

# Do Direito Natural ao Direito Fraterno

## From the Natural Law to the Fraternal Law

**Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>**

Universidade do Porto, Portugal  
pfcunha@justice.com

### Resumo

Neste estudo, analisam-se os paradigmas do Direito Natural e do Direito Positivo, ambos como norteadores da ciência jurídica. Posteriormente, reflete-se acerca de um novo paradigma – o Direito Fraterno. Desse modo, pretende-se ir além da formalidade daqueles e chegar a um modelo informal, ou seja, o paradigma jurídico-político dos Direitos Humanos. Propõe-se, dessa forma, que o desafio do Direito deve ser uma constante renovação pela e com a Justiça; além disso, postula-se que o Direito deve atuar tanto nas fronteiras da realidade dos homens, quanto nos limites do individual, e configurar-se em função desses dois universos integrados, sempre ao encaixe de uma atribuição justa.

**Palavras-chave:** Direito Natural, direito fraterno, paradigma.

### Abstract

In this study an analysis is made over the paradigms of the Natural Law and the Positive Law, both as guides of the Law Sciences. Later it reflects about a new paradigm – the Fraternal Law. Therefore, it desires to go beyond those formal paradigms to get an informal paradigm, that is, the legal-politic paradigm of the Human Rights. Thus, the challenge of the Law must be a constant renewal for and with the Justice and that the Law must act, beyond men's reality, to reach a fair attribution.

**Key words:** Natural Law, Fraternal Law, paradigm.

---

<sup>1</sup> Professor Catedrático e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Endereço: Faculdade de Direito, Universidade do Porto Rua dos Bragas, 223, 4050-123, Porto, Portugal.

## Direito e paradigmas

O Direito, enquanto *episteme*, não foge às leis das “ciências”. De igual modo, as leis das revoluções e da evolução científicas de Kuhn (1962), que têm como operador ou paradigma precisamente o conceito de paradigma científico, também ajudam a explicar o Direito e a sua evolução.

Podemos considerar, em Direito, duas famílias de paradigmas. A primeira é a família ontológica de paradigmas, que interpreta filosoficamente o Direito. Nesta, o grande paradigma foi, durante séculos, o do Direito Natural, que se fez, na acção e na doutrina, jusnaturalismo. Mais recentemente, com o positivismo geral, no século XIX, surgiu e impor-se-ia o paradigma do Positivismo jurídico.

Além da família paradigmática referida, há uma outra, também inscrita na historicidade inafastável do Direito. É a família que se baseia no tipo de perspectiva polarizadora do Direito. No início da época do Direito como *episteme* rigorosa, com o Direito Romano, foi o direito objectivo, de cunho muito realista e ligado às coisas; com o advento dos primeiros alvares de Modernidade, veio o direito subjectivo.

A questão está em saber se esses paradigmas se manterão ou serão substituídos por outros, mais adequados às funções que o Direito desempenha hoje e será, no futuro, chamado a desempenhar.

Começaremos por analisar a crise do paradigma Direito Natural – apesar da concomitante crise do paradigma juspositivista – para concluir pela esperança de um novo paradigma, que começa a ganhar conteúdo e forma, e já tem nome: o Direito Fraterno.

## Vicissitudes do paradigma jusnatural

Além do silêncio sobre o Direito Natural, sente-se, hoje, um *mal-estar jusnaturalista*. Para evitar a carga negativa e de mal-entendido do “direito natural” e do “jusnaturalismo” correntes, a “jusnaturalista” Virginia Black (1990), fundadora da *Natural Law Society*, e até em certo sentido, mais ainda, Black (1994), passaram a tentar diálogos superadores, e até a falar em “direito vital”. Essa expressão, contudo, tem, na história constitucional estadunidense, alguns pergaminhos. Acresce que, como é sabido, pode haver quem reconheça e mesmo defenda o primeiro e não aceite ou mesmo critique o segundo dos conceitos. O artigo de Villey (1986) em tom médico, que identifica o “jusnaturalismo” com uma patologia, por “hipertrofia” dos “órgãos do Direito Natural”, é disso um exemplo muito esclarecedor (Da Cunha, 2001a, p. 87 ss.; Cabanillas, 1990; Bauzon, 2001; Delsol e Bauzon, 2007).

O que se passa nos nossos dias com algumas tradições jurídico-políticas muito nobres, profundas e respeitáveis é uma situação de olvido que facilmente se metamorfoseia em mal-entendido profundo e permanente. Permitamo-nos uma ilustração do tipo de questão e do obstáculo epistemológico (também ideológico) em causa.

O *esquecimento* das velhas liberdades (Da Cunha, 2002, p. 112 ss., 2003, p. 32; Da Cunha et al., 2005, p. 333) que fizeram a vitalidade dos primórdios das nações europeias, aliás recordado nos preâmbulos de algumas das primeiras constituições escritas dos povos latinos (Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822) é fato causador da sua pior decadência, pelo menos tanto quanto se pode falar nisso, com sabedoria secundária da crítica historiográfica e da sociologia. Autores do mais progressivo que Portugal tem tido, como Antero de Quental (1994), Oliveira Martins (1991), Jaime Cortesão (1965, 1984) ou Agostinho da Silva (1994), sublinharam a importância dessas “velhas liberdades”. No entanto, essa bandeira caiu, em grande medida, nas mãos de tradicionalismos. Ora, reduzir as liberdades tradicionais ou históricas à sua versão integralista parece uma traição à própria objectividade da sua realidade: uma recuperação *pro domo*. Ao silenciarem a simples História dessas liberdades, todos contribuem para uma lacuna no conhecimento e na cadeia histórica das realidades político-jurídicas e para uma coloração enviesada dessa mesma realidade. A prazo, a matéria deixará toda a sua consistência própria e objectiva, para passar a constituir um tópico privativo de uma escola ou capela. E o que era uma verdade histórica (a reclamar, evidentemente, mais estudo e mais aplicação, sem aproveitamentos) passará a transformar-se num mito, e num mito político (Reszler, 1981).

Identicamente se passam os fatos com o Direito Natural. Se continuamos a pensar que há muitos jusnaturalistas *sem o dizerem*, e sobretudo muitos jusnaturalistas *sem o saberem* (Da Cunha, 2001a), propendemos para a necessidade de dividir as águas.

Teremos que entender-nos: ou é jusnaturalista todo aquele que reivindica esse rótulo – e assim podemos escandalizar, no seu túmulo mítico, essa mesma Antígona que alguns dizem nada ter, realmente, a ver, de forma directa, com o Direito Natural (Tzitzis, 1996), ou é jusnaturalista apenas aquele que acredita, aceita, apóia, concebe a existência de um direito natural acima do direito positivo, numa concepção ontológico-jurídica complexa, de dualismo ou pluralismo jurídico, contrapondo-se ao monismo para o qual apenas existe e vale o direito positivo. A aceitação de alguém como jusnaturalista passa pelo fundo e não pela forma (e palavra) das suas concepções. Pode ser assim considerado jusnatu-

ralista quem não se expresse nesses termos: eventualmente, mesmo que a essa instância mais alta, crítica, ou de controle ético ou metafísico não se chame “direito natural” (Tzitzis, 1996).

O futuro das designações depende, para nós, não do gosto pessoal e da afeição particular que possamos ter a uma expressão, mas da sua efectiva capacidade que ela possua para designar verdadeiramente algo. Por isso, se hoje, ainda, talvez se possam com proveito abrigar à sombra da grande árvore do direito natural e do jusnaturalismo, todos os que recusam o positivismo jurídico, e que, assim, são pluralistas *hoc sensu*, estamos claramente num momento de mudança.

Com crescente frequência, mais teorizações procuram uma espécie de “terceira via”, e, sobretudo, rejeitam ser catalogadas a par de um direito natural em que, cada vez mais, vem de uma assimilação política conservadora e até extremista. É óbvio que, por exemplo, para muitos autores anglo-saxónicos, o Direito Natural é (pelo desconhecimento comparatístico e histórico: mas as coisas cada vez mais se transformam no que (a)parecem) um epifenômeno ideológico, ou quase, da Igreja de Roma (Lombardi-Vallauri, 1992, p. 308-330) – ou do Vaticano – e, para muitos autores de língua castelhana/espanhola, ele se confunde, ou quase, com um discurso legitimador, ao nível político-jurídico, das ditaduras franquista, de Pinochet, e outras. Ora, quem quererá essas últimas companhias? O problema é que há quem queira, ainda, e quem identifique, sem má consciência, certas práticas antidemocráticas (para sermos eufemistas) e os altos valores jusnaturais. Isso é muito preocupante.

Estamos em crer que, em grande medida, para evitar confusões, a “deserção” relativamente ao jusnaturalismo tem sido grande no campo democrático, social etc. Essa “deserção” não é a única forma de que se reveste a situação de geral retirada. Há, ainda, o esquecimento. A breve trecho, este esquecimento ou redução da discussão e do estudo do direito natural à sua expressão mais simples, ou à mera alusão, leva a que a geração seguinte (ou, simplesmente, o seguinte curso universitário) deixe de ter qualquer verdadeira formação na matéria, e nem pense mais no assunto. Uma vez mais, há uma mudança de paradigma por esquecimento (Hassemer, 1995, p. 30; Kuhn, 1962).

Desde logo, os liberais, em cuja base ideológica o Direito Natural do século XVIII, sobretudo, tão

profundamente se encontra, em muitos casos, optaram – nos nossos dias – por se livrar desse fardo. Tal fardo é incômodo para as suas pretensões éticas e afins mais “liberacionistas”, certamente para não se confundirem com doutrinas conservadoras dos mais conhecidos jusnaturalistas católicos, nomeadamente em matéria de costumes. Aqueles que, rotulados de liberais mas, de fato, neoconservadores (ou, simplesmente, anarco-capitalistas), até nos aspectos relativos aos costumes, eventualmente, por um lado, apresentam perspectivas mais rigoristas no âmbito moral; por outro lado, nada têm a ganhar com quaisquer veledades de justiça social que possam vir na superfície de um jusnaturalismo com preocupações pelos mais desfavorecidos.

Se os liberais, sobretudo os liberais democratas e sociais<sup>2</sup> (Da Cunha, 2007), parecem, em muitos casos, não preservar um legado de que majoritariamente poderiam (ou, pelo menos, com maior facilidade, poderiam) reivindicar-se, a esquerda política (mesmo que sempre possamos recordar o nome de um Ernst Bloch (1959, 1961)), pela sua maior parte, encontra-se alheia a esse problema – tudo ou quase tudo remetendo, na questão juspolítica, para o terreno sempre aleatório da mera luta política. É, pois, em geral, entre um “positivismo democrático” ou um “positivismo revolucionário” que, em muitos casos, oscila. E, contudo, se há preocupações exaltadas com a Justiça, elas estão nas raízes do socialismo, na poesia de Antero de Quental (2001) e nos paradoxos inspirados de Proudho, para não multiplicar os exemplos.

Não esqueçamos que muitos dos desencantados com os colectivismos passaram, no domínio das filosofias jurídicas, para a banda do pós-modernismo, e, numa confusão (concordamos que, por vezes, criadora) entre o *sein* e o *sollen*, à sombra da sociologia jurídica, resolvem o problema, sem precisar de entidades mais transcendentais. Na verdade, elas são tão complexas, que chegam a ser até desesperantes e desincentivadoras, quando se verificam confusas. No Direito Natural há excessiva confusão, que repugnaria, desde logo, ao claríssimo Tomás de Aquino.

Com tantas famílias a demarcarem-se do jusnaturalismo, o problema está em sabermos se devemos manter, quixotesicamente, a fidelidade a uma designação, ou se a devemos abandonar – designadamente trocando-a pela ainda não conspurcada fórmula da “Justiça”,

<sup>2</sup> A distinção entre (neo) liberais anarco-capitalistas e liberais democratas e sociais é marcante. Enquanto os primeiros são, na verdade, em muitos aspectos (neo) conservadores, os segundos estão a caminho de serem quase “sociais-democratas” – utilizando expressões mais conhecidas.

naturalmente servida por uma “teoria da Justiça” (ou várias teorias), ou alguma expressão afim.

Já no terreno constitucional, que temos também cultivado, a tentação é grande para prescindir do Jusnaturalismo (Da Cunha, 2006, p. 47, 51 ss., 127 ss.). Numa síntese vertiginosa, as tendências neoconstitucionalistas (Carbonell, 2003; Duarte e Pozzolo, 2006) e afins fazem a economia da transcendência porque os grandes princípios jusnaturais se encontram já positivados. Assim, no limite, o que antes era filosofia e projecto, agora é matéria de hermenêutica. Constituição real e material são conceitos que rivalizam com o de Direito Natural, e os princípios positivados têm os mesmos nomes e o mesmo conteúdo (ou podem tê-lo) que os velhos “direitos naturais” não escritos. Claro que o Direito Natural é *constans et perpetua voluntas*. E por isso sempre tem lugar como luta pela Justiça, para além e acima dos textos, por belos e bons que sejam. Entretanto, para sobreviver e coexistir, tem de se retirar de algumas matérias que se encontram, agora, sob outra jurisdição: designadamente a dos tribunais constitucionais.

Acreditamos, contudo, ainda poder resistir à velha e nobre fórmula. Não sabemos até quando, porém. Talvez possamos dizer que os “pluralistas jurídicos” (defensores de uma ontologia do Direito não monista) seriam “jusnaturalistas” *latissimo sensu* – mas com todas as precauções, porque eles não aceitam, em grande medida, um tal rótulo. E nada há de pior do que querer baptizar à força um intelectual.

A idéia de um Direito transcendente que prevalece sobre o imanente, o dado, o voluntário, é, para nós, uma garantia de civilização, mas reconhecemos, até pelos nefastos aproveitamentos, que pode ser também uma perigosa carta na manga dos poderes. O facto de poder ser um tópico argumentativo Malato e Da Cunha, 2007 – decerto o mais importante e um dos mais plásticos de todos – não deixa de, simultaneamente, lhe dar e retirar margem de manobra.

Compreendemos perfeitamente que o Direito Natural possa ser quer revolucionário quer conservador – mas isso é óbvio, porque ele é superior à conjuntura política, mesmo que possa ser por ela aproveitado. Contudo, ele é também mutável, donde, sendo superior ao contexto, não lhe será totalmente alheio. Mesmo a natureza humana é mutável. Isso é dito por Tomás de Aquino inúmeras vezes. Obviamente que repugna a concepção de um direito fixista ou rígido, tanto quanto a de um direito natural volúvel.

A mutabilidade da natureza humana terá estado certamente na base da recusa de um Maihoffer de um

Direito Natural tradicional naturalístico-essencialista. Cada vez mais autores, mesmo não racionalistas, entendem o Direito Natural como direito de uma natureza-razão. Essa visão não é, a nosso ver, incompatível, no principal, com a leitura realista de uma natureza-valor, ou de uma natureza-essência.

Também compreendemos bem que, para alguns, a linguagem dos direitos humanos torna incompreensível e imprestável até, a lógica jusnaturalista – quando deveria ser o contrário (os Direitos Humanos têm muito mais sólida consistência, se fundados num bem fundado direito natural). Contudo, o Direito Natural não pode deixar de ser – e hoje cada vez mais, com o decréscimo de nível do jurista comum, pela demissão educativa de muitas faculdades, desde logo no ensino da dimensão humanística dos Fundamentos do Direito – uma perspectiva elitista. Tão elitista, que pode ser duvidosa a sua utilidade para o grande público, mesmo para o grande público dos juristas comuns. É, obviamente, com melancolia que o afirmamos. Essa percepção já foi relatada pelo prudente Le Fur e Villey viu-o muito certamente, sobretudo nos seus *Carnets*, apenas postumamente editados. Esse texto do “livro das páginas”, confessional e martirizado, foi visto de forma, talvez, excessivamente literal, sem a tragédia e a grandiosidade que o envolvem. De todo modo, é interessante ler os leitores do mestre de Paris (Renoux-Zagamé, 1996, p. 115 e ss.; Melkevik, 2000, p. 110-129, 1994, p. 130-135).

Em todo o caso, o tom melancólico e nada apolíneo do diário intelectual quase intimista (e a intimidade das coisas do espírito é a mais complexa e sagrada) não pode revelar nem sequer deixar entrever uma interessante faceta, no contexto revolucionário e iconoclasta, de Villey (1986): a sua identificação do Direito Natural com uma metodologia dialéctica, à boa maneira aristotélica, romanista e tomista, a qual, curiosamente, é substituída, na prática, pelo dogmatismo nada dialéctico de decálogos-sombra por muitos jusnaturalistas que, contudo, se reclamam em vão do legado clássico. Do mesmo modo, se o exemplo dessas três fontes é o do laicismo (com o *Isolierung*, com o *Ius redigere in artem* etc.), mal se compreenderá, assim, quer as afirmações, quer as críticas confessionais ou afins no âmbito de um modelo jusnatural que se reivindicam do realismo (Fassò, 1982, p. 379 ss.; Villey, 1982, p. 117 ss.; Lauand, 2004; Da Cunha et al., 2005, p. 11-28).

Como metodologia jurídica, o Direito Natural aparta as visões acanhadas e ideologizadas de catálogos de direitos naturais, tantas vezes identificados com crenças muito concretas, contextualizadas ou circunstanciais,

de índole religiosa ou política<sup>3</sup>, que se elevam e se fortalecem, mas, ao mesmo tempo, perdem em conteúdo concreto e tornam-se evanescentes. Logo, alunos perseverantes reclamarão por novas positivizações, por novo “Direito Natural positivo” (Da Cunha, 2003, p. 95 ss.)

Finalmente, pelo estudo concreto do dito jus-racionalismo português e brasileiro (Da Cunha, 2001b, 1990, p. 53 ss.), insinuou-se no nosso espírito uma dúvida fatal, não só metodológica, como também ideológica. Do mesmo modo que o ocorrido com as velhas liberdades, a empresa divisória de Strauss (1953), no seu *Natural Law and History* pode não ser alheia aos seus pontos de vista filosófico-políticos. A divisão do direito natural entre clássico e moderno serve bem demais a uma separação de águas entre uma modernidade de que o conservadorismo e o tradicionalismo não gostam, e um tempo idílico, de direito “puro”, que se remete para o direito romano clássico, como tempo real. Serve, de igual maneira, para as obras de Aristóteles e de Tomás de Aquino – sem dúvida autores excelentes, mas somente isso mesmo: *autores*.

A questão merece ser investigada mais detidamente. Contudo, nossos estudos do Direito Natural, sobretudo no século XVIII, que mostram mais apego à lei e revelam algumas marcas de estilo de época, não nos parecem marcar um tão radical corte, como se fez crer, com as idéias do jusnaturalismo clássico. Quiçá a grande diferença esteja entre a filosofia realista clássica e a filosofia racionalista, mas não tanto nas aplicações, sempre algo sincréticas, dos juristas. Entretanto, tudo são ainda hipóteses.

Tal como não vemos uma ruptura radical entre as propostas de várias épocas e várias perspectivas ideológico-políticas (como, por exemplo, entre as liberdades históricas da *Lusitana antiga liberdade* de Camões e as liberdades da revolução liberal), também nos custa aceitar que o legado jusracionalista seja execrado da banda realista clássica, e o legado jusnaturalista *tout court* seja esquecido e, com ligeireza, maltratado pelo lado dos que se reivindicam da Razão. Aliás, basta reler as páginas sobre a razão em Tomás de Aquino para se ver o quanto se lhe deve nesse âmbito (Lauand, 2004). Assim também, ao lerem, sem indicação do autor, as páginas de Agostinho, na *Cidade de Deus*, sobre o diálogo do pirata e do imperador, muitos julgam estar perante um anarquista. Certamente, também, com pouca dissimulação, alguns

tomariam bons passos da *Summa* por um texto iluminista. Um fato que prejudica muito a vida do espírito e a vida social do espírito são os lugares-comuns e a luta política e de poder, sob capa ideológica; mais ainda, porque esta está sob a capa filosófica.

Não por acaso, num hino composto pelo liberal e iluminista D. Pedro IV de Portugal (D. Pedro I do Brasil) se fala em *vingar* “Direitos da Natureza”. Isso significa voltar ao Direito Natural. A alta percentagem de positivismo detectada por Villey (1986) no jusracionalismo precisa de ser analisada de novo, à luz de novos reagentes. Nomeadamente, à luz do facto de o positivismo, designadamente legalista, ser, como afirma Braz Teixeira (1994), com muito acerto entre nós, a “filosofia espontânea dos juristas”.

Há ainda muito a investigar. Propendemos para uma catalogação não fundamentalista nesta matéria, mas não tão vasta que nela caiba A e precisamente o contrário de A. Afigura-se-nos que o sentido latíssimo de jusnaturalista como pluralista jurídico vai desaparecer. E talvez deva desaparecer já. Ficam, então, segundo os usos, os jusracionalistas e os realistas clássicos – os quais cremos que têm diferenças mais de cor local político-cultural e ideológica que verdadeiramente na profundidade da doutrina.

Cremos que será bom que, de um lado e do outro, se façam esforços de compreensão e diálogo. E que, se não possa alguém reclamar do jusnaturalismo com as mãos mentais tintas do sangue de justos, porque se trata de uma perspectiva também profundamente ética, com implicações de vivência, e não simplesmente uma abstracção a que se possa aderir apenas mentalmente, de igual modo, também se devem apartar, neste âmbito, os que confundem Direito Natural com os seus conceitos e preconceitos, designadamente, de uma cosmovisão, muito religiosa e ideológica.

Talvez tenhamos que ir mais ao cerne do problema, e falar em jusnaturalismo político-religioso e em jusnaturalismo metodológico-filosófico-jurídico, a fim de maior esclarecimento.

O jusnaturalismo político religioso pode ter, para alguns, um fundamento religioso. Mas tal fundamento não é imprescindível. Não é que o jusnaturalista se deva remeter a uma castidade ideológica; o que não pode ou não deve é tomar a nuvem da sua perspectiva política pessoal para confundir com a Juno do dever-ser do Direito Natural.

<sup>3</sup> Confundindo Direito Natural com a lei divino-positiva (segundo a classificação de Tomás de Aquino), já Graciano. Nos nossos dias, v.g., (D’ors, 1995). Para este autor, o Direito Natural reconduz-se, sobretudo, aos deveres e ao Decálogo. Já uma concepção igualmente conservadora (mas com alguma tonalidade social, certamente, inspirada na “doutrina social da Igreja”), mas com a tônica nos direitos, é a de Bernardino (1998, p. 269 ss.).

E eis o paradoxo: depois de uma perspectiva latíssima, fica-nos uma visão restrita do Direito Natural, mesmo que de vez recusemos (ou venhamos a matizar) uma divisão entre Antigos e Modernos nesse âmbito.

Em suma: a questão do Direito Natural requer a maior prudência, e, ao contrário do que possam pensar alguns profanos, está longe de ter sido tudo dito sobre a questão, e, por isso mesmo, devemos fazer um grande esforço de diálogo e investigação com um escrupuloso rigor filosófico, científico e metodológico.

É preciso ter a consciência de que se trata de uma família extensa. Como quase todas as famílias, apesar das mitologias, é esta uma família nada concorde entre si, nada uniforme, com dramas e tempestades, ovelhas negras e toda a sorte de tabus, zangas, ódios e, naturalmente, todo o tipo de afectos, afinidades e amores. Humana, pois, e demasiadamente humana. E a família, cada vez mais, sai da endogamia e entretece alianças e ligações com os *pluralistas*<sup>4</sup> (Dembour, 1990, p. 43) e os *judicialistas*. Certamente, encontra-se muito próxima dos *neoconstitucionalistas*.

Talvez deva surgir, no chão de um novo direito fraterno, solidário, ou altruísta (Carducci, 2003) um *neojusnaturalismo crítico* que não olvide a formação realista clássica, nem a jusracionalista, que possua abertura à superação da dicotomia jusnatural com a tópica, a hermenêutica, os estudos de Direito e Sociedade, Direito e Arte, Direito e Literatura, Retórica e Direito, e que se conjugue a muitas correntes filosóficas e/ou metodológicas não positivistas, revelando uma particular sensibilidade (de compreensão) das angústias dos pluralistas que se não revêem no jusnaturalismo. Entre os jusnaturalistas, estamos mais com a metodologia, como um Villey (que recusou o epíteto) e com a Tópica, como um Puy: e, pessoalmente, desde logo pela simpatia das suas empresas iconoclastas, ainda que dentro da grande família jusnatural.

Contudo – com o perdão pela heterodoxia – afigura-se-nos que Villey (1982, 1986, 1995), ao colocar a tônica sobre a questão no método e Puy (2000), ao enfatizar a Tópica (e os Direitos Humanos), de algum modo mataram (numa morte ritual à qual sucede a ressurreição) o Direito Natural tradicional. Ainda bem! Ele vive agora uma supervivência que o transcende. Sobre tudo, transcende as suas visões acanhadas e *pro domo*. Além disso, o Direito Natural, *hic et nunc*, é “um saber que a tribo rejeita”. Tal não é razão suficiente para que

se esqueça o Direito Natural (quase haveria até a tentação de afirmar que, “pelo contrário”), mas tal é mais um motivo para ponderação sobre a sociedade e os juristas a quem se tornou ou incômodo, ou supérfluo<sup>5</sup>.

O Direito é uma realidade cultural, criada pelo homem com base numa apetência natural para a Justiça, constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu. O seu a seu dono, quando apenas teoricamente enunciado, não resolve todavia o problema da Justiça e do Direito. É preciso descer do Olimpo e vir sujar as mãos no sangue e na lama do real.

Um *Renascimento Jurídico* deverá fazer caber no seio da *scientia juridica*, em harmonia, realidades tão distintas da sua matriz originária, e entre si tão desconexas, como a composição de conflitos, a justiça restaurativa, a mediação, os julgados de paz, o direito das favelas, a *lex mercatoria*, o Direito da *Internet*, a nova justiça penal internacional etc.

Devemos encontrar um lugar científico e prático para a “concorrência” que, ao Direito tradicional, está a fazer o paradigma mais informal, muito mediático, e activíssimo (comportando, já, também, desvios e perversões): o paradigma jurídico-político dos Direitos Humanos.

O Direito tem de se ver ao espelho e compreender todas as implicações, no seio das diversas ordens jurídicas de dois fenômenos hodiernos convergentes. Deve enfrentar o fenômeno da efectividade do princípio da supremacia geral da Constituição ao nível interno dos Estados, e o fenômeno da prevalência, no caso dito primado, de ordens constitucionais supranacionais sobre as próprias constituições no Direito interno assim como é, já, hoje, o caso da real e efectiva existência e primado de uma Constituição Européia (embora a sua codificação tarde) sobre a Constituição Nacional.

Não importa que o Direito resolva esses problemas de uma forma qualquer. Mesmo não os resolvendo, é da sua natureza solucioná-los. O que está em causa é encontrar uma solução de acordo com a sua identidade, mas criativamente, respondendo aos reptos presentes. Isso significa dizer que o desafio é o Direito se renovar, com e pela Justiça. Esta não pode ser vista como divindade distante ou subjectiva, mas ganha muito em ser debatida, e posta perante casos concretos da sua concretização (ou não).

O Direito é, além disso, uma realidade de homens e existe em função da pessoa, de cada um; ele

<sup>4</sup> Apesar da polissemia do termo “pluralista”.

<sup>5</sup> No entanto, há um mistério. Sempre que temos convidado a comunidade jurídica a falar deste tema, ela tem comparecido significativamente, muito para além dos jusfilósofos.

persegue uma justa atribuição, do seu de cada qual, e, assim, tem uma dimensão de medida e de objectividade muito rigorosas.

Mas a tríade tópica do Direito (que bem pode, com vantagem, substituir uma sua definição ou descrição), *Suum* (seu), *Persona* (Pessoa) e *Iustitia* (Justiça), além de ser passível de redução a qualquer dos seus elementos constituintes (e particularmente ao primeiro, que determina mais claramente a diferença específica da actividade dos juristas – *ius suum cuique tribuere*, atribuir a cada um o que é seu), na verdade, não está apta a, por si só, caracterizar o Direito. Uma nova tópica sociológica se lhes acrescenta, que caracteriza o Direito mais pela exterioridade; desde logo, pelos signos da coacção.

Os juristas têm responsabilidades deontológicas, sociais e políticas, que são também deveres éticos, perante a possibilidade de uma subversão que venha a apenas identificar o Direito com os seus *aspectos exteriores*, os da sua tópica sociológica.

Ao analisarmos essa responsabilidade, em primeiro lugar, há que estudar, estudar afinçada, crítica e inteligentemente. Um jurista que não estude permanentemente é um jurista desactualizado, abúlico e vencido. Há que estar vigilante perante as múltiplas formas de que se reveste o atropelo ao Direito, à Justiça e à própria legalidade. Muitas vezes, a luta pela Justiça não necessita da invocação de grandes princípios, de complexas e esotéricas questões filosóficas, ou de polémicos problemas políticos. Muitas vezes, a injustiça é simples ilegalidade. Em muitos casos, é uma ilegalidade coberta de poder, poder fáctico ou poder mesmo institucionalmente legitimado, mas ilegítimo no exercício concreto do mando. O desconhecimento da lei, dos direitos e da hierarquia entre as normas, muitas vezes, cobre os poderosos de pseudolegalidade e acabrunha na resignação os fracos e pisados. O jurista tem de desmascarar o pseudodireito ilegal. E em alguns casos, cada vez mais frequentes, é da inconstitucionalidade que se trata. Ao passar pelo crivo da legalidade e da constitucionalidade, a injustiça remanescente é, injustiça social pura – mas, aí, a acção do jurista será social, sobretudo. Em casos excepcionais, se admite uma juridicização dos problemas de injustiça social mais gritante, sobretudo por meio de mecanismos de provedoria (dos *Ombudsmen* e Provedores de Justiça), para chamar a atenção de quem tem poder de decidir. Também a inconstitucionalidade por omissão é um meio importante... de acção. As possibilidades de uma actuação dos juristas para a Justiça já existem, em grande medida. É essencial que elas sejam utilizadas. Litigância de má fé, abuso de Direito, estado de necessidade, legítima defesa, enriquecimento sem causa [...],

todos são institutos antigos que, se aprofundados e conjugados, podem ser armas de um uso équo e justo do Direito! Alguma coisa se deve inventar, mas muito já foi inventado. A Justiça indiferente, rotineira, não aplica os institutos que podem sublevar injustiças. A Justiça pertinente não proclama o *fiat iustia pereat mundus*. Não teme quebrar a jurídica divisão dos choros e dos risos por Direito divino de nascimento ou de saque, nem derribar as sebes bem espessas da distribuição dos fados – como bem expôs Agostinho da Silva (1994). A Justiça pertinente é também uma Justiça presente.

Nos tempos modernos, está na hora de, sem recuar em rigor, relativizar as idéias de pretensa purificação da Justiça.

Se é importante sabermos que as três justiças (moral, político-social e jurídica) são diferentes, na medida em que, na nossa sociedade, as duas primeiras cada dia deixam mais de ser inculcadas nos homens, como pode sobreviver a última, para a qual, para mais, deságuam matérias morais, políticas e sociais, em cada vez mais crescente número e importância?

Sem prejuízo do rigor, a Justiça dos juristas do século XXI não pode encolher os ombros à falta de carinho pela virtude nos Homens, nem pode endossar para a política todos os desempregos, todos os despedimentos, todos os doentes sem médico, todos os frios sem cobertor, todas as orfandades sem uma mão. O Direito enquista-se numa lógica fria sem nome, se deixa de ser social e se ignora a importância da virtude e das virtudes nos Homens.

Esse quadro pode até ser um retrocesso epistemológico. Todavia é este preferível a um retrocesso civilizacional, por indiferença dos juristas aos dramas agudíssimos do nosso tempo: miséria material e miséria moral. Sem miserabilismo e sem moralismo o dizemos.

Há ainda uma outra contradição: se o labor jusfilosófico não se revela conclusivo, nem fornecedor seguro de receitas provadas para os práticos e desalentador de alguns, a verdade é que, desde sempre, tem havido quem, mesmo com os maiores sacrifícios e nos meios mais adversos, tenha assumido o legado e continuado a corrida sem fim. Quantas vezes esses são persistentes, por sua conta e risco, sem outra recompensa a não ser a pobreza, a obscuridade, a calúnia, enfim, todas as agruras que a eterna liga dos mediocres não poupa a quem não se contente com a sã sensaboria do ser como toda a gente.

A Justiça, para poder subsistir, e, sobretudo, para se aprofundar, precisa de uma *Paideia* que a fundamente, que a legitime, que a transmita e faça frutificar. Essa é a pedra angular do *Renascimento futuro do Direito*.

O Direito precisa de novos paradigmas. Para tal, importa, antes de mais, detectar os obstáculos a um renascimento jurídico.

Afigura-se-nos que os principais oponentes a essa regeneração são o preconceito, designadamente o etnocentrismo intelectual, a dogmatização e a invocação deslocada e *ad nauseam* do argumento da autoridade, a ex-denominação teórica, o mito da especialização e do pensamento científico e sistemático. Contra estes obstáculos, que são mitos, devemos propor os princípios da não discriminação intelectual, do pensamento crítico e sujeito, da expressão total e plural, da problematização e da supremacia da constituição e da constitucionalização do Direito.

O preconceito tem invadido a qualificação internacional dos juristas e das suas doutrinas. A aplicação do *Princípio da não discriminação intelectual* dá a cada um o seu lugar e o seu valor, independentemente da sua origem ou tradição e da reputação preconceituosa que dele faz gênio ou medíocre, conforme o continente ou país de origem, escola, corrente de pensamento, cor, língua etc. Esse princípio equivale à idéia de não etnocentrismo cultural e de circulação livre e despreconceituosa dos bens culturais. Mas não é fácil alcançar isso, porque o preconceito se mascara de ciência. O Direito é também muito atreito à dogmatização e ao princípio da autoridade e até da rotina psitacista e manualística. O *Princípio do pensamento crítico* não pode deixar em repouso o saber-feito, as certezas que passam erroneamente por verdades, num permanente questionar-se. Tal intencionalidade implica a adesão ao *Princípio do pensamento sujeito*, que volta o olhar ainda para o sujeito no pensamento. Ao contrário de tantas ciências, uma das estratégias ideológicas do Direito embalsamado tem sido a de ocultar os autores das suas teorias, que assim passam por verdade absoluta. Trata-se de uma forma de ex-denominação, de que falava Barthes na análise da ideologia que se esconde, nas suas imortais *Mitologias*. Há que devolver a teoria aos seus autores (dar-lhes mesmo rosto, numa iconografia jurídica) e fazer do Direito uma discussão dialética com assinaturas de seus controversos e adversos autores.

Outra das estratégias do Direito cristalizado tem sido a invocação quase teológica da especialização, interna e externa. Essa especialização equivale a esoterismo e pretensão rigor, o qual é erroneamente identificado com o pensamento dogmático ou sistemático e a proscricção, como anátema, do pensamento tópico e problemático. Assim, tanto os juristas estão proibidos de invocar contribuições externas, como aos profanos se encontra vedada a reflexão sobre o Direito. E o Di-

reito assim se torna uma espécie de mecânica ronqueira de rodas dentadas em *motu perpetuo*, ou álgebra sem incógnitas. Alguns princípios podem auxiliar esta reflexão. O *Princípio da expressão total e plural*, ciente da importância jurídica da filosofia e da interdisciplinaridade, procura, ao invés, uma “impureza” jurídica assumida, pontes para todo o real. O *Princípio da Problematização* e o perspectivismo obrigam a uma permanente dialectização do Direito. Além disso, o *Princípio constitucional e jurídico geral* (e hermenêutico) da *supremacia da Constituição* e a corrente do neoconstitucionalismo, por exemplo, estão já a obrigar a uma constitucionalização dos vários ramos do Direito.

O desenvolvimento intelectual, de que a formação jurídica faz parte, é um direito humano – e natural. A educação para a cidadania e para os direitos humanos implica também o direito ao Direito, e o direito fundamental de todos a uma formação jurídica básica. Só a efetivação desses direitos culturais pode garantir, em consonância com outros, políticos e sociais, uma sociedade de efetivo respeito pela dignidade do Homem e o respeito pela Natureza. Nessa senda, é muito importante ter idéias claras e não preconceituosas sobre a ciência jurídica.

Já não é só a sorte do Direito Natural a estar em causa. Não temos dúvidas de que, ou o Direito *tout court* se regenera e se adapta (não aos novos tempos, sociologicamente entendidos, mas à nova respiração da Humanidade ao desnublá-lo do seu pensamento, ao seu caminho para a maioridade), ou acabará enquanto tal. Pode haver muitos nomes para essa nova etapa do Direito, mas ele terá sempre que ser humano, solidário, altruísta, *fraterno*, como antes foi objetivo e hoje ainda é, mesmo que confusamente subjetivo.

Entre a idéia de Fraternidade como promessa não cumprida do Iluminismo e uma forma de superar o economicismo e egotismo generalizados, a expressão “Direito Fraterno” é hoje internacionalmente conhecida pelo livro homônimo do italiano Eligio Resta (2002).

No entanto, a teorização está longe de terminar aqui. Um conceito próximo, de “Constitucionalismo Fraterno” foi proclamado pelo Juiz do Tribunal Supremo do Brasil, Carlos Ayres de Brito (2006).

É para nós profundamente simbólico que a fechar este círculo de Tempo e Idéias esteja alguém de língua e pensamento em português. Lembremos que o ternário sagrado da Revolução Francesa terá sido presumivelmente criado por Saint Martin, sob influência do judeu português Martins Pascoal (*in* Da Cunha, 1999, p. 251 ss.).

A idéia nasce em Portugal, e desabrocha, agora, pujantemente, no Brasil, para, esperemos, se projetar pelo mundo.



## Referências

- BAUZON, S. 2001. *Il Mestiere del Giurista. Il Diritto Politico nella Prospettiva di Michel Villey*. Milão, Giuffrè, 252 p.
- BERNARDINO, M. 1998. *Curso de Derecho Natural*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 392 p.
- BLACK, P. 1994. Challenge to Natural Law: The vital law. *Vera Lex*, **XIV**(1-2):48.
- BLACK, V. 1990. On connecting natural rights with natural law. *Persona y Derecho*, **22**:183.
- BLOCH, E. 1959. *Das prinzip hoffnung*. Frankfurt, Suhrkamp, 840 p.
- BLOCH, E. 1961. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid, Aguilar, 332 p.
- BRAZ TEIXEIRA, A. 1994. *Sobre os pressupostos filosóficos do código civil Português de 1867*. Fides, Direito e Humanidade, vol. III.
- BRITO, C.A. de. 2006. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 224 p.
- CABANILLAS, R.R.B. 1990. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Pamplona, EUNSA, 609 p.
- CARBONELL, M. (ed.) 2003. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 286 p.
- CARDUCCI, M. 2003. *Por um Direito constitucional altruísta*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 85 p.
- CORTESÃO, J. 1965. *O humanismo universalista dos portugueses: a síntese histórica e literária*. Lisboa, Portugalia, 319 p.
- CORTESÃO, J. 1984. *Os factores democráticos na formação de Portugal*. 4ª ed., Lisboa, Livros Horizonte, 191 p.
- DA CUNHA, P.F. 1990. *Pensar o Direito*. Coimbra, Almedina, 364 p.
- DA CUNHA, P.F. 1999. *Mysteria Iuris*. Porto, Legis, 332 p.
- DA CUNHA, P.F. 2001a. *O ponto de Arquimedes. Natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Coimbra, Almedina, 259 p.
- DA CUNHA, P.F. 2001b. *Temas e perfis da filosofia do Direito luso-brasileira*. Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 346 p.
- DA CUNHA, P.F. 2002. *Teoria da Constituição*. I. *Mitos, memórias, conceitos*. Lisboa/São Paulo, Verbo, 531 p.
- DA CUNHA, P.F. 2003. *As liberdades tradicionais e o governo de D. João VI no Brasil*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, p. 133-175.
- DA CUNHA, P.F. 2005. *Anti-Leviatã. Direito, política e sagrado*. Porto Alegre, Sergio Fabris, 198 p.
- DA CUNHA, P.F. 2006. *Direito constitucional geral*. Lisboa, Quid Juris, 303 p.
- DA CUNHA, P.F. 2007. *Repensar a política. Ciência & Ideologia*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 495 p.
- DA CUNHA, P.F.; AGUIAR e SILVA, J.; SOARES, A.L. 2005. *História do Direito. Do direito romano à constituição europeia*. Coimbra, Almedina, 648 p.
- DELSOL, C.; BAUZON, S. (dir.). 2007. *Le juste partage*. Paris, Dalloz, 199 p.
- DEMBOUR, M.B. 1990. Le pluralisme juridique: une démarche parmi d'autres, et non plus innocente. *Revue Interdisciplinaire D'Etudes Juridiques*, **24**:43-59 p.
- D'ORS, Á. 1995. *Nueva Introducción al estudio del Derecho*. Madrid, Civitas, 208 p.
- DUARTE, É.O.R.; POZZOLO, S. 2006. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo, Landy Editora, 196 p.
- FASSÒ, G. 1982. San Tommaso giurista laico? In: E. PATTARO; C. FARRALLI; G. ZUCCHINI, *Scritti de filosofia del diritto*. Milano, Giuffrè.
- HASSEMER, W. 1995. *A segurança pública no Estado de Direito*. Lisboa, AAFD, 122 p.
- KUHN, T.S. 1962. *The structure of scientific revolutions*. Chicago, Chicago University Press, 226 p.
- LAUAND, J. 2004. Religiões e valores humanos. A proposta do catolicismo. *Mirandum*, **VIII**(15). Disponível em <http://www.hottopos.com/mirand15/index.htm>. Acesso em: 25/05/2009 .
- LOMBARDI-VALLAURI, L. 1992. A Roman Catholic concept of justice. *Ratio Iuris*, **5**(3):308-330.
- MALATO, M.L.; DA CUNHA, P.F. 2007. *Manual de retórica & Direito*. Lisboa, Quid Juris, 352 p.
- MELKEVIK, B. 1994. L'influence de Villey au Québec et au Canada francophone. In: J.F. NIORT; G. VANNIER, *Michel Villey et le droit naturel en question*. Paris, L'Harmattan, 176 p.
- MELKEVIK, B. 2000. *Reflexions sur La philosophie du Droit*. Paris, Université Laval, 214 p.
- OLIVEIRA MARTINS, J.P. 1991. *História da civilização Ibérica*. Mem Martins, Europa-América, 319 p.
- PUY, F. 2000. Tópica jurídica. In: F.P. MUÑOZ; A.L. MORENO, *Manual de filosofia del Derecho*. Madrid, Colex.
- QUENTAL, A. de. 1994. *Causas da decadência dos povos peninsulares*. 6ª ed., Lisboa, Ulmeiro, 69 p.
- QUENTAL, A. de. 2001. *Poesia completa, 1842-1891*. Lisboa, Edições Dom Quixote, 659 p.
- RENOUX-ZAGAMÉ, M.F., 1996. Les Carnets de Michel Villey: le droit naturel comme échec avoué, *Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique*, **23**:115-131.
- RESTA, E. 2002. *Il Diritto fraterno*. Bari, Laterza, 143 p.
- RESZLER, A. 1981. *Mythes politiques modernes*. Paris, P.U.F, 230 p.
- SILVA, A. da. 1994. *Ir à Índia sem abandonar Portugal*. Lisboa, Assírio & Alvim, 143 p.
- STRAUSS, L. 1953. *Natural right and history*. Chicago, The Chicago University Press, 336 p.
- TZITZIS, S. 1996. *La Philosophie pénal*. Paris, P.U.F, 127 p.
- VILLEY, M. 1982. Critique du cléricisme. La doctrine de Saint Thomas D'Aquin. In: *Précis de Philosophie du Droit*, I. 3ª ed., Paris, Dalloz.
- VILLEY, M. 1986. Jusnaturalisme - Essai de définition. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, **17**:134.
- VILLEY, M. 1995. *Reflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*. Paris, P.U.F, 560 p.