

# UM DIREITO NATURAL PARA O SÉCULO XXI? DA INTANGIBILIDADE E DO NORMATIVISMO À DIALÉCTICA E AO ECLECTISMO

Paulo Ferreira da Cunha

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

## I Introdução

Se é certo que a pura verdade em si não muda, no mundo sublunar, e mais ainda nas questões culturais e políticas (da pólis), as teorizações estão fadadas a grandes mutações – porque se alteram os dados, os ambientes, as formas das aproximações à verdade, que sempre se nos esvai pelos dedos.

O Direito Natural pode encontrar-se previamente e por inteiro escrito no céu (dos anjos ou dos conceitos), ou inscrito para todo o sempre na alma, na mente, ou no coração de cada homem. Mas é em qualquer dos casos um livro selado, que vamos desvendando lentamente, e quiçá com erros, ao longo da História.

Falar de um Direito Natural para o século XXI pode parecer propagandístico, herético, até. Tudo ou quase tudo o que, neste final do século XX, se apresenta como sendo para o século XXI, verdadeiramente já está atrasado.

A verdade é que julgamos ser uma evidência que os homens do século XXI não irão olhar essa realidade «direito natural» do mesmo modo que os das demais épocas. Podem, porém, nem sequer lhe prestar atenção, porque se arriscam a dele não ter notícia, se os jusnaturalistas do século XX se devorarem entre si em lutas fratricidas, se se inclinarem para o próprio umbigo, discutindo o sexo dos anjos, se continuarem a usar métodos pedagógicos necessariamente tidos enfadonhos numa escola e numa sociedade em que os simples áudio-visuais já nem sequer são novidade. E também se não estiverem atentos à fenomenologia e à sociologia do direito natural à sua volta, especialmente ao fenómeno de recuperação positiva do direito natural por via dos direitos humanos e fundamentais.

Propomos, por isso, uma breve reflexão sobre o que consideramos serem os exageros doutrinários mais correntes hoje (que, obviamente, também encerram virtudes – talvez sobretudo de purismo), para depois propormos algumas vias, as quais não pretendem desvirtuar, mas outros sim salvar um legado cultural sem preço, e o reconhecimento de uma realidade cujo esquecimento só poderia levar às maiores monstruosidades sociais. A primeira das quais será a injustiça.

## II Intangibilidade jusnatural

De uma boa parte das teorias do direito natural se poderia afirmar, como se disse já da constituição, ser *um templo alegórico habitado por sombras*. E com mais propriedade até tal se diria do direito natural, porque, apesar de invocado ainda (pese a estigmatização de quem o faça num nem sempre sequer tolerante mundo de positivismo), nos transporta tão frequentemente a regiões tão enevoadas, nos remete a tantas

analogias, e nos deixa com *uma mão cheia de nada*, e outra de *coisa nenhuma*.

Para os práticos dos Direitos, como para estudantes apressados, utilitaristas, formados nos esquemas mentais do positivismo, este carácter proclamatório e dir-se-ia até *vazio* do direito natural é não apenas irritante, como sinal certo e seguro de que não vale a pena perder tempo com ele. Afinal – pensa-se – é um tema ocioso, quando não puro jogo de palavras.

R. Libhaber, por exemplo, sintetiza assim o fenómeno:

«*Telle est bien la pierre de touche du jusnaturalisme que de ne pas nous aider à concevoir comment identifier le droit naturel.*»<sup>1</sup>

### III

#### Normativismo jusnatural

O outro extremo também ocorre, porém: aqui ou ali há autores que sacam da manga a solução de direito natural quando se vêem com a causa perdida, ou como supremo argumento de posições morais, sociais e políticas absolutamente discutíveis, mas que pretendem fazer passar como quintessência do justo natural. E o mais curioso é que não será necessário procurar muito para encontrar um que jure ser de direito natural isto, e logo ali um outro que tenha por apodictica verdade exactamente o contrário do que defendia o primeiro.

Politicamente, parece que para alguns o direito natural só se compreende em democracia, enquanto para outros (e aqui alguns positivistas dão uma ajuda estigmatizadora) só se compatibilizará quicá com formas pré-revolucionárias de governação. Quando os jusnaturalistas não são pura e simplesmente identificados com regimes autoritários de direita. Eles que, embora na sua versão racionalista, foram os responsáveis por meia revolução francesa e três quartos da Declaração Universal dos Direitos do Homem!

### IV

#### Dialéctica e eclecticismo no Direito natural

##### 1. Da teórica à eidética

É tão derrotantemente acabrunhador (1) um direito natural intangível, volátil, simples expressão de retórica, que depois não encontra na prática nenhuma concretização (que, na verdade, não serve para nada) – um direito natural de *fé dominical*, ou ensinado até às férias

<sup>1</sup> R. LIBCHABER, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1998 (2), pp. 541 ss., apud Alain SERIAUX, *Le droit naturel en France à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Conferência nas II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, Córdoba, Setembro de 1998, no prelo.

do Natal –, como (2) um catálogo de ideias, de princípios, de normas de pendor mais ou menos ideológico, em que se deseje fazer passar por imutável o que há de mais reaccionário (nada impedindo que possa ser o inverso, também) – um direito natural normativista ou *positivista*, afinal.

No plano das generalidades (desde logo, *fazer o bem e evitar o mal*), e mesmo até das autoridades (Aristóteles, os Romanos, S. Tomás) podem estar todos (ou, pelo menos, muitos) de acordo. O problema é saber do conteúdo e da finalidade do direito natural, e da sua aplicação prática, ou seja, da sua metodologia.

##### 2. Metodologia dialéctica

A nossa tese é que o direito natural não é um decálogo ou uma constituição-sombra, e que até será difícil encontrar imutáveis princípios de direito natural.

Quanto muito, estaremos de acordo com um direito natural principal dialéctico. Ou seja, um direito natural em que, face a um caso concreto, se terão de relativizar e dialécticamente harmonizar (conciliar ou supra/infraordenar conforme a natureza das coisas e o bom senso) diversos tópicos, brocardos, princípios. E neles se integram elementos gerais do património comum e histórico da formação clássica do jurista, e as fontes de direito pertinentes.

Isto significa já algo de fulcral para a essência do direito natural: é que ele é simultaneamente instância crítica do direito positivo e uma forma (a boa forma, a forma correcta) de aplicar o direito, todo o direito.

Expliquemo-nos: só através do filtro dialéctico do direito natural e da sua permanente preocupação de justiça se poderá bem aplicar o direito, isto é, bem fazer real, acto, o direito positivo textual, escrito, que é ainda apenas potência de direito (um livro de cozinha não é o manjar que é servido e degustado; o plano da casa não é a casa construída e habitada; a receita médica não é a cura).

Isto coloca o direito natural a montante e a juzante do direito escrito, e identifica a metodologia do direito natural, ou melhor, o direito natural como metodologia, com a própria metodologia da arte do direito na sua dimensão hermenêutica. Sendo certo, entretanto, que também este direito natural como metodologia influi na feitura das leis, e noutras dimensões da juridicidade.

##### 3. Forma e Conteúdo

Dentro desta contextualização metodológica, o direito natural pode dizer-se, com efeito, *vazio*; só que é ele também um molde sólido, contenedor e conformador do direito positivo, que é líquido, e mutável.

Um direito natural...

O qual, por isso mesmo, não conseguiria viver por si sem o recipiente, senão na forma fria e petrificada do bloco de gelo.

Mas o recipiente jusnatural, embora sólido, tem alguma elasticidade, e sobretudo não é um direito positivo em potência que apenas haveria que promulgar. Nesta perspectiva, funciona essencialmente como preocupação de, de todas as formas, atribuir a cada um o seu, sendo que, para tal, se há-de chegar à determinação do justo (esse mesmo seu) com o concurso da dialéctica, designadamente entre princípios, fontes de direito, brocados, etc., numa vasta tópica.

#### 4. Direitos Humanos e Fundamentais e abertura ecléctica jusnatural

Compreende-se também assim que falar em direitos naturais e princípios de direito natural acabe por ter um sentido menos importante que outrora. Por um lado, porque esses princípios, em grande medida, se positivaram já, aliás de par com outros que o não o são, ou o serão dificilmente. E essa positivação, desde que bem enquadrada pelo espírito jusnatural, acaba por revelar-se, na dialéctica metodológica, de grande valia, porque vem já nos textos, o que significa que, na aplicação do direito, tem, mesmo do ponto de vista positivista, valor reforçado.

Parece-nos contraproducente pensar-se que esta positivação de direitos naturais (ainda que imperfeita e mesclada), designadamente sob a forma de direitos fundamentais constitucionais, ou de direitos humanos, seja um mal. Admitimos que, na clássica visão das coisas, é uma heresia. E se tem prestado a excessos que vêm como direitos muitas reivindicações pontuais e ilusórias, que de modo nenhum o serão.

Todavía estamos perante uma importante brecha no edifício positivista, para o qual, no fundo, a lei é o direito, e a força é lei.

A pedagogia dos direitos humanos tem levado água ao moinho de aspirações sociais utópicas, mas também tem enfraquecido o legalismo dominante. É preciso não deitar fora o bebé com a água suja.

Por isso, no plano principial e mesmo normativo, sem prescindirmos do decálogo jusracionalista ou mais-que-tomista para cairmos no catálogo direito-humanista, consideramos não poder esquecer-se a importância do acolhimento em constituições e declarações de muita da teoria jusnatural, embora, evidentemente, com as marcas de estilo da época que as viu nascer. Trata-se de não olvidar que o Espírito sopra onde quer, e da necessidade de distinguir o trigo do joio.

E depois, as aporções jusnaturalistas podem, assim, vir de muitos lados. Até da parte de não confessados ou não reconhecidos jusnaturalistas. E, evidentemente, de todos quantos assim se afirmem. O direito natural, tendo embora uma base realista clássica que lhe dá forma, e constitui pedra de toque, não é exclusivo do Estagirita, dos Romanos e

do Doutor Angélico. É próprio da *philosophia perennis*, sem se negar, saber integrar os mais diferentes contributos. A história não terminou, como, curiosamente, parecem pretender alguns...

Apetece dizer, nestes tempos tão dados a profecias: o direito do século XXI será jusnaturalista ou não será. Pelo menos, não será direito...