

EM QUE SENTIDO O DIREITO NATURAL É NATURAL

no pensamento de José Granérис (1)

Luís Castagnola

Professor da Universidade do Paraná

Sumário: 1. Confusões a serem eliminadas pela análise do conceito de "natureza" — 2. Natureza: nascimento de coisas; natureza — finalidade; natureza — finalidade intrínseca — 3. Conveniência de conservar a expressão "direito natural" — 4. Em que sentido o direito natural é humano — 5, transcidente — 6, estático e dinâmico — 7, de base fixa com aplicações variáveis — 8. Função histórico-positiva do direito natural.

1. — Na sua obra magistral *Lições de filosofia do direito* (2), Giorgio Del Vecchio refuta tôdas as doutrinas que assen-

1) José Granéris é professor de filosofia do direito e de direito natural do Institutum Utriusque Iuris de Roma. Publicou: *La Religione nella Storia delle Religioni*, S. E. I., Turim, 1935; *Philosophia Iuris — De notione iuris*, Turim-Roma, 1943; *Contributi Tomistici alla Filosofia del Diritto*, Turim, 1949. Sairá, brevemente, *Filosofia do Direito*. Publicou também numerosos estudos de alto valor filosófico e jurídico.

Este trabalho nada mais é do que uma exposição parafraseada e resumida da doutrina de José Granéris sobre a naturalidade do direito natural, exposta na obra: *Contributi Tomistici...* Só foram indicadas as passagens citadas mais importantes, porquanto aqui foi apenas parafraseado e resumido o pensamento do ilustre filósofo que concedeu a licença de publicar êste trabalho.

2) Giorgio DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, V ed., Giuffrè, Milano, 1946, pp. 327-337.

tam o fundamento do direito fora da natureza humana. É, portanto, de grande importância determinar claramente o que se entende por natureza. Com efeito, o adjetivo "natural", que se encontra na expressão tradicional "direito natural", é uma rica fonte de confusões. Por quê? Porque deriva da palavra "natureza", cujo significado conceptual é muito oscilante. Na história da cultura ocidental poucos outros termos têm uma série tão variável de sentidos. Já Aristóteles, no quinto livro de sua *Metafísica*, apresentava uma amostra desses múltiplos sentidos que a palavra "natureza" é obrigada a carregar, e Benedetto Croce, recentemente, fez o mesmo na sua *Logica* (3). Mas, apesar das tentativas desses grandes intelectos, diz José Granéris, o conceito de natureza continua extremamente vaporoso, e cada corrente filosófica ou científica entende essa palavra a seu modo, contribuindo, destarte, a aumentar as incertezas e as confusões" (4).

Para dar uma idéia da obscuridade do têrmo, basta reparar nalgumas expressões de domínio público.

Na linguagem comum e quotidiana, opõe-se "natureza" a "espírito", mas também se fala da natureza do espírito e dos sérés espirituais. Isto é, a natureza é apresentada como sendo uma determinada classe de sérés, e depois como algo que se encontra em todos os sérés.

Na linguagem científica, costuma-se distinguir a ciência física das ciências naturais. Essa distinção não tem fundamento no significado das palavras e é devida a uma simples distração dos cientistas, que mostram não perceber que entre "natural" e "físico" não há maior diferença que entre *homo* e *intropos*, isto é, entre duas palavras que indicam a mesma coisa em línguas diferentes.

Na história da filosofia ouvimos vozes que exclamam: *natura, sive Deus*; mas ouvimos também as vozes dos ascetas horrorizados que retrucam: *natura, sive diabolus!*

3) Benedetto CROCE, *Logica*, Bari, Laterza, 1920, p. 219.

4) José GRANÉRIS, *Contributi Tomistici...*, cit., p. 93.

No entanto, o maior filósofo da Idade Média, Santo Tomás de Aquino, não quis desterrar de sua filosofia jurídica a palavra “natureza”, nem a expressão “direito natural”. Para compreender o pensamento do Aquinate a respeito do direito natural, é preciso fazer breve análise de alguns dos significados que o termo “natureza” pode ter.

2. — Num primeiro sentido, natureza é nascimento (*natura, a nascendo*), como dizia Vico. *Nascentium generatio*, diziam os Latinos, traduzindo a primeira definição de Aristóteles:

“*physis... e ton phyomenon géneses*”.

Dêsse significado, algo abstrato, passa-se facilmente a um sentido mais concreto, substituindo ao nascimento de um ser o ser *in statu nascendi*. Dessa forma conhece-se a natureza de um ser encarando-o no momento do seu primeiro aparecer, sendo-lhe natural tudo o que nêle se encontra naquele primeiro instante de vida. Nesse caso, “natureza” e “natural” adquirem um sentido cronológico. Poderíamos assim estudar a criança em seus impulsos espontâneos, antes que a educação a transforme num produto étnico, ou a humanidade no seu estado de pré-civilização.

Consideraram o direito natural dessa forma muitos jusnaturalistas, com Rousseau à frente. Vê êle o ideal humano no berço da criança ou nas selvas e nas cavernas, onde viveram num estado de felicidade os nossos semelhantes antes de serem acorrentados pelos pesados grilhões da civilização. E assim o direito natural poderia ser definido num sentido cronológico: *ius quod fuit ab initio*, ou então o direito que existiria também hoje, se os homens vivessem num estado pré-social em que, como sonhava Hobbes, êles *neque regnant neque regnantur, quasi essent subito e terra fungorum more exorti et adulti*” (6).

Ademais, considerar a natureza como nascimento pode levar à sua deformação causal. A isto se chega entendendo por natureza não sómente o nascimento de um ser, mas também o

5) G. B. VICO, *Scienza Nuova; Degli elementi*, XIV. ARISTÓTELES,
Metafísica, V, 4.

6) HOBBES, *De Cive*, VIII, 1.

nascimento de tudo o que dêle procede como de sua causa, pelo que tudo o que nasce é chamado natural relativamente à causa que o produziu. E assim torna-se natural tudo o que o homem produz, tanto o que foi *ab initio*, como o que aparece ao longo do curso da história. "O monstro é natural como o ser perfeito, a doença é natural como a boa saúde, o vício é natural como a virtude. Com efeito, a monstruosidade, a doença, o vício *nasceram*, e, por isso, são naturais ao sujeito em que nasceram e do qual nasceram" (7).

Se a natureza é simplificada na causalidade, é fácil cair no mecanicismo; pois não há mais motivo para limitá-la aos seres orgânicos. A espontaneidade do animal, a liberdade do homem e o férreo mecanicismo dos seres inanimados, reduzidos ao genérico conceito de causa, adquirem plena equivalência. Então, tudo é necessário, tudo é universal, tudo é natural; e o direito natural terá que ser forçosamente definido à maneira de Spinoza: "*per ius naturae intelligo ipsas naturae leges seu regulas secundum quas omnia fiunt*" (8). Daí se deve concluir que "por direito natural nasce e se põe o sol, ribomba o trovão, cai a chuva e o granizo; por direito natural (*summo naturali iure*) os peixes grandes comem os pequenos (não só no mar, mas também na terra); por direito natural o assassino forte e armado despoja e mata o inerme viandante; por direito natural é permitido, antes, é ordenado tudo o que acontece, e é proibido o que não acontece, o que ninguém faz e ninguém deseja. A doutrina do direito natural coincide com a mecânica universal" (9).

Ocupando-se com a política, isto é, com a vida humana associada, Aristóteles escreveu que a natureza é fim: "*physis telos estin*". (10).

A natureza não é mais considerada como causalidade eficiente, cega, que obriga necessariamente, mas como causa final.

7) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 97.

8) B. SPINOZA, *Tractatus politicus*, c. II, n. 4.

9) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 98.

10) ARISTÓTELES, *Política*, liv. I.

“E visto que o fim de todo ser pode genéricamente colocar-se na sua perfeição, torna-se então natural a um determinado sujeito o que serve à sua perfeição” (11). O fim obriga constantemente a uma livre adaptação quem o deve alcançar; por isso, a idéia de fim torna-se um critério de distinção e de avaliação, graças ao qual a naturalidade perde o caráter universal, necessário, uniforme, que tinha na acepção causal. Dessa forma, cessam de ser naturais, antes, tornam-se inaturais, as monstruosidades, as doenças, os vícios.

No campo do direito “não mais chamaremos natural toda norma de vida, e tanto menos todo fato consumado, mas únicamente aquelas manifestações jurídicas em que vemos um meio capaz de levar o homem pelos caminhos de seu aperfeiçoamento” (12).

A filosofia e a teologia falam outrossim de um fim extrínseco ao sujeito e de uma perfeição acrescentada à que o sujeito naturalmente exigiria. È o caso do mundo sobrenatural, em que está colocado o nosso último fim. As normas que para lá nos levam, são normas de perfeição. Mas o mundo sobrenatural excede o mundo natural e as normas que se devem observar para alcançar êsse fim sobrenatural, não são normas de direito natural, porque excedem as íntimas exigências da nossa natureza. Os teólogos e os canonistas chamam-nas regras de direito divino-positivo.

“Nós rejeitamos, por consequência, a definição de direito natural, que se lê no *Decreto de Graciano*; “*quod in Lege et Evangelio continetur*” (13), se e enquanto ela pretende estender a naturalidade a todos os preceitos do Velho e do Novo Testamento, inclusive os que têm a finalidade específica de nos elevar às alturas naturalmente inatingíveis, e que os teólogos chamam precisamente de sobrenaturais” (14).

11) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 98.

12) Id., ibidem, p. 99.

13) Init. D. I.

14) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 99.

No entanto, nem a causalidade eficiente, nem o finalismo abstrato e genérico nos proporcionam um conceito de natureza, que responda às exigências do direito natural. Um terceiro conceito de natureza, que é a síntese dos dois precedentes, faz-nos ver na natureza “a raiz do primeiro movimento dos sêres para o seu fim... isto é, a tendência radical que os leva à procura de sua perfeição”. A fim de que algo se possa dizer natural a um determinado sujeito, são necessárias duas condições: a origem íntima ou causalidade intrínseca, proporcionada pela inclinação ou tendência espontânea; e a finalidade, colocada naqueles bens que o sujeito exige para a sua perfeição. “È, portanto, natural o que se encontra no ponto de confluência dos dois requisitos já descritos: gênese e fim” (15).

Esse é o sentido que se deve atribuir à naturalidade no mundo ético, conforme o pensamento filosófico tomista, consignado especialmente em dois artigos da *Suma Teológica* (16). No primeiro, o Aquinate define a lei natural, em cujo âmbito está contido também o direito natural; no segundo, classifica-lhe os preceitos.

A lei natural é a participação da lei eterna na criatura racional e experimentamo-la como “*naturalem inclinationem ad debitum actum et finem*”. A inclinação é o elemento genético, que se une ao fim, para o qual nos orienta. A lei natural é um impulso interior, com que a mão de Deus, criador, guia-nos para o nosso fim.

Na classificação dos preceitos naturais, Tomás de Aquino não se inspira só no conceito genético, como poderia aparentemente parecer, mas também, e profundamente, no conceito finalista. O pensamento tomista, quando trata dos preceitos naturais, é dominado profundamente pela idéia de fim, que equivale à idéia de bem, e não de um bem qualquer, mas daquele bem que convém ao homem. Logo, não toda inclinação é de se considerar, *a priori*, como lei ou direito natural, mas sómente

15) *Id., ibidem*, p. 100.

16) S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, 91, 2; I-II, 94, 2.

as inclinações que “*regulantur ratione*”. Desta forma, são excluídos os vícios, que são repelidos como in naturais, porque atuam “*contra ordinem rationis*” (17).

Tomás de Aquino, pois, separa claramente o que alguns chamam de natural em sentido puramente genético, daquilo que é natural em sentido também finalista. “No primeiro sentido, são naturais também os vícios, e é natural também a nudez (para não dizer o nudismo), enquanto sentimos nascer em nós, por geração espontânea, as tendências perversas, e enquanto a natureza nos faz nascer nus. Mas, no segundo sentido, nada de tudo isto é natural, pois “*naturae non convenit*” (18).

Por conseguinte, entre as inclinações humanas, são únicamente naturais as que convêm à nossa natureza de seres racionais, enquanto nos dirigem “*in proprium actum et finem*”.

O conceito sintético e tomista de natureza foi claramente exposto por Taparelli no *Saggio teoretico di diritto naturale*: “Ogni essere ricevette dalla man creatrice un impulso che a quello scopo lo indirizza, a cui fu da lei destinato. Ma questo impulso non è estrinseco all’essere medesimo, ma forma una cosa sola con lui, ed è quel primo principio del suo operare che natura vien detto” (19).

3. — Antônio Rosmini, para não cair nas definições de Spinoza e de Ulpiano, sugeriu substituir o velho nome “direito natural” pelo novo “direito racional” (20). Como é sabido, Spinoza estende o direito natural a todos os seres, fazendo-o coincidir com as leis físicas; o *Digesto* nos transmitiu a definição atribuída a Ulpiano: “*quod natura omnia animalia docuit*”. De sorte que, segundo o jurista romano, também “as feras são peritas neste campo do direito” (21).

Entretanto, se o velho nome, mal interpretado, pode levar ao naturalismo, o novo nome, proposto por Rosmini, pode levar

17) S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, 71, 2.

18) Id., *ibidem*, ad 2 um.

19) L. TAPARELLI, *Saggio teoretico di diritto naturale*, Roma, 1900, vol. I, p. 11.

20) Antonio ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Napoli, 1944, p. 140.

21) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 81.

ao racionalismo, que exalta a razão humana a ponto de fazê-la legisladora suprema, fulcro de nossa absoluta autonomia. Tanto o naturalismo quanto o racionalismo “são duas tumbas daquilo que a nossa tradição nos indica como direito natural, com a única diferença que o primeiro (o naturalismo) é uma tumba aberta debaixo da terra, ao passo que o segundo (o racionalismo) é uma tumba construída e erguida uns metros acima do solo e em plena luz... iluminista” (22).

Julgamos, portanto, que se deve continuar a usar o velho nome “quase veneranda bandeira, que tremulou sobre muitos campos de batalhas ideais”.

4. — O direito natural é, ainda, um direito humano e não infra-humano, visto que não os animais e as coisas, mas somente o homem é o único sujeito da lei e do direito natural. As definições de Spinoza e de Ulpiano são falsas, enquanto pretendem estender o direito a sujeitos não humanos; e todavia encerram um elemento de verdade enquanto se limitam a indicar a matéria do direito natural, que no homem é constituída também por aquilo que ele tem em comum com os seres inferiores. É, pois, o direito natural rigorosamente humano pelo sujeito, que é só o homem; mas humano ainda é pela função que tem de elevar e conter entre os limites da humanidade aquele substrato de animalidade, que em nós vive e freme e que deve ser continuamente dominado pela nossa racionalidade.

5. — Ora, a voz imperiosa da natureza humana, que chega aos nossos ouvidos como sendo a voz da razão, provém exclusivamente da nossa razão, legisladora autônoma, ou é simples eco de uma voz superior, que se repercute na nossa consciência? Na primeira hipótese, o direito natural seria imanente, leigo, ateu; na segunda seria transcendente, religioso, divino.

Benedetto Croce disse que o jusnaturalismo é essencialmente ateu (23) e que o é também historicamente. Pois nasceu com Grócio, que o introduziu no mundo com um ato de nasci-

22) *Id., ibidem*, p. 103.

23) B. CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico*, Bari, 1933, p. 79.

mento, que era uma profissão de ateísmo, pelo menos agnóstico e metódico, enquanto afirmava que o direito natural teria valor “*etiamsi daremos non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*” (24), ainda que corrigisse a hipótese com as palavras: “*quod sine summo scelere dari nequit*”.

José Granéris, deixando de lado a questão exegética da interpretação dos textos de Grócio (25), preocupa-se com a questão doutrinal unida à do pensamento tomista. Para esclarecer as dificuldades, o ilustre professor de filosofia do direito no *Institutum Utriusque Iuris* de Roma distingue o aspecto metafísico do aspecto psicológico: uma coisa é perguntar-se se uma norma de vida humana tem o seu fundamento último, real, objetivo em Deus; e outra coisa é perguntar-se se aquela norma pode ser conhecida e observada sem se ter visto o vínculo que a prende àquele longínquo fundamento. A primeira questão é metafísica; a segunda é psicológica. As respostas podem não coincidir.

“Em metafísica, o direito natural é necessariamente religioso e divino; pois a fonte primeira da sua validade, a sua última base, só se pode achar na “*causa causarum*”, na “*recta ratio summi Jovis*”, como dizia Cícero (26). Giorgio Del Vecchio também escreveu: “Il fondamento del diritto può essere dato soltanto da una concezione trascendente della natura umana” (27).

Mas, em psicologia, as coisas não estão assim. O motivo é o seguinte. O direito (ou a lei) natural é o primeiro impulso imperioso que a mão de Deus criador dá à criatura racional para dirigi-la para os seus fins. Diverso é, entretanto, o modo de agir do homem e o modo de agir de Deus. O homem manda do exterior; toda ação humana sobre outro homem tem todos aqueles caracteres de exterioridade e de violência que, depois

24) Hugo GRÓCIO, *De iure belli ac pacis*, Amsterdam, 1735, Prolegomena, n. 11.

25) J. GRANÉRIS, ob. cit., pp. 107-108.

26) CÍCERO, *De legibus*, II, 4.

27) Giorgio DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Turim, 1908, p. 138.

de Kant, se costuma imputar à heteronomia. Pelo contrário, Deus, enquanto criador, opera e fala por dentro. Seu impulso não chega a nós como choque de corpo estranho, mas o sentimos agir por dentro, como nossa tendência; sua voz não fere nossos ouvidos como som externo, mas ressoa na nossa consciência, como voz do nosso eu mais profundo. Daí se segue que percebemos aquêle impulso como tendência, aquela voz como persuasão. De sorte que tudo se reveste daqueles caracteres de interioridade e de espontaneidade, que se costuma aduzir em favor da autonomia.

Quem não sente à necessidade de esclarecer a psicologia à luz da metafísica, detém-se na tendência, sem remontar ao impulso; fecha-se na persuasão, sem lhe procurar a origem. Então o direito natural lhe poderá parecer ateu, leigo, imanente, válido ainda que Deus não existisse. E assim o homem, graças a um feliz e providencial pecado de lógica, continua a observar normas e preceitos cujo fundamento ignora ou nega.

Esse estado de coisas é, porém, precário como um edifício levantado sobre a areia e ameaça continuamente de ruir. Na realidade, como não basta negar a Deus para que êle cesse de existir, assim não basta ignorar ou negar a sua ação para que êle se torne ocioso. Para ser vital, o direito natural deve afundar suas raízes em Deus. Não ateu, portanto, e sim divino, religioso é o direito natural, mas daquela religiosidade “que repousa exclusivamente sobre a ação criadora de Deus, sem pressupor nenhuma especial revelação, nenhuma ulterior ação de Deus sobre nós. Na linguagem de hoje poderíamos dizer: não é ateu, nem leigo, mas também não é confessional” (28).

6. — Levanta-se contra o direito natural uma dupla acusação: uns acusam-no de barrar o caminho do progresso jurídico e até do progresso da história; outros, pelo contrário, declaram-no responsável por tôdas as novidades, e revolucionário a ponto de prejudicar a estabilidade da vida social e política. Evidentemente, acusações tão contraditórias só podem provir de um falso conceito de direito natural.

28) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 110.

Se o direito natural fôsse concebido com espírito legalista, como um código completo de fórmulas férreas, claras, definidas poderia então tornar-se deveras um sério obstáculo para toda futura evolução e poderia travar o progresso do direito e da história. Assim conceberam o direito natural os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII. Se esforçaram êles por parafar em seus grandes volumes *in-folio* todos os preceitos do direito natural, que se tornou um código perfeito, acabado, universal, eterno, verboso, indigesto diante do qual todo outro código devia calar-se eternamente. "Se aquêles pesados volumes não estivessem sepultados, poeirentos e mortos, nas nossas bibliotecas; se lhes tivesse sido permitido imporem ao mundo o que êles anunciavam, ter-se-ia realizado a sinistra previsão de Benedetto Croce: "Avremmo visto arrestarsi di colpo lo svolgimento, concludersi la storia, morire la vita, disfarsi la realtà" (29).

Mas, no pensamento tomista, o direito natural não é um castelo de fórmulas, nem um código já feito; é, pelo contrário, um núcleo de princípios, em que se deverão inspirar as fórmulas dos códigos positivos. Fica, portanto, aberto o campo da atividade humana; há ainda lugar para os códigos positivos, que são necessariamente chamados à existência pelo direito natural, porquanto precisa de suas determinações. Estamos, pois, muito longe de ter barrado o caminho à história.

Além disso, não se pode pretender achar a estabilidade absoluta no reino das criaturas materiais e contingentes. O direito é, substancialmente, a coisa justa, ou a justa relação entre as coisas; e o direito natural é a coisa justa, ou a justa relação entre as coisas "*ex natura rerum*". Por conseguinte, a sorte dêste direito segue a sorte da natureza das coisas. Ora, entre sujeitos mutáveis devemos esperar que mudem as suas relações e, portanto, também o seu direito natural. A imutabilidade plena e absoluta é reservada à natureza de Deus, enquanto as criaturas estão sujeitas a depravações e a melhoramentos, que criam a possibilidade de abalos de todas as prerrogativas de-

29) B. CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, 1915, p. 339.

correntes da natureza. E entre essas prerrogativas há também aquelas relações de justiça, que são precisamente o nosso direito natural.

Entretanto, preocupados com escapar à imobilidade da morte, não queremos ser arrastados pela corrente do movimento perpétuo de Heráclito. Pois o direito natural tem limites em suas mudanças; êsses limites, em parte, decorrem das próprias naturezas criadas e, em parte, do próprio Criador.

Muda a natureza dos sêres criados e, por conseqüência, mudam também suas relações naturais; mas não mudam até o infinito e loucamente. Tôda natureza possui um núcleo de elementos e de prerrogativas indestructíveis, donde brotam relações também insuprimíveis. Logo, há princípios primeiros da ordem jurídica, que são deveras eternos e suportam, inabaláveis, o edifício.

Em Deus encontra-se o segundo limite da mudança do direito natural. Este entra na história através de três naturezas: a de Deus, a do homem, a das coisas (entendendo-se por *coisas* o conjunto das circunstâncias de ambiente, que são os fatores últimos da nossa vida associada). A primeira (divina) goza de imobilidade absoluta; a segunda (humana) está sujeita a alguma mudança; a terceira (externa) pode ser definida o reino do movimento perpétuo. Daí se segue que os preceitos naturais poderão sofrer oscilações nos dois segundos casos, embora conservem sua raiz fixa na eternidade de Deus.

7. — O direito natural tomista é, pois, um direito que pode fazer o seu legítimo ingresso na história. Não é a lei eterna, fechada *in mente Dei*, mas é únicamente a participação daquela lei na criatura humana, a cujas enfermidades não pode ser subtraído. Os negadores do direito natural não querem escutar esta voz e batem o pé, atribuindo-nos uma reviravolta. Mas com isso só mostram a própria ignorância histórica; pois o código eterno e inflacionista dos jusnaturalistas está fora do nosso pensamento tradicional.

Há, porém, negadores mais inteligentes, como Kelsen (30), que, não querendo ficar atrasados sobre posições superadas, retomam a luta apelando para subtilezas. Suponhamos, dizem êles, que o vosso direito natural admite alguma mudança; esta será só aparente e não real, porque em sua base haverá sempre alguns princípios considerados imutáveis e que contêm já determinações de matérias (por exemplo, a proibição do homicídio). Tais normas, que não são sómente formais, mas cheias de matéria, predeterminam o conteúdo de todos os possíveis desenvolvimentos. Toda legislação futura, portanto, partindo daquelas premissas imóveis tem seu caminho traçado de antemão. Daí ser impossível esperar algo de verdadeiramente novo.

Se, para subtrair o direito natural a esta subtil acusação de vida aparente e de morte real, se quisesse dizer que o direito natural é uma simples categoria, uma pura forma, completamente vazia, em que a onipotência legislativa pode derramar todos os preceitos que quer, passaríamos do direito natural de conteúdo fixo ao direito natural de conteúdo variável.

A nossa posição evita tais excessos.

Antes de mais nada, admitimos também nós no direito natural uma forma de evolução, que é só aparente, porque é devida inteiramente ao mutável conhecimento que o homem tem do direito natural. Esse conhecimento pode aumentar ou diminuir, e não tange a lei, mas o sujeito da lei. Além disso, todavia, nós admitimos possíveis mudanças reais nas próprias normas da natureza. Pois o homem pode não sómente aumentar ou diminuir seus conhecimentos, mas pode também melhorar-se ou corromper-se em outros seus aspectos. Ademais, tudo muda em volta dêle.

A proibição do homicídio, por exemplo, apresenta-se como natural e eterna, mas pressupõe imutadas algumas circunstâncias que, infelizmente, mudam. Daí a proibição do homicídio aparecer varia e circunstanciada conforme a vítima fôr um pacífico cidadão ou um delinqüente, um inofensivo viandante ou

30) H. KELSEN, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburg, 1928, p. 18.

um injusto agressor. Esse exemplo está baseado na depravação de um único indivíduo. Mas supondo casos análogos em que toda uma sociedade esteja depravada, a lei da natureza adaptará seu preceito às consequências daquela depravação.

Em casos semelhantes, as mudanças não são apenas aparentes, devidas ao conhecimento progressivo do indivíduo; é o próprio direito natural que adapta a sua norma às circunstâncias mutáveis. Teremos, assim, um direito natural de conteúdo nem *fixo*, nem *variável*, mas *progressivo*, ou, melhor, de base fixa com aplicações variáveis.

É impossível prever de antemão a amplitude dos desenvolvimentos do direito natural. Sabemos apenas que um vasto campo está aberto à sua história, e sabemos outrossim que suas mudanças não são ilimitadas. Há pontos fixos, há justiças eternas que não mudam. E nós não nos envergonhamos desses laimes, que são também pontos de apoio, como não se envergonha o comandante do ser orientado continuamente pela bússola.

É preciso orientar com êsses princípios fixos a bússola do jurista e do legislador; ficará sempre muita margem para a vida do direito e da humanidade. A história de amanhã não é deveras predeterminada pela de hoje. Pois, o direito é, sim, uma tentativa de "matematizar" a vida social, mas "é uma tentativa destinada a falir sempre. A vida ri-se dos castelos de fórmulas, sejam êles castelos positivistas ou castelos jusnaturalistas. A vida oferece-nos todo dia casos imprevisto, a que é impossível aplicar as velhas fórmulas. Para dominar a nova realidade histórica são necessárias fórmulas novas, que poderão ainda ser dadas ou sugeridas pela natureza. Pois esta não falou uma vez por tôdas, mas fala continuamente, e não está condenada a repetir sempre a mesma fórmula. A cada problema, ela cria uma nova fórmula, feita sob medida" (31).

8. — Entendida desta forma a naturalidade do direito natural, êste perde o seu aspecto de massa inerte e embaralhosa; desce ao terreno das lutas humanas; toma parte ativa na nossa

31) J. GRANÉRIS, ob. cit., p. 119.

história jurídica, proibindo ou imperando mudanças. Proíbe-as quando as leis vigentes respondem aos princípios superiores da justiça nas circunstâncias concretas da sociedade.

Mas é também capaz de desempenhar a função oposta. Não está sempre na retaguarda, “não está fechado na selva negra com os lobos do jusnaturalista inglês ou com os melífluos sonhadores do francês; sabe também tomar a dianteira; sabe exigir arrojadas inovações. Isto acontece tôdas as vêzes que o direito vigente não responde mais às exigências da justiça nas condições históricas do momento” (32). Então o direito natural transforma-se em motor e torna-se agressivo e dinâmico, impulsionando impetuosamente o caminho da história.

Tal função dinâmica do direito natural sobre o direito positivo se realiza por lenta corrosão e por reação impetuosa.

A lenta corrosão realiza-se através daquela contínua transformação a que a vida submete continuamente todo sistema jurídico e social. Ataca as estruturas das constituições mais sólidas, solapa-as com os repetidos apelos aos princípios superiores da justiça, reclamando remédios ordinários e extraordinários, exigindo exceções e ficções jurídicas, que podem abalar um profano, mas não o filósofo do direito. Este vê em todos êsses expedientes tantas pequenas erupções do direito natural. Essa função corrosiva o direito natural exerce-a naqueles mesmos ambientes que o ignoram ou o negam. É o que aconteceu entre os juristas romanos, que, embora não brilhassem pela capacidade de elevar-se à visão filosófica do direito natural, primavam todavia pela arte de abrir-lhe frestas oportunas através das cerradas estruturas do direito quiritário.

Dá-se a reação violenta e impetuosa quando o trabalho de corrosão e correção interna procede lento demais, de modo que a vida de um povo vem a se achar fechada, sem saída legal, entre as aperturas de fórmulas envelhecidas e oprimentes. “Então acontece como em Roma, quando os patrícios vergastavam as multidões em nome das leis das *Doze Tábuas*, e as multidões

32) Id., *ibidem*, p. 120.

tumultuavam em nome das leis... *extravagantes*" (33). Então o direito natural revela a sua capacidade de funcionar como fermento impetuoso da história.

Teremos, por isso, que imputar ao direito natural tôdas as revoluções? Houve quem ventilasse essa doutrina. Sem dúvida, o direito natural oferece um pretexto perigoso aos eternos insatisfeitos, aos rebeldes, pelo fato de que, não sendo escrito, presta-se a muitas interpretações. "Confesso, conclui José Grânérès, que eu sinto a força dessa acusação, e comprehendo o embaraço dos juristas diante desta porta aberta, que ameaça abrir-se a cada instante e pô-los em contato com o ignoto. Mas não podemos negar uma verdade porque não agrada ou porque lhe é possível o abuso. De resto, não é um mal, antes, é desejável, que a própria natureza ofereça uma válvula de segurança a quem gime debaixo do peso de leis iníquas, legalmente infrangíveis. È fatal, melhor, é providencial que quando se ameaça estrangular a vida em nome de uma fórmula, a vida se revolte e quebre a fórmula. Para acalmar os temores excessivos, acrescentamos que as válvulas naturais de segurança não são oferecidas sómente a quem está em baixo, para se defender contra quem está em cima, mas também a quem está em cima para se defender contra quem está em baixo; podem abrir-se tanto em favor dos revolucionários quanto em favor da ordem estabelecida: abrem-se a quem quer que se apresente acompanhado pela razão e pela justiça" (34).

33) Id., *ibidem*, p. 121.

34) Id., *ibidem*, p. 121.