. Na segunda parte desta obra, quando estudarmos o renascimento do direito integral, teremos ocasião de desenvolver esses e outros pontos do pensamento jurídico moderno, que aqui só podemos mencionar.

⁶³ “O direito, essa “*potentia... moralis et obligatio necessitatis moralis... agendi quod justum est*” (LEIBNITZ) diferencia-se, quer seja natural quer positiva, em várias espécies ou, como diz LEIBNITZ, “em graus”, enquanto a justiça é única. Não somente o direito positivo, mas também o direito natural se prendem à *existência real* das totalidades sociais. “O direito natural, diz LEIBNITZ, é o direito que protege e que ajuda as *comunidades naturais*; nêle se distinguem seis espécies destas comunidades (nelas compreendidas as cidades e aldeias, o Estado, a Igreja, a comunidade internacional) e a cada uma delas se atribui o seu próprio direito natural” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 197).

tradição de “direito perpétuo”,⁶⁴ para opor ao direito positivo histórico e contingente e mesmo à parte mutável do direito natural *ex ratione status*.⁶⁵

LEIBNITZ sempre defendeu a objetividade tradicional do direito e opôs-se terminantemente ao individualismo jurídico que HOBBS lançara e PUFFENDORF ia desenvolver.⁶⁶

Nesse sentido trabalhou LEIBNITZ pela autonomia do direito em face do Estado, e pela subordinação do direito individual ao direito social que está na essência de toda teoria sã do direito.

Sua obra jurídica, em continuação à de GROTIUS, foi considerável e soube manter-se ainda no mesmo equilíbrio que a daquele, entre a autonomia racional do direito e as suas raízes eternas, de um lado, e sociais do outro.

Numa época em que nos meios políticos, apelam os defensores do absolutismo real para o direito divino, ao passo que os antimonárquicos recorrem ao direito natural, como se fôssem duas regras distintas, uma vinda de Deus e outra partindo do homem — mantêm GROTIUS e LEIBNITZ a unidade orgânica da sequência natural que leva da razão humana à razão divina, no estabelecimento de um sistema autônomo de regras jurídicas, racionais e sociais.

Essa autonomia do direito natural, que encontramos ainda equilibrado em GROTIUS e LEIBNITZ, vai pouco a pouco acentuando-se no sentido da independência, do individualismo, e da ruptura com a ordem sobrenatural.

LOCKE (1632-1704) pode ser apresentado como o precursor de toda a concepção individualista do direito natural que ia

⁶⁴ “ARISTÓTELES foi muito ortodoxo nesse capítulo da justiça e a Escola o acompanhou: ele faz distinção, tanto como CÍCERO e os juriconsultos, entre o direito perpétuo, que obriga a todos e por toda a parte e o direito positivo, que só é para certos tempos e certos povos” (LEIBNITZ, *Essais sur la Bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, ob. cit., pág. 580).

⁶⁵ LEIBNITZ propõe “a distinção entre as regras do direito natural que decorrem diretamente da natureza (isto é, da razão pura) a aquelas que se deixam deduzir *ex ratione status*, da consideração racional das realidades sociais variáveis. As primeiras são imutáveis e válidas para todos os tempos, as segundas, sendo princípios deduzidos *ex ratione status*, são adaptadas (*conveniunt*) às mudanças e às variedades desses estados de fato” (G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, ob. cit., pág. 197).

⁶⁶ “Foi antes de tudo o objetivismo jurídico que LEIBNITZ defendeu contra o subjetivismo voluntarista de HOBBS e de PUFFENDORF, que dilapidaram a herança preciosa de GROTIUS” (G. GURVITCH, ob. cit., pág. 199).

encher o século XVIII e servir de base aos princípios da Revolução Francesa.⁶⁷

LOCKE representa realmente uma síntese das idéias de seu século, que nêle se concentram para irradiar depois no século seguinte.⁶⁸ Ele não repudia ainda a “lei divina”, mas não estabelece nenhum laço substancial permanente entre as três “leis” a que submete as ações humanas,⁶⁹ embora reconheça ordinariamente a conformidade entre a “lei de opinião” e a “lei divina”.⁷⁰

⁶⁷ “Se em DESCARTES, apesar da inversão do caminho trilhado, pode-se ainda falar de uma triplicidade cósmica de homem, Deus e verdade eternas e imutáveis em LOCKE vemos há muito abandonada essa determinação do pósto do homem... o primeiro passo para ele, é que consideremos nosso próprio entendimento, ponhamos à prova nossas próprias forças e vejamos a que coisas estão adequadas. Se não partimos daí, acredita ele que começamos do lado errado. Dessa avaliação das próprias forças, em face da desconfiança no cosmos ordenado em si, e da vontade do homem, é que nasce a Ordem. Característica da elevação da vontade ordenadora do homem é a decisiva orientação para o sujeito” (VINZENZ RÜFNER, *Der Kampf ums Dasein*, ob. cit., pág. 24).

⁶⁸ “Se esse tempo e esse meio, em geral, são para nós de singular interesse, LOCKE, em particular, não o é menos. Nenhum pensador recolheu melhor a herança de um esforço intelectual mais intenso e mais novo, nem deu às idéias que seu pensamento reflete e enriquece um ar mais pessoal, mais sedutor à opinião, mais facilmente vulgarizador, de efeito mais penetrante. Todos os afluentes da torrente moderna nêle se misturam maravilhosamente; ele sabe explorar e repartir mesmo aqueles que parece repelir. A Reforma e o Renascimento, o empirismo de BACON, o racionalismo de DESCARTES e de HOBBS, o positivismo científico dos físicos ou dos médicos como BOYLE ou SYDENHAM, o espírito a um tempo mercantil e liberal da burguesia capitalista, a polidez mantida, a ponderação, o senso prático, a prudência medida de sua classe e de seu país, a paixão de ver e julgar por si mesmo, de desdenhar a opinião alheia, de confiar sua vida à orientação de idéias que parecem claras, — LOCKE saberá falar melhor que qualquer outro, aos seus contemporâneos, a linguagem para a qual os preparou o passado recente, trazendo-lhes, de modo simples e fácil, o lote de idéias e teorias que seus pensamentos procuram” (J. VIALATOUX, *Philosophie Economique*, ob. cit., páginas 124-125).

⁶⁹ “Eis, parece-me, as três espécies de leis às quais referem os homens em geral os seus atos, para julgar se carecem ou não de retidão: 1.º a lei divina; 2.º a lei civil; 3.º a lei de opinião ou de reputação, se ousou assim chamar. Quando os homens referem seus atos à primeira dessas leis, julgam por ela se são pecados ou deveres; referindo-os à segunda, julgam se são criminosos ou inocentes; e pela terceira apreciam se são virtudes ou vícios” (LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, Firmin-Didot, Paris, 1879, liv. II, c. XXVIII, § 7.º).

⁷⁰ “Como nada é mais natural do que ligar estima e reputação àquilo que cada um reconhece ser-lhe vantajoso e de censurar e desacreditar o contrário, não nos devemos surpreender que a estima e a desonra, a virtude e o vício, se encontrem por toda a parte conformes, ordinariamente, à

LOCKE parte como HOBBS de um estado natural de que os homens saíram por um *contrato*, com que ingressaram no estado social. Em vez porém de abandonarem nas mãos do Estado os seus direitos como queria HOBBS, guardam para si a sua liberdade imprescritível.⁷¹

Esse estado de natureza não é um estado pré-jurídico. O direito natural é inato no homem.⁷² E possui a mesma imutabilidade da ordem natural das coisas, tal como Deus a criou.⁷³ A ordem moral e jurídica é expressão da "lei divina", conhecida por via natural ou revelada.⁷⁴ Mas o conceito lockiano de direito natural já assume um caráter autônomo e empírico, que era desconhecido pela lei natural cristã, integrada na lei eterna.⁷⁵

regra invariável do justo e do injusto, que foi estabelecida pela lei de Deus, nada neste mundo atraindo e garantindo tanto o bem comum do gênero humano, de modo tão direto e visível, como a obediência às leis que Deus impôs ao homem e nada, ao contrário, causando tanta miséria e confusão, como a negligência dessas leis" (LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, ob. cit., II, c. XXVIII, pág. 11).

⁷¹ "Em LOCKE os indivíduos autônomos, cedendo ao Estado os poderes anárquicos que a lei lhes dava a uns sobre os outros, guardam consigo a sua liberdade individual imprescritível" (J. VIALATOUX, *Philosophie économique*, ob. cit., pág. 142).

⁷² "Segundo LOCKE, prevalecem no estado de natureza primitivo a ordem e a razão. É um estado anterior à organização política; não é um estado pré-social. Mesmo no estado de natureza existem preceitos jurídicos, os que nascem do direito natural que LOCKE define, seguindo GROTIUS, como conjunto de regras determinadas pela razão, para a direção e governo dos homens em suas condições primitivas. O direito natural é o antecedente do direito positivo" (R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., I, pág. 365).

⁷³ "Essa ordem, como LOCKE expressamente acentuou contra os nominalistas e DESCARTES, é imutável. Deus não pode operar contra sua própria natureza, nem pode mudar a ordem do mundo que Ele próprio criou" (FRIEDRICH JODL, *Geschichte der Ethik*, J. G. Cotta'sche Buchl. Nachf. Stuttgart u. Berlin, 4.ª ed., 1930, vol. I, pág. 250).

⁷⁴ "Por lei divina, compreendo essa lei que Deus prescreveu aos homens para ser a regra de suas ações, fôsse-lhes ela notificado pela lei da natureza ou pela via da revelação" (LOCKE, *Essai sur l'entendement humain*, ob. cit., II, XXVIII, 8).

⁷⁵ "A lei divina e a natural são (para LOCKE) as duas grandes fontes de conhecimento para a vida moral. A divina está expressa no Evangelho; a natural se exprime nas leis civis e na opinião pública. A determinação dessa lei natural, porém, contém nela caracteres muito diversos do que os contidos no conceito homônimo da ética cristã. E aqui se vê, de modo claro, a influência de HOBBS. Como não existem conceitos inatos da consciência, não pode a lei natural ser mais do que um conhecimento do bem e do mal repousando sobre a organização humana e sobre a experiência" (F. JODL, *Geschichte der Ethik*, ob. cit., vol. I, pág. 249).

Esse direito natural subjetivo de LOCKE tem como modelo o direito de propriedade,⁷⁶ de modo que toda sociedade e todo direito pressupõem esse absolutismo individualista, que coloca a propriedade e a liberdade na base da vida social.

Em LOCKE, portanto, já encontramos o direito natural em sua fisionomia autônoma e individualista, pois ele "representa o espírito moderno de independência, de senso crítico, de individualismo e democracia que tem sua expressão na reforma religiosa e nas revoluções políticas do século XVII".⁷⁷

Se HOBBS converteu o seu conceito subjetivista do direito natural (em oposição à lei natural) em um "despotismo jurídico", LOCKE manteve-o e foi o precursor verdadeiro de todo o individualismo jurídico, contra o qual iam reagir o positivismo e em seguida o materialismo jurídicos modernos. Nêle já se manifesta em suas conseqüências, não mais cooperantes mas dissociativas, a desagregação das leis que governam as ações dos homens, com a negação da lei moral inata no homem⁷⁸ e a autonomia crescente do direito natural.

Com SPINOZA (1632-1677) dá mais um passo o naturalismo jurídico.⁷⁹ Baseando, como HOBBS, o direito na força, aproxima-se de LOCKE pela defesa dos direitos individuais.

Panteísta, identificando Deus e o mundo, funda SPINOZA, como HOBBS, o direito na natureza *passional* e não na natureza *racional* do homem. O direito de cada homem se mede pelo limite de sua potência. A subjetivação do direito é absoluta. Perde todo caráter racional para exprimir apenas a ação das

⁷⁶ "A propriedade (em LOCKE) é o direito fundamental; e o direito do homem à integridade e posse de sua pessoa constitui a base do direito à vida e à liberdade" (R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., I, pág. 369).

⁷⁷ R. GETTEL, ob. cit., loc. cit.

⁷⁸ "Encontramos em LOCKE uma crítica cortante do caráter inato dos conceitos morais superiores ou de leis morais determinadas, no sentido em que a ética da Igreja tinha afirmado a lei moral inata do homem" (F. JODL, *Geschichte der Ethik*, ob. cit., I, pág. 243).

⁷⁹ "Para SPINOZA é a substância o fundamento determinante e ativo de todas as coisas. Estas derivam necessariamente daquela. Pode-se chamá-la Deus ou natureza... O homem é apenas um *modus* da substância única e total... Entretanto, procurou SPINOZA fundar um *direito natural*. Considera-o, porém, de acordo com a sua concepção geral, no sentido de uma lei da natureza. A natureza determina cada indivíduo a ser e a agir de certo modo... Por natureza tem cada indivíduo tanto direito quanto força: "é direito natural dos peixes nadarem e dos peixes maiores comerem os menores" (RUDOLF STAMMLER, *Rechts-und Staats theorien der Neuzeit*, ob. cit., pág. 22).

leis da natureza no homem. O direito, em vez de ser uma disciplina, é uma expressão de força e do desejo de cada um. "O direito natural só proíbe o que ninguém quer e o que ninguém pode",⁸⁰ segundo suas próprias palavras. Como a sociedade seria impossível se cada homem afirmasse esse direito absoluto que tem por natureza, nasce a sociedade também por um contrato em que cada indivíduo cede a totalidade dos seus direitos à comunidade.

Essa cessão ainda é mais absoluta que em HOBBS, afirmam certos intérpretes de SPINOZA⁸¹ contra a afirmação, aliás sofisticada, do próprio SPINOZA.⁸² Tanto em HOBBS como em SPINOZA, porém, e mais que em LOCKE, o Estado tem a soberania absoluta. Concretamente, HOBBS via esse Estado como um Rei ou possivelmente como uma assembléia, ao passo que SPINOZA antecipando-se a ROUSSEAU, que muito influenciou, conservava aos homens o direito natural individual, idêntico ao direito natural social do Estado, voltando-se para uma monarquia democrática.⁸³ Como muito bem pondera JANET, ao expor a teoria jurídica de SPINOZA, terei o direito de tudo fazer

⁸⁰ "O direito natural só proíbe o que ninguém quer e o que ninguém pode. Ele não proíbe, pois, nem as rivalidades, nem os ódios, nem a cólera, nem a esperteza, nem nada do que a paixão aconselha. E isso nada tem de surpreendente, pois a natureza não está contida dentro das leis da razão humana, que só se relacionem com a utilidade e a conservação do homem; mas se compõe de uma infinidade de leis relativas à ordem eterna da natureza, de que o homem é apenas uma parcela. Tudo, pois, o que nos parece ridículo, absurdo ou mau na natureza, só nos parece assim porque só vemos as coisas por um lado e queremos tudo regular pelos preceitos de nossa razão, embora essa ação que nossa natureza chama de má, não o seja sob o ponto de vista da ordem e da natureza universal" (SPINOZA, *Tract. Polit.*, c. II, § 8, *apud* P. JANET, *Histoire de la Science Politique*, ob. cit., vol. II págs. 251-252).

⁸¹ "A concepção de SPINOZA sobre os direitos humanos supõe certo avanço sobre a teoria de HOBBS. Segundo este, têm os homens direitos naturais fora do Estado; segundo SPINOZA, só têm os direitos naturais que o Estado lhes concede" (R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., I, pág. 377).

⁸² "SPINOZA, interrogado por um dos seus amigos sobre as diferenças entre suas opiniões e as de HOBBS, responde: "O que distingue minha política da de HOBBS, é que eu conservo o direito natural, mesmo no estado civil e só concedo direito ao soberano na medida do seu poder" (SPINOZA, *Tract. polit.*, c. VI, § 4, *apud* JANET, *Histoire de la science politique*, ob. cit., vol. II, pág. 255). Trata-se aliás, como é fácil ver, de um sofisma, pois conceder ao soberano o direito "na medida do seu poder" é subordinar praticamente todo direito pessoal à comunidade ou ao regime soberano.

⁸³ "O sistema que SPINOZA propõe é uma espécie de monarquia representativa, igualitária e comunista, de caráter bastante bizarro" (P. JANET, ob. cit., II, 257).

contra o Estado, se eu o puder, como o Estado terá o direito de tudo fazer contra mim, se ele o puder".⁸⁴ Eis a consequência dessa autonomia absoluta do direito natural mecanizado,⁸⁵ desse direito naturalista, que vamos encontrar em SPINOZA, para quem, simultaneamente:

1.º — O direito natural é sinônimo do poder natural de cada homem;

2.º — Pelo contrato de sociedade cada homem cede ao Estado um direito tão ilimitado como o seu, pois é medido apenas pela capacidade da soberania do Estado;

3.º — Cada indivíduo, conserva no Estado civil os mesmos direitos naturais do estado de natureza.

E o resultado é fatalmente uma luta contínua entre o indivíduo e a coletividade, que mostra em SPINOZA um dos precursores mais positivos da era guerreira e revolucionária por que o mundo está passando, dilacerado, na ordem econômica, entre as duas concepções contraditórias da Justiça, baseadas ambas no conceito de *Força* e não no de *Direito*: o Capitalismo e o Comunismo.⁸⁶

Em SPINOZA, portanto, encontramos o direito natural não só em sua plena autonomia, mas ainda em um sentido radicalmente diverso do direito natural que encontramos nas teorias do direito integral, e especialmente na teoria tomista do direito natural, que segundo o testemunho insuspeito de um moderno

⁸⁴ P. JANET, ob. cit., II, pág. 255).

⁸⁵ "No naturalismo de SPINOZA, os conceitos de finalidade e personalidade aparecem como produtos de um pensamento estreito e antropomorfo. Tudo é penetrado de uma necessidade ideal e ao mesmo tempo mecânica... verdade e erro perdem para SPINOZA sua diferenciação qualitativa. A verdade é relativizada, a alma mecanizada e o cosmos subtraído às suas mais profundas qualidades. Nessa mecânica de uma substância única e por isso mesmo não qualitativa, já não encontra posto algum o predomínio do espírito. Ninguém tentou tão radicalmente extirpar o princípio de finalidade do pensamento humano, como antropomorfismo, para subordiná-lo apenas ao despotismo do princípio de causalidade" (V. RÜFNER, *Der Kampf ums Dasein*, ob. cit., pág. 22).

⁸⁶ "A moral da luta de classe marxista e a opressão liberal capitalista dos economicamente fracos, refletem, com todas as dificuldades da "questão social", a doutrina da luta pela vida, que penetrou as consciências vivas. Assim veio a suceder que esse princípio de uma força natural e cega a todo espiritual fosse aplicado a todos os planos de cultura" (V. RÜFNER, ob. cit., pág. 240).

neo-hegeliano, como KOHLER, é a que mais se aproxima da realidade.⁸⁷

A fonte do direito é a natureza deificada; o direito e a força se confundem; em lugar de uma proporção passa o direito a ser uma imposição; e o absolutismo jurídico do Estado e do indivíduo coexistem.

Eis as consequências dessa autonomia plena do direito natural fundado em um panteísmo filosófico, que termina num imanentismo jurídico que confunde o direito e o fato. A monarquia de HOBBS e a democracia de SPINOZA, na ordem política, parecendo opor-se,⁸⁸ pouco divergem de fato, pois ambas se baseiam no mesmo "egoísmo" spinozista⁸⁹ do direito natural, desligado de suas raízes transcendentais e oscilando portanto entre a tirania do indivíduo e a onipotência do Estado, filhas ambas dessa deificação do direito natural humano seccionado de sua fonte divina transcendente e eterna.

Se deixarmos os filósofos, cujas teorias repercutiram mais diretamente na vida política do seu século e afinal em toda a vida social moderna, para nos voltarmos para a corrente mais particular dos juristas, emanada também de GROTIUS e LEIBNITZ, o primeiro que se nos depara é PUFFENDORF (1632-1694), que "constitui na Alemanha o primeiro representante das tendências racionalistas e da cultura moderna,⁹⁰ e "cujas teorias constituem a concepção dominante na Alemanha até o tempo de KANT".⁹¹

⁸⁷ "TOMÁS DE AQUINO deu ao conceito de direito natural uma forma que é a que mais se aproxima da verdade, e especialmente na sua *Suma Teológica*, no 1.º livro da 2.ª parte, questão 94, desenvolve ele poderosamente o problema do direito natural. O direito natural, diz ele, não é um sentimento humano subjetivo, e sim uma lei prescrita ao homem que entretanto reponta das particularidades e dos costumes humanos e que se revela ao indivíduo na sua consciência e no seu senso jurídico, no senso jurídico que é inato ao homem" (JOSEF KOHLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, ob. cit., pág. 38).

⁸⁸ "Pode-se definir em duas palavras (a diferença entre as concepções políticas de HOBBS e SPINOZA): Estado policial e tutelar; Sociedade livre e animada individualmente" (F. JODL, *Geschichte der Ethik*, ob. cit., vol. I, pág. 48).

⁸⁹ "Mais clara e decisivamente em parte alguma se apresentou (como em SPINOZA) o princípio do Egoísmo completamente emancipado (*aufgeklärt*) e a sociedade ideal, não como obra do amor, mas da razão perfeitamente esclarecida sobre os verdadeiros interesses (do homem)" (F. JODL, ob. cit., loc. cit.).

⁹⁰ R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., I, pág. 378.

⁹¹ *ibid.* pág. 380.

PUFFENDORF prosseguiu na marcha ao racionalismo do século XVIII que marca as teorias do direito natural, dominadas pelo espírito da Reforma, a partir de GROTIUS.⁹² Aquilo que GROTIUS só fizera como meio de chegar ao direito das gentes, PUFFENDORF o fez diretamente, concentrando-se sobre a idéia do direito natural, que tratou amplamente como ciência à parte.⁹³ Distingue-o essencialmente da teologia moral e das leis civis, mostrando a sua autonomia que com ele ainda mais se acentua. O direito natural, para ele, está contido rigorosamente dentro dos limites da vida humana na terra e limita-se a regular os atos exteriores,⁹⁴ PUFFENDORF, portanto, exclui a questão da imortalidade, do âmbito do direito natural, que passa a ser uma disciplina exclusivamente limitada à vida mortal do homem.⁹⁵ E funda o direito natural exclusivamente no instinto social do homem, cuja natureza "é a regra e o fundamento desse direito".⁹⁶

Depois de delimitar assim no prefácio de seu tratado de direito natural o âmbito da ciência, ocupa-se, com a origem e

⁹² "Racionalismo, moralismo puritano, determinismo, esses três movimentos se encontram para exprimir em graus diversos a mesma preocupação de construir a teoria do direito sobre um terreno estritamente leigo. No seio das doutrinas mais absurdas, vemos assim revelar-se pela primeira vez o "espírito" que anima toda a Reforma" (G. DE LAGARDE, *Recherches sur l'esprit politique de la Réforme*, ob. cit., pág. 195).

⁹³ "Não há dúvida alguma que foi PUFFENDORF quem deu consistência científica a esse direito natural, sociologicamente incomparável com as tentativas escolásticas anteriores... Foi SAMUEL PUFFENDORF que pela primeira vez elaborou o direito natural como sistema" (ERIK WOLF, *Grotius, Puffendorf, Thomasius*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1927, pág. 75).

⁹⁴ "A *lex naturalis* já não é mais a voz interior da natureza, no homem, como em GROTIUS, e sim um preceito formulado por forças exteriores. Ali se esclarece a concepção individualista da sociedade em PUFFENDORF, em oposição ao antigo direito natural. A *lex naturalis*, para ele, só é essencial como força que liga os membros da sociedade. A sociedade já não é um todo com as suas entidades particulares, permitindo a vida do indivíduo; ela significa, de preferência, um conjunto de indivíduos, que são pensados como unidade sob uma vontade superior. Essa *lex naturalis* não fornece uma razão de ser (*Geltungsgrund*) substancial e apenas formal, ao direito natural. Esse já não decorre dos corações dos indivíduos, revelando-se na idéia mental da coletividade, em *statu integritatis*, porém representa um sistema objetivo de normas, que delimita formalmente o círculo do permitido e do racional... THOMASIIUS precisou apenas fundar-se nesses conceitos para construir todo o direito natural, individualisticamente" (ERIK WOLF, *Grotius, Puffendorf, Thomasius*, ob. cit. pág. 93).

⁹⁵ "Religio, quatenus ad disciplinam juris naturalis pertinet, intra sphaeram hujus vitae terminetur" (SAMUEL PUFFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, ex off. Knochio Eslingeriana, Francfort, 1759, vol. I, pág. XXX).

⁹⁶ ob. cit., loc. cit.

a variedade dos seres morais e de tudo o que se refere ao problema moral no homem, inclusive a lei, que considera como limitando a "liberdade natural" do homem⁹⁷ e como sendo um decreto de um superior que obriga os que lhe estão sujeitos.

É de notar, em PUFFENDORF, uma crítica muito severa aos erros de HOBBS e SPINOZA, quanto ao estado natural dos homens.⁹⁸ Negando a existência desse estado natural⁹⁹ em que HOBBS e SPINOZA confundem direito e força, PUFFENDORF acrescenta que esse estado natural de HOBBS em que tudo seria lícito a todos, não é um estado de natureza normal e sim depravada. Pois não há um estado natural em que o homem esteja desligado da lei natural e do império de Deus.¹⁰⁰

LEIBNITZ criticou vivamente a PUFFENDORF, na sua concepção do fim, do objeto e da causa eficiente do direito natural.¹⁰¹ Mas vimos, por outro lado, que, fiel aos princípios de GROTIUS opõe-se PUFFENDORF aos desvios naturalistas de HOBBS e de SPINOZA. A posição de PUFFENDORF, na história da autonomia do direito natural, não é a de um negador direto das raízes transcendentais do direito, como HOBBS ou SPINOZA, e sim a de um preparador mais avançado que GROTIUS e menos que THOMASIIUS do racionalismo jurídico, e portanto apenas indiretamente tendendo à materialização do direito.

PUFFENDORF, entretanto, acentua a independência do direito natural¹⁰² e contra a doutrina de LEIBNITZ que aproxima-

⁹⁷ "Lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur" (S. PUFFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, ob. cit., I, IV, § 3.º).

⁹⁸ *ibid.*, liv. II, cap. II, *passim*.

⁹⁹ "Fatemur tamen, universum genus humanum nunquam simul et semel in mero statu naturali existisse, neque etiam existere potuisse" (*ibid.*, liv. II, cap. II, § 4.º).

¹⁰⁰ "Deinde nulla libertas naturalis homini a nobis attribuitur, quae sit exempta ab obligatione legis naturalis" (*ibid.*, loc. cit., pág. 160).

¹⁰¹ "Sobre a primeira questão, censura LEIBNITZ a PUFFENDORF por prender o direito natural aos limites desta vida... E, diz ele, mutilar essa ciência, e suprimir muitos deveres da vida, contentar-se com esse grau de direito natural que poderia encontrar-se mesmo no ateu. Um segundo erro, que provém do primeiro, é limitar o direito natural aos atos exteriores... PUFFENDORF se engana ainda na causa eficiente do direito. Essa causa, ele não a procura na natureza das coisas e nos princípios eternos da razão divina, e sim no decreto de um superior. Segundo ele, o dever é ação do homem que se conforme com o preceito da lei (*Actio bona est, quae cum lege conformit*)" (P. JANET, *Histoire de la science politique*, ob. cit., vol. II, págs. 240-241).

¹⁰² "PUFFENDORF é, na realidade, o chefe da escola do direito da natureza e das gentes — *jus naturae et gentium* e não *jus naturale*, — quando

va o direito da moral marca uma separação entre ambas as atividades humanas que prepara a dissociação kantiana.

O predomínio da "vontade" no direito, que se encontra em PUFFENDORF,¹⁰³ é porventura uma influência remota dos nominalistas, através do próprio GROTIUS e vai acentuar-se em seus sucessores WOLF e VATTEL e sobretudo em ROUSSEAU, em quem a soberania do direito natural, em formas inteiramente diversas da doutrina do direito integral, vai manifestar-se plenamente, até decair nos tempos modernos.¹⁰⁴

PUFFENDORF, entretanto, marca, nesse período que chamamos de autonomia do direito natural, um avanço importante na tendência separatista que prepara as escolas, histórica e positivista, e com elas o materialismo jurídico. Foi ele o primeiro que se ocupou com o direito natural em um tratado sistemático e o primeiro que regeu uma cadeira de direito natural.

THOMASIIUS (1655-1728), que mantém as posições do direito natural relativamente autônomo, da escola de GROTIUS, e WOLF (1679-1754), que de fato se aproxima mais de LEIBNITZ que de PUFFENDORF, e portanto acentua menos que este a autonomia do direito natural, contribuem ambos, entretanto, para a independência deste, especialmente WOLF, estendendo-o do indivíduo aos Estados¹⁰⁵ e ligando o direito natural tanto à lei divina¹⁰⁶ como à natureza humana.¹⁰⁷ A obra de WOLF é a súpula de todo esse sistema do direito natural, que em sua

começa já a distinguir-se da doutrina tradicional anterior sobre o direito natural" (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 326).

¹⁰³ "Nesse predomínio do papel da vontade é que se pode verificar em PUFFENDORF o início dos desvios que em pouco tornarão irreconhecível a doutrina tradicional" (LOUIS LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 328).

¹⁰⁴ "A fonte da regra do direito e o fundamento da ordem social já não aparecem hoje como sendo a vontade onipotente do homem, vontade do príncipe ou vontade do povo. São as necessidades coletivas e as considerações da Justiça" (G. MORIN, *La loi et le contrat*, pág. 9, *apud*, G. GURVITCH, *Le temps présent et l'idée du droit social*, ob. cit., pág. 240).

¹⁰⁵ "WOLF... é o primeiro a ter, de modo preciso, a idéia de um direito natural próprio dos Estados" (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 329).

¹⁰⁶ "Autor legis naturae ipse Deus est et ad actiones suas eidem conformandas hominem obligat, sicque obligatio naturalis etiam divina est et lex naturalis lex divina" (CH. WOLF, *Institutiones juris naturae et Gentium*, in off. Rengeriana, Halle 1763, liv. I, § 41).

¹⁰⁷ "Jus naturae rationem sufficientem habet in natura et essentia hominum" (CH. WOLF, ob. cit., liv. I, § 56).

crescente autonomia, se desprendia da “natureza do homem” para assentar na “natureza do direito”¹⁰⁸ e que predominou até KANT.¹⁰⁹

Quanto a VATTEL, (1714-1767), discípulo apregoado de WOLF e de PUFFENDORF¹¹⁰ em vez de dar ao direito natural uma preeminência absoluta, parece já subordiná-lo aos interesses políticos e às condições locais acentuando que o direito natural dos Estados é outro que não o dos indivíduos. VATTEL acentua a soberania dos Estados e prepara o caminho para ROUSSEAU e KANT.¹¹¹

E se bem que ainda aceite a idéia do direito natural, já a recobre de tais reservas que prepara francamente o aniquilamento desse direito, que a “escola de direito natural”, de GROTIUS, LEIBNITZ, PUFFENDORF, THOMASIIUS, WOLF ou VATTEL tinha tornado autônomo, impondo os seus postulados aos indivíduos e aos Estados e que fora dela ia perder toda a vitalidade, ora com o relativismo jurídico de VICO (1668-1744), ora com o individualismo jurídico de ROUSSEAU (1712-1778), ora com o racionalismo de KANT (1724-1804).

THOMASIIUS é considerado o grande preparador de KANT, pela sua separação entre direito e moral. E a linha histórica da materialização jurídica, na sua evolução através da desarticulação do direito integral e da autonomia naturalista do direito, vai alcançar, nos séculos XVIII e XIX os precursores imedia-

¹⁰⁸ “Foi um progresso para a tarefa da filosofia do direito, que desde o período da emancipação (*Aufklärung*) se procurasse um direito natural, que se fundasse não tanto na natureza do homem, quanto na natureza do direito” (RUDOLF STAMMLER, *Rechtsphilosophie*, ob. cit., pág. 33).

¹⁰⁹ “As idéias de WOLF constituem as doutrinas dominantes na Alemanha até meados do século XVIII” (R. GETTEL, *Historia de las ideas políticas*, ob. cit., vol. II, pág. 14).

¹¹⁰ “A obra de VATTEL desfrutava de enorme popularidade, tanto na Europa como na América e é freqüentemente citada por OTIS, SAMUEL ADAM, JOHN ADAMS, HAMILTON e JEFFERSON” (R. GETTEL, ob. cit., loc. cit.).

¹¹¹ “Com VATTEL, é fácil perceber o erro que em pouco ia dar nas teorias de ROUSSEAU e KANT. PUFFENDORF já tinha exagerado o papel da vontade no direito; VATTEL vai muito além nesse sentido; praticamente concede ao Estado uma autonomia quase absoluta. Isto é, embora VATTEL seja ainda considerado como representante da escola do direito da natureza e das gentes — que já não é, de modo algum, a escola tradicional do direito natural —, de fato já tem muitas conclusões em comum com as que mais tarde estabelecerá a escola positiva” (L. LE FUR, *La théorie du droit naturel*, ob. cit., pág. 331).

tos do materialismo jurídico. O direito já chega a KANT “esvaziado” e “secularizado”.¹¹²

* Na concepção integral, todos convinham em que o Direito derivava, em última análise, *de Deus*.

Com a desagregação do direito integral e a autonomia do direito natural, já concordavam apenas que o Direito provinha *da natureza*.

Depois da cisão kantiana, é a natureza, por sua vez, eliminada como fonte do Direito, passando este a decorrer, da *Nação* com a escola histórica ou do *Estado*, com o positivismo jurídico.

Como se vê, a marcha ao materialismo jurídico toca os limites da sua evolução final.

¹¹² “Essa separação (entre o direito e a moral) é até hoje considerada o grande feito de THOMASIIUS... Ele vê no direito a regulação das formas exteriores da vida... Com isso estava completa a individualização e racionalização do conceito e feita a tarefa de THOMASIIUS: fortalecer as formas vitais exteriores desse novo mundo do espírito civil (*derbürgerlichen Geistes*) em seu predomínio exclusivo e na medida de suas possibilidades. O resultado da evolução é a formulação do conceito de força como última justificação do dever jurídico. Se o senhor deixa espaço à liberdade, surge o direito; se o limita, surge a lei e com ela a obrigação. PUFFENDORF tinha visto o momento decisivo (do direito) na *vontade*, na possibilidade livre de compromissos individuais. GROTIUS (vira esse momento jurídico decisivo) no *espírito* da comunidade ligada pelo instinto de sociabilidade. Essa linha de evolução mostra o curso natural do esvaziamento e da secularização (*Entleerung und erweltlichung*) interior do direito natural” (ERIK WOLF, *Grotius, Puffendorf, Thomasius*, ob. cit., pág. 123).