

AS CONFERÊNCIAS DE ANNAPOLIS SOBRE O DIREITO NATURAL: UM TEXTO INÉDITO DE LEO STRAUSS

ANNAPOLIS' CONFERENCES ON *NATURAL RIGHT*:

A NEW TEXT BY LEO STRAUSS

José Colen*

jose.colen.pt@gmail.com

O manuscrito “Direito Natural” é um texto inédito de Leo Strauss. O texto destinava-se a ser lido em duas conferências em Annapolis, em 1946, e precede as Walgreen Lectures com as quais ele se apresentou à Universidade de Chicago, a fonte do livro *Natural right and history*. O texto destinado à comunicação oral é muito mais claro do que é usual no autor sobre a sua própria posição acerca da permanência do direito natural, que está na origem de recentes controvérsias académicas.

Palavras-chave: Direito natural, Clássicos, Modernos, Leo Strauss, Aristóteles, Liberalismo

The typescript “Natural Right” is an unpublished text of Leo Strauss. The text was intended to be read at two conferences in Annapolis in 1946, and precedes the Walgreen Lectures with which he presented himself at the University of Chicago, the source of *Natural Right and History*. The text for the oral communication is much clearer than is usual with the author about his own position on the permanence of natural right, the origin of recent academic controversy.

Key words: Natural right, Classics, Moderns, Leo Strauss, Aristotle, Liberalism

* CESPPRA (École d’Hautes Études en Sciences Sociales) e CEH (Universidade do Minho).

Nota prévia ao texto inédito de Leo Strauss “Direito Natural” (1946)

O texto que se segue é um texto inédito de Leo Strauss (1899-1973) com o título “Direito natural”. O texto foi tipografado com muitas emendas manuscritas e algumas notas marginais e destinava-se a ser lido em duas conferências em Annapolis. O manuscrito encontra-se hoje nas Coleções Especiais da Universidade de Chicago, nunca foi editado nem na língua original, nem em tradução e é publicado pela primeira vez agora na *Diacrítica*.

Data de 1946 e precede portanto alguns anos o mais famoso livro de Strauss, *Natural right and history*. Leo Strauss apresentou-se, no Outono de 1949, aos estudantes e ao corpo docente da Universidade de Chicago, com uma série de lições agrupadas com esse título. As “verdades evidentes em si mesmas” dos pais da constituição americana, disse ele, arriscam-se a ser desvalorizadas como mais uma antiguidade interessante, ou até como bijutaria de época. Falava em nome de uma civilização que cai, cambaleante e insegura de si, presa fácil de um relativismo desqualificado: “não seria a primeira vez”, avisava, que “uma nação derrotada no campo de batalha (...) privou os seus conquistadores do fruto mais sublime da vitória, ao impor-lhes o jugo do seu próprio pensamento” (Strauss, 1971: 2).

Convém lembrar que a guerra que derrotou o regime nazi tinha terminado há pouco mas que o “combate da cultura” não parecia decidido. Hayek tinha também, pouco antes, advertido contra os perigos do pensamento germanófilo e admoestado a seguir o caminho menos percorrido (Hayek, 1944). No entanto, ninguém confunde o soar do sino tocado a rebato por Strauss, com as palavras do “último liberal” preocupado com a fragilidade dos fundamentos do liberalismo.

Não por causa das suas posições políticas sobre o estado ou o mercado, ou a igualdade social. Leo Strauss poucas vezes tomou posições públicas sobre questões políticas concretas. Tal como Raymond Aron ou Isaiah Berlin, esses outros combatentes da guerra-fria (Smith, 2006: 15)¹, não parecia temer um uso sábio do aparelho de estado na defesa dos valores da democracia liberal, embora pessoalmente Strauss considerasse discutível que a guerra contra o Vietname, ou a guerra contra a pobreza, fossem esse uso sábio.

O que permite hoje reconhecer imediatamente Leo Strauss como um conservador, de um certo género, é o modo um pouco inconveniente, senão

1 Ver também Smith, *Idem*, p. 3 e nota 6 sobre a leitura de Walter Lippman de *Natural Right and history*. Cfr. o Prefácio a *The City and Man* (Strauss, 1964: 4-5) sobre os diferendos do Ocidente com o seu “irmão impaciente”.

embaraçoso, como falava de coisas tais como o direito natural, a virtude, a magnanimidade, a liderança, os cavalheiros, os deveres da cidadania, a excelência, a genuína moralidade, a piedade ou a hierarquia de fins do homem. Chegava até a sugerir que talvez existisse alguma espécie de critério para distinguir o bem e o mal, fins sublimes e depravados, o regime legítimo e a tirania. Hoje não é possível falar destas coisas sem parecer pertencer a um mundo desaparecido.

Seria para nós até um pouco perturbador. Se aceitássemos, sem mais, que há fins sublimes ou depravados, poderia acontecer que a liberdade de religião e a de orientação da sexualidade não assentassem em igualmente legítimos fins últimos “nem todos eles em princípio compatíveis entre si” (Berlin, 1979: 169); se a finalidade das instituições de uma sociedade fosse a “excelência” dos seus membros, poderiam justificar-se políticas públicas que discriminassem entre a ópera e o *hip hop*, quer as respectivas letras incitem à delinquência, quer não (Strauss, 1989: 312); se fosse legítimo nos trabalhos das ciências sociais qualificar os atributos de um político ou de um general usando palavras como “cruel”, ou “desastrado”, poderia parecer que existe uma base racional para “juízos” capazes de distinguir “a ordem social de uma tribo negra sob a liderança de um chefe despótico” da constituição da República Suíça, ao contrário do que Kelsen sugere (*apud* Finnis, 1980: 5).

Ora, isso é que não estamos dispostos a conceder facilmente. No espaço público, nos meios intelectuais, na universidade ou na televisão é um dado adquirido que todas as manifestações culturais possuem valor igual, e as afirmações em contrário não assentam senão em muito discutíveis juízos subjectivos.

Na verdade, tendemos a pensar – com o benefício da visão retrospectiva – que o sentimento de catástrofe iminente que afligia Leo Strauss, ou o temor da “conexão alemã” que preocupava igualmente Allan Bloom (Bloom, 1987), que foi seu aluno, e Friedrich Hayek, que nunca o foi, se veio a revelar muito exagerado.

Este sentimento deixou completamente de estar pendente sobre as nossas cabeças, pelo menos no ocidente, até à presente crise vir lançar a dúvida sobre o autêntico sentido dos ventos da história.

Hoje julgamos saber, como antes de nós a geração da viragem do século passado, que a guerra ou os despotismos são coisas do passado, próprias de tempos mais bárbaros que os presentes e que o novo nome da Paz é Desenvolvimento, como eles sabiam que o Progresso conduz a História.

O que não quer dizer que a moralidade seja necessariamente uma coisa do passado, mas a “moral cívica” e democrática que é necessária nos dias

de hoje não traz consigo nenhum “sentimento de culpa”. Talvez seja até preferível falar de ética, para evitar qualquer ressonância religiosa, e afirmar claramente que a sua substância é a tolerância de todas as culturas e de todos os valores. Podemos não ficar completamente tranquilos com a bondade desta solução, ou desconfiar que a nova moral cívica é propagandeada activamente com os meios do estado, na escola, na legislação, ou nos *media* públicos, mas a verdade é que nos conformamos, com gosto ou resignadamente, e não somos propriamente tomados de pânico pela evolução presente da situação.

Que Leo Strauss não o sentisse assim, nem se resignasse tão facilmente como nós, é talvez explicável unicamente pela sua própria vivência, pelas “experiências vividas” de um judeu alemão de Weimar – para usar uma expressão que Raymond Aron gostava de retomar ao descrever as ideias de um pensador – mas que Strauss julgava que distorcia até uma genuína sociologia do pensamento filosófico, pois considerar as ideias filhas do seu tempo equivale a mutilá-las²¹.

No entanto muitas coisas que se dizem de Leo Strauss, ou de que ele falava, correspondem aparentemente a tais “vivências”, mesmo que ele não seja senão filho adoptivo do seu tempo. Como se poderia compreender o predicado “teológico-político”, ou a tensão entre Atenas e Jerusalém, se não soubéssemos que foi um judeu alemão *au temps du soupçon*? Ou a sua preocupação com a crise da democracia liberal, se não tivesse vivido o desmoronamento de Weimar? Ou ainda a sua crítica do historicismo radical, se não conhecéssemos o ambiente cultural do niilismo alemão do início do séc. XX? Ou como entenderíamos o seu projecto de regresso aos antigos, se não percebéssemos o impasse a que tinham chegado os modernos (ou pós-modernos), com Friedrich Nietzsche, Max Weber e Martin Heidegger? Nem sequer o estímulo que deu ao estudo do regime americano seria explicável sem o abandono, profundamente sentido, da educação liberal, ou a emergência a que assistiu das novas ciências sociais na América (Pangle, 2006).

Mas porque é Leo Strauss importante para a presente geração? De facto há, pensamos, um motivo mais fundamental para estudar Strauss. O seu pensamento radicalmente idiossincrático (Janssens, 2008) e nem sempre claro desperta uma sensação de vertigem que poucos pensadores contemporâneos têm o poder de despertar. E isso explica tanto o interesse actual,

2 É certo que, mesmo para Raymond Aron, esse era apenas um primeiro passo, pois as “experiências vividas” ajudam a compreender um pensamento, mas não esgotam esse pensamento.

não isento de suspeita, como a ferocidade dos debates sobre um velho filósofo político falecido há quase quarenta anos.

Tal interesse versa sobre o conjunto da sua obra. Há no entanto algumas novidades que este texto inédito, em especial, vem trazer à luz. E não só como mais uma peça para a história do pensamento político. Algumas das suas afirmações podem fazer-nos pensar e são de incontestável actualidade.

Salientam-se apenas três, num texto denso e rico. Em primeiro lugar, Strauss sugere que as leis do mercado não são tão inevitáveis como a lei da gravidade, ou as outras leis naturais. A mão invisível que “produz a ordem económica natural” não surge sem a influência e com a ajuda de Adam Smith, como o homem natural no *Émile*, não surge sem Rousseau. Por outro lado, a justificação das desigualdades pela igual liberdade, cujos únicos limites resultam do “reconhecimento da mesma liberdade em todos os outros” parece-lhe frágil pois “aqueles que foram dotados pelo seu criador de fortes faculdades aquisitivas concederão alegremente aos outros a mesma liberdade que pedem para si mesmos, pois não perdem nada com esse acordo”. Por último, a questão fundamental, que em nenhum outro texto exprimiu tão claramente e que explica a sua bizarra preferência pelos Antigos, apesar de reconhecer o considerável êxito da solução liberal: O “apelo aos direitos da vida, liberdade e propriedade, etc. tiveram uma atracção e um efeito muito mais fortes do que o apelo à virtude, tão frequente e facilmente ridicularizada”. Mas será realmente utópico esperar mais harmonia social da abnegação do que do interesse próprio esclarecido dos indivíduos? “Será realmente verdade que o homem é tão avesso à virtude quanto presume o argumento moderno?”

Em nossa opinião, o texto decide também a recente controvérsia sobre a posição do próprio Leo Strauss acerca da existência do direito natural (Drury, 1988; Burns/Connely, 2010). Do debate muitas vezes nasce a luz. Mas quando se truncam ou distorcem citações e, em geral, a estridência do debate substitui argumentos por invectivas, pouca iluminação se pode esperar. É preciso fazer justiça ao seu pensamento antes de discordar dele.

Referências

Fonte manuscrita

Biblioteca da Universidade de Chicago, Special Collections, *Leo Strauss Papers*, Box 6, Folder 15.

Obras citadas

- BLOOM, Allan (1987), *The closing of the American mind*, New York, Simon & Schuster.
- BERLIN, Isaiah (1979), *Four essays on liberty*, Oxford, Oxford University Press.
- BURNS, Tony/Connelly, James (eds) (2010), *The Legacy of Leo Strauss*. Charlottesville, Imprint Academic.
- DRURY, Shadia (1988), *The political ideas of Leo Strauss*, New York, Saint Martin's.
- FINNIS, John, (1980), *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford Univ. Press.
- HAYEK, Friedrich (1944), *The road to serfdom*, London, Routledge.
- JANSSENS, David (2008), *Between Jerusalem and Athens: Philosophy, prophecy and politics, in Leo Strauss early thought*, Albany (NY), SUNY Press.
- PANGLE, Thomas L. (2006), *Leo Strauss: an introduction to his thought and intellectual legacy*, Baltimore, The John Hopkins University Press.
- STRAUSS, Leo (1971), *Natural right and history*, Chicago e Londres, The Univ. of Chicago Press (ed. orig. 1953).
- STRAUSS, Leo (1964), *The City and man*, Chicago: Rand McNally.
- STRAUSS (1989), "What is liberal education", in *Idem, An introduction to political philosophy: Ten essays by Leo Strauss*, Detroit, Wayne State University Press, 1989, (ed. Hilail Gildin).

Direito natural^[3]

[1] Proponho-me discutir certos aspectos da história do direito natural. O problema do direito natural é, evidentemente, um problema filosófico e não histórico. Mas estamos hoje na infeliz posição de, antes mesmo de podermos pensar numa discussão filosófica do direito natural, sermos forçados a envolver-nos em estudos históricos. A nossa posição é a seguinte: o direito natural já não é tomado como certo; é geralmente considerado, pelo menos entre os não-católicos, como uma ilusão; não está já no centro da discussão filosófica; é mais ou menos desprezado; como consequência, não é realmente conhecido. Mas estava no centro da discussão, era conhecido no passado. Temos necessidade de um regresso ao passado, a algum género de investigação histórica, se queremos familiarizar-nos a com os problemas filosóficos do direito natural.

Que o direito natural é um problema, o mais sério dos problemas, pode ser directamente constatado, i. e. sem reflexão histórica. O direito natural é o direito que não depende da arbitrariedade humana. A alternativa à aceitação do direito natural parece ser a asserção de que todo o direito depende da arbitrariedade humana, ou é feito pelo homem, i. e. é direito positivo.

Esta asserção, conhecida como positivismo jurídico, é difícil de manter. Porque: se não existisse nenhum outro direito senão o direito positivo, ou a lei positiva, não poderíamos falar de leis injustas. Mas somos forçados frequentemente a falar de leis injustas. O mais implacável expoente do positivismo jurídico, Bergbohm^[4], foi finalmente forçado a admitir que, embora nenhum direito ou lei positiva possa estar errada, pode ser errónea. Mais do que isso: a lei não pode garantir o seu próprio carácter obrigatório; não pode responder à questão de porque devemos obedecer-lhe independentemente dos polícias atrás da esquina. Porque respeitamos, e não meramente tememos, leis promulgadas democraticamente por contraposição às leis aprovadas com o carimbo do parlamento de um ditador? Em última instância porque acreditamos [2] que só a vontade da maioria pode reclamar com justiça a nossa obediência. A justiça do governo maioritário não é, e não pode ser, o produto de legislação democrática ou não-democrática; deriva

3 [Nota ed.] Tipografado ao lado do título “Conferência a ser proferida em 9 de Janeiro de 1946 no Seminário Geral e em Fevereiro de 1946 em Annapolis”.

O original encontra-se nas Coleções Especiais da Biblioteca da Universidade de Chicago, *Leo Strauss Papers*, Box 6, Folder 15. Os números entre parêntesis rectos correspondem às páginas do manuscrito. Agradeço ao Prof. Nathan Tarcov não só como executor literário de Leo Strauss a permissão para reproduzir o manuscrito como a ajuda na decifração de vários incisos manuscritos.

4 [Nota ed.] O nome de Bergbohm está acrescentado na margem. Cfr. Strauss (1971: 10.)

de princípios acima da lei positiva. Que necessitamos de tais princípios, que a vida humana seria impossível sem eles, admite-se geralmente. Mas, dizem algumas pessoas, esses princípios não são direito natural mas ideais da nossa sociedade. Isto é, evidentemente, insuficiente: não nos vemos forçados a questionar os ideais da nossa sociedade? Não nos interrogamos se a nossa sociedade, mais os seus ideais, são civilizados ou bárbaros? Temos que medir esses ideais por ideais que são independentes de quaisquer predileções, ou preconceitos paroquiais ou locais. Mas não basta fazer apelo a partir dos ideais da nossa sociedade para ideais simplesmente. Porque entendemos usualmente por ideais: objectos a que aspiramos, aos quais podemos, ou não, aspirar sem nenhuma outra consequência senão que, no primeiro caso, somos idealistas e, no segundo caso, somos outra coisa; não entendemos como ideais os objectos de dever que nos obrigam em consciência: este carácter obrigatório que se torna turvo com o termo ideais, é firmemente sugerido pelo termo “direito natural”. Além disso, os ideais são frequentemente entendidos como objectos de fé; mas fé não é conhecimento; os Nazis têm tanta fé nos seus ideais como os democratas têm nos seus; há uma indefinida variedade de crenças que são mutuamente exclusivas; não podemos deixar de imaginar qual fé, se alguma, é a fé certa; somos forçados a ir, além do domínio da fé, para o domínio da discussão razoável para adquirir, se pudermos conhecimento. O problema do direito natural é tão sério como a nossa necessidade de padrões, acessíveis ao conhecimento do homem enquanto homem, que são naturais, i. e. que são independentes da arbitrariedade humana. Se tais padrões não existem, toda a acção humana é cega: porque não sabe se os seus últimos objectivos são rectos. Se tais padrões não existem tudo é permitido ou legítimo⁵.

[3] Apenas fugimos à questão se dizemos que os nossos padrões trans-legais são o conveniente ou o útil. Tudo o que é útil, ou conveniente, é útil ou conveniente para algo. Para a sociedade, diria a maior parte das pessoas. Mas o que é útil ou conveniente para uma parte da sociedade pode ser prejudicial para outras. Devemos considerar por igual todas as partes de uma sociedade, ou devemos considerar principalmente a sua mais respeitável parte, ou a sua parte mais numerosa? E conveniente significa principalmente prático em relação a um nível de vida mais elevado, ou conveniente para o bem-estar moral e espiritual? Outros sugeriram, como padrão, “coesão social e durabilidade”. Mas pode existir coesão social e durabilidade nos mais diferentes níveis: no nível da sociedade de castas da Índia, da China,

5 [Nota ed.] Ms. acresc: “ou legítimo”.

de Esparta, de Veneza ou da Grã-Bretanha. São a coesão social e a durabilidade baseadas na opressão tão boas como a coesão social e durabilidade de uma sociedade livre? E, se afirmamos que a liberdade é preferível à opressão, não fazemos tacitamente apelo à justiça, ao direito, a um direito que não é estabelecido arbitrariamente, mas intrinsecamente recto? Pois, não supomos que todo o ser humano tem um justo direito à liberdade?

Igualmente tornamos turvo o problema se falamos da ideia de justiça. Porque se entendemos a justiça num sentido preciso, no sentido de Platão ou no⁶ de Kant, esta é idêntica, para todos os efeitos práticos, ao direito natural. E se entendemos a ideia de justiça num sentido vago, certamente tornamos turvo o problema. Creio que foi Fr. J. Syahl, o fundador do partido conservador prussiano, que substituiu o direito natural pela ideia de justiça, ou pelas ideias de direito (*Rechtsideen*). Para excluir absolutamente todo o direito à revolução, para evitar qualquer apelo da lei positiva, por mais injusta ou irrazoável que seja, a uma lei mais elevada, asseverou que os padrões trans-legais das leis têm o carácter, não de direito ou lei, mas de ideias: Eu diria que ele asseverou que os padrões trans-legais das leis têm meramente [4] o carácter de ideias.

Se estas observações são substancialmente correctas, seguir-se-ia que somos necessariamente guiados por alguma noção, correcta ou incorrecta, clara ou nebulosa, de direito natural. No nosso tempo, muitas pessoas realmente acreditam, quer o saibam quer não, no direito natural de cada um à sua auto-realização. Porque, quando pedem que a cada um seja dada a oportunidade de realizar o seu eu, não fazem apelo a nenhum direito legal, não apelam a nenhuma aspiração especificamente americana que, como tal, diz respeito apenas a americanos; não fazem apelo a princípios da nossa sociedade: fazem esse apelo chamando às sociedades do presente ou do passado que não reconhecem a auto-realização, retrógradas ou reaccionárias. Nem fazem apelo a um mero ideal: pois consideram todos os que se opõem à auto-realização, na teoria ou na prática, não apenas desprovidos de ideais mas injustos ou viciosos. Fazem, então, apelo a algo que é intrinsecamente recto, mesmo se ignorado até há muito pouco tempo. O que é verdade da auto-realização, é verdade da regra “a cada um segundo a sua capacidade, e a cada um segundo as suas necessidades”. E a qualquer regra do mesmo género.

A necessidade sentida do direito natural não nos garante, claro, que exista um direito natural. Segundo uma visão aceite na nossa era, não

6 [Nota ed.] Ms. acresc. “no de”

existe. Os argumentos usuais, aduzidos em apoio de tal visão, são tão fortes como todos os argumentos usuais costumam ser. São normalmente refutados pelos, igualmente formidáveis, argumentos dos São Jorges ou Dom Quixotes que investem a partir dos nobres corcéis do idealismo para combater os dragões ou carneiros, chamados relativistas. Peço licença para seguir um percurso mais pedestre. A oposição presente ao direito natural possui dois motivos principais. Primeiro, um interesse na segurança jurídica, um desejo de assegurar a absoluta obediência à lei do país. A obediência civil parece ficar fundamentalmente em perigo se for possível [5] recorrer a uma lei mais elevada que a lei do país. O segundo motivo é “a consciência histórica”, i. e. a convicção de que todas as ideias são essencialmente relativas a dadas nações, classes, épocas, etc.. O argumento típico do presente contra o direito natural é: 1) a anarquia, a indefinidamente grande variedade, desgraçada variedade, das doutrinas da lei natural demonstra os limites de todas: se existisse conhecimento genuíno, haveria consenso. Esta anarquia cessa de ser uma pedra no caminho uma vez que se admita que todo o alegado direito natural é meramente a expressão de situações históricas específicas. 2) Se há certos princípios comuns a todas as doutrinas da lei natural, tais princípios são demasiado gerais, demasiado formais, para possuir algum significado. A actual rejeição do direito natural remonta usualmente à alegada descoberta, feita no séc. XIX, da História, do que era anteriormente chamado processo histórico e que é agora chamada historicidade do homem. O que é correcto na medida em que a mudança decisiva se deu com o ataque da escola histórica de jurisprudência à jurisprudência do direito natural (Savigny na Alemanha e Sir Henry Summer Maine em Inglaterra). Mas, se é este o caso, a actual rejeição do direito natural assenta sobre fundações trémulas. Porque a escola histórica se confrontou com o direito natural moderno, com o direito natural do séc. XVIII, não tomando realmente em consideração o direito natural da Idade Média e da Antiguidade Clássica. A escola histórica presumiu, tacitamente claro, que o direito natural pré-moderno tinha sido destronado pelo direito natural moderno. Esta presunção baseava-se na vulgar crença na lei do progresso, ou então na filosofia da história de Hegel segundo a qual os elementos verdadeiros de cada tese significativa são necessariamente preservados nas teses sucessivas. Presunções sanguíneas deste género não nasceram de uma análise sóbria da crítica ao direito natural pré-moderno pelos iniciadores do direito natural moderno. [6] Tanto quanto a actual crítica do direito natural tem algum valor, esta não pressupõe a, assim chamada, descoberta da História. É meramente a repetição de uma vetusta crítica do direito

natural, a crítica que culmina na tese de que todas as noções de justiça, ou moralidade, são convencionais. Esta asserção evidentemente requer explicação. A noção de convenção pertence à dicotomia fundamental natural/convencional que está implícita na distinção entre lei natural e positiva. A distinção entre natural e convencional não é, como algumas pessoas julgaram, uma especificidade dos sofistas e dos seus descendentes espirituais mas, claro, fundamental também para Platão e Aristóteles. Está implícita e. g. nas distinções de Aristóteles entre direito natural e positivo, entre escravatura legal e natural, entre os sons naturais e as palavras convencionais. Ora a distinção entre natural e convencional foi gradualmente abandonada no séc. XIX. A escola histórica proclamou ter finalmente dissolvido a velha bifurcação da lei em natural e positiva, ter resolvido a lei natural e positiva numa unidade superior, compreendendo toda a lei como histórica (Gierke, *Althusius*, 328). Até que ponto teve êxito pode talvez ver-se na admissão do seu último expoente (Gierke) de que “a elaboração filosófica desse pensamento permanece até hoje imperfeita”. Porque, o que a escola histórica realmente fez não foi substituir a velha bifurcação da lei em natural e positiva pela superior unidade do histórico, mas afirmar o carácter natural de coisas que previamente eram consideradas fundamentalmente convencionais, ou dependentes de instituição humana. Pois a escola histórica não podia compreender toda a lei como histórica senão compreendendo toda a lei como “expressão de uma consciência de grupo orgânica”; tinha que interpretar a nação, o grupo étnico, especificamente como uma unidade natural, como um organismo. As dificuldades a que esta tentativa se expôs não podem ser resolvidas senão pela introdução de uma nova distinção, a distinção [7] entre o natural e o histórico: os grupos humanos particulares acabaram por ser eventualmente concebidos como históricos e não como naturais. É a distinção entre o natural e o histórico que subjaz a toda a orientação dos dias de hoje. Tanto mais que, hoje, a alternativa à afirmação do direito natural parece ser a visão de que todo o direito é histórico. Eu sustento que esta visão, a visão historicista, leva finalmente a regressar à antiga visão convencionalista. Deixem-me explicar.

A tese convencionalista diz, para todos os efeitos, que nenhum direito é natural, que todo o direito, incluindo os padrões trans-legais de certo e errado, deve o seu ser, i. e. o seu ser recto ao facto de que foi acordado, ou aceite, por uma dada sociedade e nada mais. A tese historicista é que nenhum direito é natural, mas todo o direito deve o seu ser a algo mais fundamental, ou menos arbitrário, de que os decretos de uma sociedade. Savigny e. g. asseverava que todo o direito deve o seu ser, primária ou fun-

damentalmente, não à legislação consciente ou à decisão arbitrária, mas à “convicção comum do povo, ao igualmente comum sentimento partilhado de íntima necessidade”. A comum convicção de um povo, ou o popular sentimento de íntima necessidade, não é do ponto de vista filosófico senão a opinião geralmente aceite, que deve a sua validade, não à sua verdade, mas ao facto de que é geralmente aceite ou consensual. Hoje, os historicistas asseveram usualmente que os padrões trans-legais de direito, adoptados por uma dada sociedade, são determinados pelo carácter específico, ou pelas necessidades específicas, dessa sociedade. A questão, claro, é se os padrões de várias sociedades são realmente determinados pelas suas necessidades e não, antes, pelas suas opiniões acerca das suas necessidades, ou pela opinião dos grupos governantes acerca das suas necessidades e, portanto, acima de tudo pelas suas opiniões acerca de Deus, do mundo e do homem. Se é este o caso, na medida [8] em que os padrões repousam sobre a opinião, distinta do conhecimento, são essencialmente arbitrários ou convencionais: as opiniões não possuem estabilidade por si mesmas; têm que ser firmadas pela convenção. O convencionalismo é superior ao historicismo porque não presume gratuitamente que cada sociedade sabe aquilo de que necessita, ou que a vontade geral não pode errar. É em face de dificuldades como estas, a que um tipo mais antigo de historicismo se expõe, que os mais sofisticados historicistas do nosso tempo fazem recuar todos os padrões de direito a “decisões históricas”. Mas ao recuar a decisões, proclamam quase abertamente o carácter arbitrário, convencional, de todos os padrões.

A escolha com a qual muitos homens sempre, e ainda agora, se defrontam é entre o direito natural e a visão de que todas as noções de justiça são convencionais. Precisamente porque é assim, o problema do direito natural é o nosso mais sério problema⁷.

Para obter alguma clareza acerca do problema, i. e. do carácter problemático do direito natural, voltamo-nos para a história do direito natural. Esta história é apresentada na literatura popular, bem como em parte da literatura académica, como se segue. O direito natural ou a lei natural chegou à ribalta com os Estóicos, especialmente os estóicos romanos. A lei natural Estóica foi adoptada pelos advogados Romanos e foi reconciliada com o ensinamento bíblico pelos Padres da Igreja. A lei natural Estóico-cristã é o núcleo da filosofia social Ocidental. A lei natural dos sécs. XVII e XVIII é meramente uma versão secularizada da lei natural Estóico-Cristã. Nenhum erro é mais grave do que o das gerações anteriores que consideraram os

7 [Nota ed.] Ms. ilegível à margem.

sécs. XVII e XVIII como a hora de glória da lei natural e acreditaram que Hugo Grotius era o pai da lei natural. A importância da secularização da lei natural nos séculos modernos é diferentemente avaliada por diferentes académicos. O falecido A. J. Carlyle, geralmente considerado a maior autoridade [9] no assunto, aparentemente não o considerou muito importante. Uma vez que disse que, “pelo menos desde os advogados do séc. II aos teóricos da revolução Francesa, a história do pensamento político é contínua, mudando em forma, alterada no conteúdo, mas sempre a mesma nas suas concepções fundamentais” e incluiu entre estas concepções fundamentais primariamente a noção de direito natural e os seus corolários.

Agora uma palavra, ou duas, de crítica. Não é necessário debruçarmos-nos sobre o facto óbvio de que o direito natural era reconhecido muito antes dos Estóicos, e. g. por Aristóteles, por Platão, por muitos sofistas. Ficamos justificados se dissermos que o direito natural é tão antigo, de facto, não quanto a filosofia em geral, mas quanto a filosofia política.

É mais importante, para a nossa intenção imediata, enterrar o fantasma da, assim chamada, secularização do direito natural na era moderna. O que significa secularização neste contexto? Separação entre direito natural e direito divinamente revelado? Tal separação era uma conclusão adquirida em toda a filosofia clássica, e não foi rejeitada na filosofia medieval. Ou secularização significa separação entre direito natural e teologia natural, uma doutrina a respeito de Deus baseada na razão e não na revelação? Não há conexão necessária ou óbvia entre o direito natural de Platão e Aristóteles e qualquer teologia, e a declaração de Grotius segundo a qual o direito natural seria válido ainda que não existisse Deus é de ascendência escolástica. A transformação do direito natural no séc. XVII não pode ser descrita como uma secularização do direito natural.

Tal não significa que exista uma continuidade ininterrupta na história do direito natural. Sem dúvida nenhuma, o séc. XVII assistiu a uma ruptura na tradição do direito natural. O que é indicado com clareza bastante pelos seguintes factos. Em primeiro lugar [10] observamos, nos sécs. XVII e XVIII, a mais franca insatisfação com toda a tradição do direito natural anterior: certos homens extraordinários reclamam uma doutrina do direito natural inteiramente nova. Em segundo lugar, o direito natural tradicional tinha sido, principalmente, uma doutrina conservadora; do séc. XVII em diante o direito natural tornou-se uma doutrina revolucionária. Enquanto a rebelião dos Países Baixos contra Espanha se baseou no direito positivo, a guerra civil Inglesa, a Gloriosa Revolução de 1689, a Declaração da Independência americana e a Revolução Francesa foram em parte base-

adas nos princípios do direito natural. Não há necessidade de procurar as raízes desta transformação de uma doutrina conservadora numa doutrina revolucionária numa transformação das circunstâncias sociais; pois é perfeitamente inteligível a partir de uma transformação que o significado do próprio direito natural atravessou naquele período. A transformação que o direito natural atravessou no séc. XVII é o evento que marcou a história do direito natural.

Vamos primeiro enumerar as características do direito natural moderno, do direito natural dos sécs. XVII e XVIII.

a) O direito natural moderno é, digamos, num grau muito superior em relação ao direito natural medieval, um direito natural constitucional, ou um direito natural público. A distinção entre direito público, que ordena a comunidade e a sua relação com os cidadãos, e direito privado, que regula as relações entre os cidadãos, remonta aos gregos. Mas só desde o séc. XVII encontramos uma nova disciplina chamada *jus publicum universale sive naturale*: um direito público válido para todos os estados e, portanto, baseado, não em costumes, precedente ou lei positiva, mas só na razão natural (o Duque Ulrich Huber publicou em 1672 *De iure civitatis libri tres novam disciplinam iuris publici universalis continentes*.). Obras como o *Leviathan* de Hobbes, o *Civil Government* de Locke e o *Contrato social* de Rousseau são obras dedicadas ao direito público universal, i.e. natural. O título alternativo do *Contrato Social* é “princípios de direito político” – claro [11] do direito político de todas as sociedades. O direito natural era descrito por Ulpiano como parte do direito privado. Como regra, todavia, nos tempos pré-modernos considerava-se que o direito natural tinha certas implicações no direito constitucional. Mas estas implicações eram de carácter muito geral, e portanto bastante inócuas: não iam além de estabelecer a ilegitimidade da tirania. No direito natural moderno, todavia, as implicações constitucionais são muito mais incisivas. A primeira no tempo é a doutrina da soberania, uma vez que toda a doutrina da soberania, i. e. dos direitos do soberano, é evidentemente uma doutrina de direito natural constitucional: os direitos do soberano são determinados, não pelos costumes ou precedentes ou leis de uma dada sociedade, mas universalmente em face da natureza da sociedade política como tal. Como consequência, a legitimidade, e não apenas a conveniência, de todas as espécies de governo misto ou de quaisquer limitações constitucionais ao soberano, foi contestada: é contestada com base no direito natural constitucional. Outros mestres modernos do direito natural, Locke em particular, negam a legitimidade de qualquer governo absoluto com base no direito natural. Rousseau asse-

vera, como doutrina de direito natural, que só o governo republicano é legítimo. Thomas Paine assevera que, para todos os efeitos práticos, de acordo com o direito natural só a democracia é legítima. A incidência prática de tais doutrinas é manifesta: há toda a diferença do mundo entre dizer que a monarquia e. g. não é a melhor forma de governo, ou que é indesejável ou inconveniente, e dizer que é ilegítima. A asserção anterior não justifica a revolução, mas a última justifica-a – enfaticamente. O direito natural público está na base da Declaração da Independência, e acima de tudo das declarações francesas dos Direitos do Homem de 1789, de 1793 e 1795. Está na base da ideia da necessidade de uma assembleia constituinte e de constituições escritas: [12] prescreve assembleias constituintes e constituições escritas. As pessoas, às vezes, têm dificuldade em perceber como é que o grande inimigo dos princípios da Revolução Francesa, Burke, podia basear a sua oposição a esses princípios no direito natural. A resposta, claro, é que o direito natural de Burke é aquele que não impõe consequências incisivas no direito constitucional, ou seja, é fundamentalmente o direito natural pré-moderno.

b) A segunda característica específica do direito natural moderno é a forma sob a qual foi apresentado. É apresentado de modo completamente independente do direito positivo. Nos tempos pré-modernos, a distinção entre direito natural e positivo não tinha levado a estabelecer uma disciplina separada de direito natural, e menos ainda cátedras universitárias exclusivamente dedicadas ao direito natural. Sentia-se, evidentemente, que um tratamento do direito natural completo e autónomo era, ou impossível, ou então⁸⁾ sem grande valor ou importância. Só nos tempos modernos é que o direito natural toma a forma de um sistema – de um sistema dedutivo. Todos os grandes mestres do moderno direito natural elaboram, ou tendem para, um direito natural demonstrado *more geometrico*. Localmente esta tendência levou à elaboração de códigos completos de direito natural, cobrindo até o direito natural dos feudos, o direito natural feudal. “A lei natural era tratada [neste período] como um código de leis ensinado pela razão, e a lei positiva como um sistema de ordenações emitido para a sua aplicação” (Gierke, *Althusius*, 353).

c) A terceira característica específica do direito natural moderno é a sua associação à ideia de um estado de natureza: uma vida humana anterior ao estabelecimento da sociedade civil. No tempo pré-moderno, não há tal associação. O direito natural pré-moderno era mais o contexto de todos os

8 [Nota ed.] “Ou impossível ou então” ms. à margem.

códigos positivos do que um código completo com um estatuto particular, o estado de natureza. Na literatura encontram-se frequentemente referências ao estado de natureza no ensino dos sofistas, de Lucrecio, de Mariana, etc. Mas não há nada sobre um estado [13] de natureza nos próprios textos. O próprio termo estado de natureza decorre, não de reflexões sobre o direito natural, mas da teologia Cristã. O estado de natureza é distinto do estado da graça e é normalmente subdividido num estado de pura natureza, anterior à queda de Adão, e um estado de natureza corrompida, o estado depois da queda. O objectivo imediato do termo estado de natureza nos sécs. XVII e XVIII é precisamente negar o significado da distinção entre o estado de pura natureza e o estado de natureza corrompida; i. e. negar o significado, senão a historicidade, da queda de Adão. A tradicional visão teológica do homem e da sociedade era baseada na visão Bíblica sobre as origens da humanidade; o objectivo da doutrina moderna do estado de natureza era proporcionar uma base racional, não-bíblica, a uma nova visão do homem e da sociedade. A moderna doutrina do estado de natureza é num certo sentido⁹⁾ a primeira forma daquilo que hoje chamamos antropologia, como se vê com particular clareza no discurso de Rousseau sobre as origens da desigualdade. Por outro lado, substituindo a distinção estado de natureza/estado da graça pela distinção estado de natureza / estado civil, homens como Hobbes, Locke e Rousseau exprimiram a ideia de que a cura para as deficiências ou inconvenientes do estado de natureza é, não a graça, mas o governo ordenado. O termo estado de natureza, neste sentido, assume importância central pela primeira vez em Hobbes, que ainda se desculpa deste aparentemente novel uso.

d) A quarta e mais importante característica específica do direito natural moderno é que este é, ou tende a ser, uma doutrina de direitos em vez de deveres. O direito natural pré-moderno era essencialmente uma doutrina de deveres. Só muito tarde, na segunda metade do séc. XVI, a escolástica começa a falar com ênfase de direitos naturais enquanto distintos de deveres ou obrigações naturais. No tratamento do tema do direito natural em Tomás de Aquino, e até mesmo no [14] de Richard Hooker no fim do séc. XVI, os direitos naturais, enquanto distintos dos deveres naturais, não são sequer mencionados. No séc. XVII observamos uma alteração radical dos deveres para os direitos, uma alteração na ênfase que determina o pensamento político e social até aos dias de hoje. Primeiro, a própria distinção entre direito e dever torna-se mais carregada que em eras anteriores. Acima

9 [Nota ed.] Ms.: “ num sentido”

de tudo, a sociedade política é agora pela primeira vez concebida como principal ou exclusivamente ao serviço do objectivo de garantir os direitos naturais, e não de garantir o desempenho dos deveres naturais do homem. Esta mudança fundamental encontra a sua mais impressionante expressão no ensinamento de Hobbes. É igualmente visível no ensinamento de Rousseau, cujo contrato social é precedido exclusivamente de direitos naturais, e de modo nenhum por deveres, ou no ensinamento de Espinosa, para quem direito natural significa exclusivamente o direito que o homem pos-sui por oposição com o direito que obriga o homem. Paine exprimiu essa visão mais claramente no título do seu livro, *Rights of man*. As doutrinas de direito natural de Kant e Fichte são essencialmente doutrinas dos direitos do homem. Para Kant é já um problema que a filosofia moral fosse usualmente chamada doutrina dos deveres e não, também, dos direitos. No que respeita a Locke temos apenas que comparar as suas afirmações, baseadas em Hooker, com as do próprio Hooker. Quanto a Descartes, este não menciona deveres no seu tratado ético: fala, na passagem central, de direitos.

Esta característica do direito natural moderno é obliquamente reconhecida, de algum modo, por aqueles que chamam individualista ou subjectivista ao direito natural moderno. É menos ambíguo descrever o direito natural moderno como preocupado primariamente com direitos por oposição a deveres.

O primeiro passo para uma compreensão do direito natural moderno [15] consiste em verificar a sua origem. Pois, uma vez que conheçamos o homem ou o tipo de homem que originou o direito natural moderno, conheceremos o seu espírito. Por amor à brevidade e simplicidade, vou limitar-me à questão da origem da ênfase nos direitos naturais, em alternativa aos deveres. Pelo menos desde Hegel tornou-se habitual procurar as raízes da doutrina dos direitos do homem no Cristianismo como tal, na descoberta do que era chamado “o valor infinito da alma individual”. Gierke em particular descobriu que a ideia de “que todo o indivíduo em virtude do seu destino eterno é, na sua natureza íntima, sagrado e inviolável” [o que é] “não meramente sugerido mas mais ou menos expresso” na literatura medieval. Tenho a impressão de que é nesta bastante menos do que mais claramente expresso. Parece-me que se podem facilmente detectar direitos do homem nos tempos medievais, mas só se cometemos um ou mais de entre os seguintes erros. Primeiro, se confundimos com o direito natural algo que é permitido pela lei da natureza, com algo não punível, ou então decente. Segundo, se confundimos com o direito natural de A, o que a B é ordenado ou proibido pela lei natural fazer a A (e. g. a proibição da lei natu-

ral contra o assassinio não constitui ainda um direito natural de cada um à vida; uma lei natural que ordena dar esmola aos necessitados não constitui ainda um direito natural dos necessitados à esmola). Terceiro, se confundimos com o direito natural o que é realmente um dever natural (e. g. o que é às vezes referido na literatura moderna como direito à resistência ou, pelo menos, algo que é “permitido apenas como uma forma de obediência” (Figgis); o que nos tempos modernos é frequentemente chamado direito à resistência, era originalmente o dever de obedecer a Deus antes que aos homens. Ou a auto-preservação, que é para o direito natural medieval um dever antes de ser um mero direito, enquanto nos tempos modernos é um direito e não necessariamente um dever. Ritchie em Inglaterra e Jellineck na Alemanha procuram as raízes [16] dos direitos do homem, com maior justiça, nos Puritanos ingleses. De facto, basta-nos ler os ensaios de Clarke ou os discursos de Cromwell para depararmos com direitos naturais. Mas haverá justificação para dizer que “a Inglaterra Puritana produziu a doutrina dos direitos naturais” (Ritchie)? A tese de Ritchie está inseparavelmente ligada à sua visão da Reforma como um todo: “a teoria dos direitos naturais é simplesmente o desenvolvimento lógico do apelo Protestante ao juízo privado, i. e. à razão e consciência do indivíduo”. Tão insustentável como esta visão da Reforma é a igualmente insustentável tentativa de fazer remontar os direitos do homem ao Puritanismo. Além disso, a mais exacta investigação de Figgis mostrou que a doutrina dos direitos naturais ocorre um tempo considerável antes do Puritanismo inglês, em certos Jesuítas e Dominicanos espanhóis do fim do séc. XVI e início do séc. XVII. Como quer que seja, uma coisa é a admissão explícita de, e até a ênfase em, direitos naturais, e uma coisa inteiramente diferente é a explícita ou implícita preferência dada aos direitos naturais frente a deveres ou obrigações naturais. O problema da origem do direito natural moderno é o problema da origem da orientação em função de direitos em vez de deveres. Se formularmos, como devemos, a questão desta maneira, não pode haver dúvida quanto à sua resposta: o iniciador do direito natural moderno não é outro senão Thomas Hobbes. Não só porque Hobbes distingue com uma clareza e ênfase inusual em tempos anteriores entre direito natural e lei natural, i. e. entre direito natural e dever natural; mas até porque faz da distinção ente direito natural e dever natural a própria base, e portanto o limite, de todas as obrigações. O direito natural que ele reconhece, o direito à própria vida, é verdadeiramente inalienável: não pode ser confiscado devido a nenhum crime, qualquer que ele seja. É, e só, necessário e suficiente para determinar a natureza da sociedade política, o seu propósito e os seus absolutos [17] limites. Para

garantir o direito natural do homem, o inalienável direito, e para nenhum outro propósito, o Leviatã de Hobbes é instituído entre os homens. É um direito que cada ser humano tem independentemente de sexo, cor, credo, mérito ou pecado, não só contra qualquer outro ser humano, mas contra qualquer soberano e contra toda a sociedade.

É um direito que todo o ser humano tem, mesmo contra Deus – como se é tentado a dizer, indo para além da letra, mas dificilmente para além do espírito, dos ensinamentos de Hobbes. De facto, o princípio do direito natural moderno não pode ser compreendido se não temos em conta as suas implicações teológicas. A primazia do direito sobre o dever pressupõe a negação de qualquer ordem, ou vontade, sobre-humana. Por outro lado, a completa ausência ou, pelo menos, a relativa fraqueza da doutrina dos direitos do homem antes do séc. XVII é sem dúvida devida à esmagadora influência do ensinamento bíblico. A visão Bíblica foi formulada pelo Cardeal Newman como se segue: “o simples silêncio de todos os direitos e reivindicações por parte da criatura na presença do Criador, as reivindicações ilimitadas do Criador ao serviço da criatura” (*The idea of a university*, 183). Basta referir o Livro de Job e a insistência na Bíblia na necessidade da misericórdia divina. “Vede, pois tal como os olhos do escravo olham a mão do seu senhor, e como os olhos de uma serva para a mão da sua senhora, assim os nossos olhos esperam no Senhor nosso Deus, que ele tenha misericórdia de nós” (Salmo 123). Não há nenhum direito contra Deus, porque não há nenhum direito à misericórdia. Não pode haver direitos do homem contra Deus se o homem deve todo o seu ser ao acto livre da criação por Deus e, especialmente, se o ser moral do homem é como que constituído por deveres que lhe são impostos por Deus. Pois, se assim é, a preocupação prática, não é tanto com a dignidade do seu estatuto original ou natural como homem, mas com a sua pecaminosidade, ou com a sua redenção do pecado devida não aos méritos próprios, mas [18] à livre graça de Deus. O clima espiritual favorável à insistência nos direitos do homem é caracterizado por uma visão inteiramente diferente, não-bíblica, da relação do homem com Deus. É caracterizado, em primeiro lugar, pelo facto de a consciência do estado pecador do homem ter recuado para segundo plano. Em termos dogmáticos, a queda de Adão cessou de ser de crucial ou sequer de se revestir de grande significado. O conceito moderno de estado de natureza, e a sua neutralidade face à diferença entre o estado de pura natureza e o de natureza corrompida, disso se encarregou.^[10] Os direitos do

10 [Nota Ed.] Ms: “Cf. o meu *Hobbes*, 123 n. 2”

homem ganharam significado prático e popular, pela primeira vez, com os Puritanos Ingleses, cujo maior poeta não parece ter atribuído demasiada importância à queda: “algumas lágrimas naturais [Adão e Eva] deitaram, mas secaram-se rapidamente; O Mundo estava todo diante deles”. O mundo cessou de ser o vale de lágrimas: tornou-se o melhor de todos os mundos possíveis, uma vez que no pior dos casos o pecado só afectou a terra, que não é senão um planeta menor num universo infinito não poluído pelo pecado. Mesmo a terra cedo se tornou um paraíso potencial. Pois a severa justiça de Deus e a sua glória deram lugar à sua incondicional amabilidade, à sua suave doçura – um pai amável daria aos seus filhos açúcar em vez da vara, como Bayle afirma numa das suas argumentações contra a tradição bíblica. Aqueles que preferiam uma linguagem mais severa interpretavam a antiga visão do homem como cidadão do mundo, indicando que o homem, sendo um cidadão do mundo, tem direitos contra o soberano do mundo, contra Deus. Foi Leibniz quem disse que, nas ideias de Deus cada mónada tem direito de pedir que Deus, ao ordenar as outras mónadas, a tenha a si em conta. A este respeito não há diferença fundamental entre Leibniz e o seu mais famoso antagonista, Voltaire. Por ocasião do terramoto de Lisboa, Voltaire escreveu as seguintes linhas que tentei transformar em prosa: “Acredita-me, se a terra abre os seus abismos, a minha queixa [19] é inocente, e os meus gritos são legítimos... Eu respeito o meu Deus, mas amo o universo. Se o homem se atreve a lamentar-se face a uma tão terrível miséria, não é soberbo – *hélas*, é sensível”. O facto de Deus ter criado o homem como ser sensível confere ao homem o direito de protestar contra a providência de Deus, a insistir nos seus direitos contra o próprio Deus. Para chegar àquela que é, possivelmente, a mais forte afirmação temos que nos voltar para Kant. É em virtude da queda, sustenta Kant, que o homem se tornou o igual dos anjos e do próprio Deus: no que toca a reclamar ser um fim em si mesmo; por outras palavras, o homem deve a sua própria dignidade, e os direitos que dela derivam, não à sua criação, mas à sua revolta, à queda; a expulsão do paraíso é uma “mudança” que é, de facto, perigosa, mas não menos honrosa. Para resumir este ponto, podemos atrever-nos a dizer que os direitos do homem chegam à ribalta num mundo que tentou preservar todos os privilégios do homem como criatura de Deus, ao mesmo tempo que tornava leves os encargos que tão nobre origem presumia implicar. Tal, contudo, não pode ser a última palavra sobre o assunto. Pois há razões para supor que a veste teológica, à qual é devida a vitória da doutrina dos direitos do homem, não era realmente mais que a coloração protectora de um esforço essencialmente não-teológico.

Antes de dizer algo deste esforço, gostaria de ilustrar o direito natural moderno olhando para as suas implicações morais. Enquanto o direito natural pré-moderno era uma doutrina da obediência ou, pelo menos, de conformidade com uma ordem não originada pela vontade humana, o direito natural moderno é uma doutrina da liberdade. Mas a liberdade é um termo ambíguo. Pode designar a liberdade apenas para o que é bom, justo e honesto, e pode designar a liberdade também para outras coisas. O género de liberdade que foi fomentada pelo direito natural moderno pode reconhecer-se nos seguintes exemplos. O direito natural à propriedade, tal como interpretado por Locke, é um direito à acumulação ilimitada de capital, não limitado por nenhum dos deveres [20] da caridade. O direito natural de comunicar os próprios pensamentos, tal como interpretado por Kant, é o direito de falar ou de fazer promessas a outros, quer verdadeira e sinceramente, quer falsa e insinceramente. O direito natural de publicar os próprios pensamentos, na interpretação de Milton justifica a reivindicação da liberdade de impressão sem licença, não apenas dos livros morais e ortodoxos, mas igualmente dos livros que provavelmente “mancham tanto a vida como a doutrina”. A liberdade designada pela doutrina dos direitos do homem é a liberdade tanto para o mal como para o bem, uma liberdade limitada apenas pelo reconhecimento da mesma liberdade em todos os outros homens. É uma liberdade, não só para a razão, mas para a sem razão. Nem devemos negligenciar o facto de uma limitação deste género à liberdade pelo reconhecimento da mesma liberdade em todos os outros, ser muito ténue, como qualquer um pode hoje admitir no que toca à liberdade dos instintos aquisitivos: aqueles que foram dotados pelo seu criador de fortes faculdades aquisitivas concederão alegremente aos outros a mesma liberdade que pedem para si mesmos, pois não perdem nada com esse acordo.

Estes aspectos do direito natural moderno permanecem paradoxais e perturbadores, se não são considerados num contexto mais alargado: no contexto de uma tentativa, no começo do período moderno, de estabelecer uma nova ciência da política. Este esforço provém da convicção de que a ciência política tradicional, i. e. fundamentalmente a ciência política clássica, tinha falhado totalmente. A ciência política clássica tinha sido a tentativa de fazer ver a melhor ordem política, enquanto ordem política que faz jus aos requisitos da virtude, da excelência humana, dentro dos limites do possível, i. e. sem a presunção de uma mudança, miraculosa ou não miraculosa, da natureza humana, e cuja realização é uma questão de acaso. A revolta da filosofia política moderna [21] que foi originada por Maquiavel,

era dirigida contra o que podemos chamar o carácter utópico da filosofia política clássica: contra a sua orientação para o que seria a melhor solução possível, sob as condições mais favoráveis, e contra a sua incapacidade, ou falta de vontade, em esperar a realização do melhor possível de nada senão do acaso. A filosofia política moderna como tal, i. e. na medida em que não continua meramente a tradição clássica, é uma busca por uma ordem política cuja realização é provável, senão certa. Está preocupada com uma garantia da realização da ordem política desejável, ou com a conquista do acaso. Tanto os clássicos como os modernos compreenderam por ordem desejável a ordem natural. Mas, enquanto para os clássicos a realização da ordem natural é uma questão de acaso, para os modernos é uma necessidade, ou quase uma necessidade: acabará por existir em toda a parte, por si mesma, salvo por louca intervenção humana ou, ultimamente, por ignorância. Portanto, o conhecimento da ordem natural, e a difusão desse conhecimento, é o meio decisivo para a realização da ordem natural da sociedade. A mão invisível de Adam Smith que produz a ordem económica natural sob a influência de Adam Smith – tal como o homem natural de Rousseau no *Emile* não surge senão com a ajuda de Rousseau^[11]. E se a difusão do conhecimento não é o meio decisivo é, pelo menos, indispensável. Enquanto para Platão o mal não cessaria nas cidades, se os filósofos não governassem, para os modernos o mal não cessaria nas cidades, se a filosofia não governasse, i. e. se os não-filósofos que tinham sido esclarecidos pelos resultados da filosofia ou da ciência, não governassem. No decurso do tempo, as pessoas tornaram-se cada vez mais cépticas acerca dos resultados do esclarecimento; mas não abandonaram a tentativa de conseguir uma garantia da realização da ordem desejável. No séc. XIX, já não era do esclarecimento, mas da “História” que se esperava essa garantia – ou novamente da Natureza que, no seu processo progressivo por meio da sobrevivência do mais apto, levaria ao fim desejado^[12].

[22]. Se queremos descobrir a ordem política ou social desejável cuja realização é provável ou em toda a parte possível, temos de orientar-nos pelos homens como realmente são, e não pelos homens como deviam ser; pelo modo como os homens vulgarmente são e não pelo modo como os homens raramente são. Ora os homens buscam menos raramente prazeres,

11 [Nota do ed.] Ms à margem: “A mão invisível de Adam Smith que produz a ordem económica natural como a influência de Adam Smith – tal como o homem natural de Rousseau no *Emile* não surge senão com a ajuda de Rousseau.”

12 [Nota do ed.] Ms à margem: “Nos dias de hoje [espera-se que?] a emergência da verdade do livre mercado das ideias.

riquezas e honras do que buscam a verdade e a justiça. Em conformidade, a filosofia política moderna tentou estabelecer um objectivo consideravelmente mais baixo que o da filosofia e teologia pré-modernas: um fim que pode ser conseguido pelo homem como este é vulgarmente. Esta tentativa teve um sucesso notável: a combinação de liberdade universal e estabilidade social conseguida, por algum tempo, em certas partes do mundo Ocidental, ultrapassa neste aspecto tudo o que, desde sempre, tinha sido conseguido no passado. Mas, exactamente porque este é um feito elevado, um preço elevado devia ser pago. O preço que o homem teve que pagar pelas bênçãos modernas de um superior grau de felicidade geral, foi o rebaixar dos picos, o rebaixar do objectivo último do homem¹³.

Só a partir deste ponto de vista se podem compreender as características do direito natural moderno.

a) Para visar um propósito que fosse provável atingir, tinha que substituir-se a busca da melhor ordem pela busca, ora do governo eficiente, independentemente do seu nível, ora do governo legítimo. A primeira alternativa levou ao Maquiavelismo e à razão de estado. A segunda levou à lei natural constitucional. Por outras palavras, a noção clássica da melhor ordem política é inseparável da convicção de que esta ordem se sustenta, e cai, com um superior desenvolvimento do carácter, do carácter moral do homem de todos os cidadãos. A noção moderna da lei natural constitucional implica que instituições adequadamente construídas tomariam total ou decisivamente conta do problema da ordem política.

[23] O mais severo filósofo moral dos tempos modernos, Kant, protestou contra a visão de que a recta ordem política pressupunha uma nação de anjos: não, diz ele, a recta ordem política pode ser estabelecida numa nação de demónios, desde que estes tenham senso. Os clássicos estavam longe de ser cegos à importância das instituições: a origem clássica da doutrina do governo misto é disso uma prova suficiente. Mas: para os clássicos as instituições não eram senão dispositivos para estabelecer ou garantir o governo dos virtuosos; não se destinavam a ser um substituto para a virtude. Se a ênfase está no carácter, admite-se a importância crucial do acaso: de quantos acidentes depende a formação do carácter! Se a ênfase está nas instituições, há perspectivas aumentadas de conquistar o acaso.

b) De acordo com a visão pré-moderna, as regras mais específicas do direito natural não podem ser deduzidas dos axiomas do direito natural; pois todas as mais específicas regras permitem excepções; se a regra especí-

13 [Nota do ed.] Nota *ms* na margem ilegível.

fica ou a excepção é apropriada num caso específico, só pode ser decidido com base no conhecimento das circunstâncias, e a decisão quanto à regra, ou à excepção, a aplicar nas circunstâncias deve ser decidida com prudência ou sabedoria prática. A questão do que seria justo num dado caso, não pode frequentemente encontrar outra resposta geral senão esta: que será justo o que um homem sensato escolheria nessas circunstâncias. Ora a sabedoria prática requer maturidade, experiência de todos os géneros e condições de homens e situações, uma experiência de muitos anos; é normalmente privilégio de homens mais velhos. Portanto, para ser bem conduzido quanto ao que é justo em casos mais específicos há que escutar o que velhos homens dizem ou escrevem. Por isso a distinção entre direito natural propriamente e *ius gentium*, i. e. o direito aceite pelos povos civilizados em concreto, não pode ser muito rígida na prática, e um tratamento independente do [24] direito natural está fora de questão. A partir da posição moderna, o ponto de vista pré-moderno parece admitir elementos de extrema arbitrariedade, incerteza e acaso. Quem vai decidir, objectam os modernos, quem é um homem sensato? E o que fazer-se no caso imaginável em que dois, ou mais, homens sensatos estão em desacordo? Para ver-se livre desta incerteza, da aparente imprecisão do princípio “como um homem sensato determinaria”, o direito natural transforma-se, no período moderno, num sistema dedutivo: o que é por natureza recto em casos específicos, pode ser descoberto por todos, com os meios da simples dedução dos axiomas do direito natural moderno – caso contrário não seria direito natural e a questão deveria ser decidida arbitrariamente pelo soberano. Pois o elemento de acaso e incerteza que está implícito na imprevisível distribuição desigual da sabedoria e da loucura, é eliminado pelo carácter geométrico e sistemático do direito natural moderno. O método não apenas estabelece uma ponte sobre o abismo entre os sábios e os tolos pela equalização das oportunidades de saber, como Bacon e Descartes tinham afirmado: oferece o atractivo adicional de tornar a sabedoria supérflua.

c) Deixem-nos tentar compreender o moderno conceito de estado de natureza. O que caracteriza este conceito não é a implicação de que a natureza humana está completa sem se viver efectivamente em sociedade, ou sem se estar sujeito à disciplina social. Quando Aristóteles diz que o homem é por natureza um animal político, parece rejeitar implicitamente a ideia de que pode haver vida humana fora da sociedade civil: na realidade apenas quer dizer, com o seu famoso dito, que o homem é por natureza capaz de viver em sociedade; um homem que não vive realmente em sociedade não é necessariamente, para Aristóteles, um homem mutilado. Se assim é, mesmo

do ponto de vista aristotélico é legítimo distinguir entre o estatuto natural do homem [25] e o seu estatuto civil, entre o que este deve à natureza e o que deve à instituição humana. A diferença entre os modernos e Aristóteles é antes esta: Aristóteles determina o estatuto natural do homem face à perfeição natural do homem, enquanto os modernos a determinam exclusivamente face às qualidades que qualquer ser humano normal necessariamente possui^[14]. Ora, se o estatuto natural do homem é definido em termos de perfeição humana, daí derivam para o homem exigências muito elevadas, mesmo no estado de natureza, mas se o estatuto natural do homem é definido em termos de qualidades naturais realmente possuídas por todos os seres humanos, só daí derivam exigências estritamente mínimas, se é que derivam exigências algumas e, portanto, está traçado o caminho para delinear uma ordem humana cuja realização não pareça demasiado difícil ou improvável.

(Esta interpretação de Aristóteles implica que a moralidade como tal necessariamente pressupõe a disciplina social, não pertence à perfeição natural do homem. Sobre diferença entre a interpretação tomista e averroísta. Cfr I. N. Havy ibn Yuqdhân; Ibn Bagga, Tadbîr al mutawahhid. Ver abaixo pp 30 e ss.)^[15].

O conceito moderno de estado de natureza foi decisivamente preparado por Maquiavel. Aparentemente, Maquiavel estava ainda mais convencido que os clássicos, do poder do acaso: não se cansa de falar da fortuna. Contudo, ele compreende por acaso não exclusivamente algo essencialmente isento de controlo humano, também algo que não apenas pode ser usado, mas deve ser realmente dominado. Dominar o acaso, é algo muito superior a fazer uso do acaso, superior até a fazer o melhor uso do acaso. Em conformidade, para Maquiavel o grande estadista já não é, no melhor dos casos, um homem que estabelece, sob circunstâncias favoráveis, a melhor ordem política, mas um homem que estabelece qualquer ordem política graças ao seu domínio do acaso. Por essa razão, bem como devido à [26] sua desconfiança do utopismo dos clássicos, a sua principal preocupação é o estabelecimento da ordem política como tal, i. e. do governo eficiente, independentemente do seu nível. Para este propósito ele tem que recuar para além de toda a ordem estabelecida, e compreender como, ou por meio de que qualidades humanas, o homem extraordinário consegue produzir ordem a partir do caos. O resultado é que um homem extraordinário não

14 [Nota do ed.] Existe uma nota *ms.* ilegível na margem. A numeração referida é a numeração original.

15 [Nota do ed.] *Ms* na margem: “*Rep.* 558b3 e ss. e 496c3-5”. Refere-se à *Republica* de Platão.

o pode fazer senão usando tais qualidade morais e cometendo tais ações que são necessariamente condenadas por ele depois de essa ordem ter sido estabelecida. O que Maquiavel conclui é, portanto, que a moralidade da condição anterior à sociedade civil é essencialmente e legitimamente inferior à moralidade normal da sociedade civil, e a inferior moralidade do que podemos chamar o estado de natureza ou, mais precisamente, do período fundacional^[16], influencia de, várias maneiras, a moralidade sugerida por Maquiavel para a sociedade civil em si mesma. A orientação pela ideia da conquista do acaso é uma razão decisiva para rebaixar os padrões morais nos tempos modernos.

d) A melhor ordem política, tal como concebida pela filosofia política pré-moderna, era definida em termos de deveres. Portanto, a filosofia política pré-moderna era utópica, na medida em que os deveres do homem no sentido abrangente do termo não serão provavelmente cumpridos. Para delinear uma ordem social cuja realização seja provável nada era tão útil como decidir tomar posição pelos direitos, em vez de deveres. Pois os direitos do homem são muito próximos do seu interesse próprio, do seu interesse próprio como todos o podem compreender; enquanto a proximidade entre os deveres do homem e o seu interesse próprio não está à vista de todos. Portanto, pode-se confiar num homem para lutar pelos seus direitos – muito mais do que se pode confiar nele para cumprir o seu dever. “O catecismo dos direitos do homem é facilmente aprendido, as conclusões estão nas paixões”^[17] (Burke). O catecismo dos deveres do homem é menos facilmente aprendido, na medida em que [27] as suas conclusões não estão nas paixões. A partir daqui compreendemos o carácter revolucionário do direito natural moderno, comparado com o carácter conservador do direito natural pré-moderno. Enquanto os homens tomaram as suas posições morais pelos deveres, eram conduzidos a examinar-se a si próprios e não aos outros quanto ao cumprimento dos deveres; não estavam primária e essencialmente preocupados com os maus feitos seus governantes; além disso, existia sempre a dúvida sobre se os súbditos tinham o direito de punir o seu governante pelas suas transgressões da lei natural; além de que os súbditos podiam não estar particularmente preocupados com a imoralidade do seu governante. A transgressão dos seus deveres por um governante não pede automaticamente uma punição; manter-se dentro

16 [Nota do ed.] Ms na margem: “ou, mais precisamente, do período fundacional”

17 A referência completa diz “O Pequeno catecismo dos direitos do homem cedo é aprendido, e as inferências estão nas paixões”. Cfr. “Thoughts on French Affairs”, *The Works of the Rights Honorable Edmund Burke*, Revised Ed., Vol. IV, Boston: Little, Brown, and Company, 1866, p. 342.

dos limites da lei natural não estava automaticamente assegurado. O direito natural pré-moderno não era de aplicação automática. Uma situação inteiramente diferente surge quando se passa a tomar as posições morais pelos próprios direitos naturais. Neste caso as transgressões do governante aos limites da lei natural não são senão infracções dos direitos dos súbditos, e é praticamente o mesmo que tocar-lhes onde mais dói. Portanto há a garantia automática da aplicação das cláusulas punitivas do direito natural. O direito natural moderno é, quase, de aplicação automática.

Não há provavelmente nenhum elemento do direito natural moderno que seja tão importante como a interpretação que conferiu ao direito natural à auto-preservação. O direito à auto-preservação implica, claro, o direito aos meios dessa auto-preservação. Mas podemos questionar-nos sobre quais são os meios apropriados para a auto-preservação. Ou acerca de quem tem o direito de decidir sobre a rectidão dos vários meios. Segundo a visão pré-moderna, a decisão cabe aos sábios. Esta noção, se seguida até às suas últimas consequências, leva a admitir a legitimidade do absoluto e irresponsável governo dos sábios. O direito natural moderno dá uma resposta diametralmente oposta. O direito [28] à escolha dos meios de auto-preservação pertence, por natureza, a todos, independentemente da sabedoria ou da imbecilidade. A razão pode ser indicada como se segue: embora se presuma que os tolos fazem escolhas tolas, também se presume que se preocupam consigo próprios e que têm maior interesse na sua auto-preservação do que teria qualquer conselheiro sábio. Por outras palavras, o interesse próprio pode suprir a falta de sabedoria. A ideia de que, para todos os efeitos práticos ou políticos, cada um é melhor juiz dos seus verdadeiros interesses de que qualquer guardião seu poderia ser, leva necessariamente a consequências democráticas. Creio que esta ideia, provavelmente a mais importante resultante do direito natural moderno, é ainda o mais forte argumento, o mais sóbrio argumento que temos em favor do princípio democrático. Devemos este argumento a Hobbes e Rousseau.

O direito natural moderno surge em oposição ao alegado ou real utopismo do direito natural pré-moderno. Tentava ser enfaticamente “realista”. Não pode haver dúvida quanto ao facto de que o apelo aos direitos da vida, liberdade e propriedade, etc. teve uma atracção e um efeito muito mais fortes do que o apelo à virtude, tão frequente e facilmente ridicularizada. O que devemos começar a perguntar-nos é se o moderno, realista, endurecido mundo que, como Rousseau, notou substituiu a virtude pela economia, não desenvolveu por si mesmo um utopismo muito mais destrutivo. Porque não será também utópico acreditar que rebaixando os próprios objecti-

vos, se garante a sua realização? Não será mais utópico esperar a harmonia social do interesse próprio esclarecido, ou da esclarecida ou não esclarecida auto-realização, do que da auto-abnegação? Será realmente verdade que o homem é tão avesso à virtude quanto presume o argumento moderno? “*Les fripons en détail, sont en gros très honnêtes gens: ils aiment la morale*» (Montesquieu).

[29] Não podemos julgar apropriadamente o direito natural moderno, se não compreendemos o direito natural pré-moderno. A forma clássica do direito natural pré-moderno é a de São Tomás de Aquino. Mas precisamente porque é a forma clássica, porque a sua solução é tão perfeita, tão elegante, é muito difícil tomar consciência do problema do direito natural se começamos pelos ensinamentos de São Tomás. Para compreender o problema do direito natural, devemos olhar para a doutrina tomista como uma possibilidade de interpretar a doutrina aristotélica do direito natural.

A doutrina de Aristóteles necessita certamente de ser interpretada. Pois Aristóteles mal dedicou a este grave assunto uma página do seu trabalho. Portanto a primeira questão que nos vem à mente, é esta: porque fala Aristóteles tão pouco, muito pouco acerca do direito natural? A mesma questão surge acerca de Platão e, de facto, de todos os filósofos pré-Estóicos. Porque é que o direito natural desempenha um papel comparativamente negligenciável, pelo menos aparentemente, na filosofia pré-estóica?

A resposta usual é baseada na interpretação usual, i. e. hegeliana de Platão e Aristóteles. Hegel, pode dizer-se, substituiu a distinção clássica entre o natural e o convencional pela distinção entre espírito subjectivo e sua reflexão racional, por um lado, e o espírito objectivo que se traduz em instituições vivas, por outro. O que antes se chamava convencional, foi interpretado por Hegel como o trabalho do espírito objectivo, da Razão, de uma forma de Razão superior àquela que se manifesta na reflexão dos indivíduos. A descoberta do espírito objectivo distinguiu Hegel de Kant e do racionalismo dos sécs. XVII/XVIII. Com base nesta visão interpretou Hegel Platão e Aristóteles (Hegel : séc.XVIII = Platão e Aristóteles : sofistas). Em conformidade, a filosofia política de Platão e Aristóteles foi entendida como uma tentativa de compreender a vida da cidade grega enquanto [30] encarnação da Razão ou da Ideia. Não poderia haver um direito natural em Platão e Aristóteles diferente da ordem viva da cidade grega. Só depois do colapso da cidade grega (com Alexandre) o direito natural foi decepado da cidade e se tornou uma norma desencarnada. Esta visão de Platão e Aristóteles não é sustentável. Para Hegel a melhor ordem política é necessariamente idêntica a alguma ordem real, enquanto para Platão e Aristóteles a

melhor ordem política é, possivelmente e até normalmente, diferente de, e transcendente a, qualquer ordem política real. Para Hegel é tolice prescrever ao estado como este deveria ser, em vez de compreendê-lo na sua intrínseca razoabilidade; mas Platão e Aristóteles são um só com o racionalismo dos sécs. XVII/XVIII e com Kant, contra Hegel. Temos pois de explicar o relativo silêncio acerca do direito natural na filosofia pré-estóica segundo linhas diferentes, segundo linhas não hegelianas.

A razão deste silêncio pode ser indicada como se segue: é decisivamente devido à convicção de que o direito natural é de carácter muito problemático como norma de conduta social; o direito natural não só é insuficiente para ordenar a sociedade, mas seria até destrutivo da sociedade, se não fosse diluído num direito fundamentalmente convencional.

Na *Educação de Ciro* de Xenofonte conta-se a seguinte história. O jovem Ciro frequentava, como todos os outros rapazes Persas, uma escola jurídica. Um dia, foi-lhe dado o seguinte caso para decidir: um grande rapaz tinha um casaco pequeno, e um rapaz pequeno tinha um casaco grande; o rapaz grande tirou o casaco do rapaz pequeno e deu-lhe o seu pequeno casaco; Ciro decidiu que tinha sido bem feito. Foi refutado pelo argumento que ainda é usualmente usado para refutar a jurisprudência do bem-estar: foi espancado, e o seu mestre disse-lhe [31] que não lhe tinha sido perguntado o que era mais adequado, mas o que era justo; i. e. neste caso particular quem era o legítimo dono do casaco grande. A consequência é óbvia: o direito natural é precisamente o mais apropriado, mas a orientação pelo direito natural perturbaria toda a vida estabelecida. A *República* de Platão, como um todo, é uma representação indirecta de como aquilo que é naturalmente recto seria destrutivo de quase tudo o que estimamos e consideramos justo: a propriedade, a família monogâmica, a proibição do incesto, os privilégios da senioridade, etc.. O direito natural, no sentido estrito, seria aquele em que os verdadeiramente sábios teriam poder absoluto e irresponsável e atribuiriam, a cada um, o que cada um verdadeiramente merece, o que é verdadeiramente apropriado para ele, i. e. o que faria dele um homem melhor. O naturalmente recto é a regra do que é naturalmente superior, mas este direito natural está em conflito com aquilo que as pessoas geralmente acreditam ser recto, pois acreditam que é recto que toda a ordem social seja baseada no consentimento, independentemente da sabedoria ou insensatez daqueles que consentem. A única solução prática é a diluição do princípio do governo dos sábios, que é naturalmente recto, pelo supostamente recto princípio do consentimento (*Legg* 757, cfr. *Rep.* 501b); do princípio da desigualdade, que é naturalmente recto, pelo convencionalmente

recto princípio da igualdade, ou pela alternância de todos em governar e ser governado (*EE* 1242b28 ff). Ou, para tomar um exemplo mais específico, Aristóteles distinguia a escravatura conforme ao direito natural, da escravatura conforme ao direito convencional; um homem pode ser naturalmente um homem livre e, no entanto, ser um escravo de acordo com o direito convencional; essa escravatura é contrária ao direito natural e, no entanto, justa. A ideia subjacente é a de que apelar ao direito natural a partir de um conflito com o direito convencional seria destrutivo da ordem social estabelecida. A dificuldade é ainda mais profunda: o direito natural é o direito dos sábios ao governo absoluto; claro, para governar no interesse dos menos sábios ou nada sábios. Mas, aqui surge a formidável questão sobre se pode ser naturalmente recto que o melhor [32] sirva o pior, que o superior sirva o inferior (cfr. RMBM, *comm. Om Mishna* – ver Heinemann, Hebermensch; *Política* 1245b 33 e ss.)^[18]. O direito natural pode ser, em si mesmo, uma norma de conduta social, se a vida social pode dispensar ficções, mitos ou nobres mentiras, mas o oposto é que se verifica: não é a verdade, mas a opinião que é o elemento da vida social (cfr. aparte a *Rep.* Rousseau p. M. 331, p.2 e ss.)^[19].

Aristóteles reconciliou esta dificuldade graças à evidente necessidade, para o direito natural, de uma limitação radical da matéria sujeita ao direito natural. Segundo ele, o direito natural é aquele direito que, por natureza, se obtém entre os membros plenos de uma sociedade política; é essencialmente limitado aos membros desse grupo, um *Binnemoral*. Mas tal, aparentemente, cria novas dificuldades. O que se mostra da maneira mais simples pelo facto de o direito natural de Aristóteles ser interpretado de modos diametralmente opostos por Tomás de Aquino, por um lado, e pelos filósofos Islâmico-Judaicos, por outro. Segundo São Tomás, Aristóteles ensinou

18 [Nota ed.] Nota *ms* à margem: “nenhum homem sábio escolhe governar (*Rep.* I)”. [A referência é *Rep.* 347d6-8].

19 [Nota ed.] Este parágrafo está inserido no texto tipografado, mas com traços separadores, que sugerem a intenção de coloca a referência em nota: “Gierke, *Althusius* engl. 337 n. 25: ‘a própria existência do senhorio e da propriedade envolve uma quebra da pura lei da natureza’.

[A referência é a Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik* (Breslau: Koebner, 1880). Gierke era um advogado e historiador (e depois de 1871 professor nas universidades de Berlin, Breslau, e Heidelberg, e foi um dos representantes da Escola Histórica do direito. As obras de Gierke estiveram envolvidas na questão entre “Germanistas” e “Romanistas”]

Aegidius 114 n. 12 ‘Aegidius Colonna [mais conhecido como Giles de Roma, supomos que a referência é a *De regimine principum*,] III 1 c. 6 supõe 3 possíveis origens do estado: o modo puramente natural do desenvolvimento da família, a parcialmente natural da concórdia *constituentium civitatem vel regnum* e por fim a mera força e conquista. Puramente natural = simplesmente justo.”

que existe um direito natural e que os princípios desse direito natural são imutáveis, i. e. não abertos a nenhuma exceções. Segundo os filósofos Islâmico-Judaicos, Aristóteles ensinou que não há, estritamente falando, direito natural, mas que há um género de direito convencional que é uma convenção necessária de todas as sociedades políticas, e que esse direito quasi-natural é radicalmente mutável, i. e. sujeito a exceções. A interpretação “averroísta” está em conflito manifesto com a afirmação explícita de Aristóteles de que há um direito natural. A interpretação tomista, por outro lado, está em conflito manifesto^[20] [33] com a afirmação explícita de Aristóteles de que todo o direito natural é mutável. Sugiro esta interpretação.

Aristóteles não entende por direito natural nenhuma regra, mas aquelas justas determinações de certos casos que se baseiam exclusivamente nos princípios, quer de justiça comutativa, quer distributiva, i. e. que não pressupõem nenhum direito positivo. Por natureza rectos, portanto, são a igualdade do preço de uma coisa com o valor do trabalho e despesas do produtor da coisa; ou a proporção adequada entre o crime e a pena; ou a distribuição do rendimento de um empreendimento comum na proporção das acções de capital com que cada um contribuiu; ou a distribuição dos cargos de governo de acordo com o mérito, etc.. Ora, se quisermos formular regras de direito natural, tais regras, como a proibição contra o assassinio, o roubo, etc. seriam regras de direito natural. Mas: a aplicação dos princípios da justiça comutativa e distributiva, ou de alguma regra, geral ou particular, está sujeita a uma limitação crucial; que a aplicação não esteja seriamente em conflito com, i. e. ponha realmente em perigo, a existência da comunidade como um todo. Todas as regras do direito natural estão sujeitas a uma cláusula: *salus publica suprema lex*. Como regra, os princípios do direito natural devem vigorar; mas, excepcionalmente, são substituídas com justiça por considerações de *salus publica*. Uma vez que tais princípios vigoram como regra, todo o ensinamento deve proclamar estes princípios e nada mais; para serem eficazes, as regras do direito natural devem ser ensinadas sem reservas, sem *ses nem mas* (e. g. não matarás – ponto). Mas a omissão de todas a reservas, que torna os princípios de direito natural rectamente eficazes, faz deles ao mesmo tempo não-verdadeiros. Em relação a quaisquer regras de direito natural sem reserva, Averróis está certo; essas regras sem reserva não são de direito natural, mas de direito convencional. Embora uma convenção necessária a todas as sociedades civis. [34] A diferença em relação a São Tomás parecerá menor se considerarmos que São Tomás

20 [Nota ed.] Nota *ms.* ilegível.

podia permitir excepções às regras de direito natural recorrendo à dispensa Divina. São Tomás podia permitir-se asseverar a imutabilidade dos princípios de direito natural simplesmente porque admite um direito divino além do direito natural. (S. *Th.* II 2, q. 64, a 6 ad 1. Cfr Gierke *Ib* 340, n. 39: “Pelo benefício do Omnipotente Conselho, Randorf ensina que, se o bem estar do Conselho o requer, o Conselho pode dispensar da lei moral”).

Todas as regras de direito natural estão, pois, abertas a excepções. Mas não há regra geral que nos habilite a decidir antecipadamente quais os casos que pedem uma regra e quais os casos que pedem a excepção. Tal apenas pode ser decidido com base no conhecimento das circunstâncias (“que para certas pessoas contam como nada”), e a decisão pode ser tomada rectamente só por homens de sabedoria prática.

Exemplos de excepções ao direito natural: O ostracismo, i. e. a punição do inocente, mesmo do homem virtuoso (cfr. *Esprit des Lois* XXVI 16 f.), o assassinato de potenciais tiranos; a espionagem, impossível sem a mentira, o logro e, por fim!, o incitamento à traição. Podemos também pensar aqui na palavra de Montesquieu de que há casos onde se tem que velar por um momento a liberdade para salvaguardar a liberdade. (XII 19).

A doutrina de direito natural de Aristóteles pode ser formulada como uma resposta à questão se o fim justifica os meios, i. e. quaisquer meios, meios injustos. Como regra, sugere Aristóteles, o fim, i. e. o bem comum, justifica só os meios justos; como regra a *salus publica*, enquanto objectivo remoto do Estado, é completamente engolida pelo seu objectivo próximo, que é a justiça; mas em casos excepcionais, o fim, i. e. o bem comum, justifica, i. e. torna verdadeiramente justa, a própria transgressão da justiça. Mas, tal como não confiamos a dispensa de veneno senão a médicos hábeis e honestos, devemos reservar a dispensa deste veneno político ao mais hábil médico do corpo político, i. e. ao verdadeiro estadista.