

## Do jusracionalismo luso-brasileiro e da unidade essencial do jusnaturalismo - Reflexão problemática filosófico-histórica

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

**Resumo:** Um dos dogmas aparentemente estabelecidos na doutrina do direito natural é a de que (numa tese que entronca em Leo Strauss, e difundida sobretudo em círculos adeptos da tríade aristotélico-romanístico-tomista) haveria um direito natural clássico e um direito natural moderno, muito diversos e incompatíveis. Sempre foi uma dicotomia que nos intrigou, sobretudo quando confrontado com a realidade da argumentação de fundo, sobretudo no séc. XVIII, apresentado como o grande século de consumação da viragem, a qual teria começado, porém, muito antes. Como em muitas questões na ciência e filosofia jurídicas, transcender os vetores mais acanhados de análise (no espaço e no tempo) pode contribuir para aclarar as ideias, vendo-as em perspectiva. É uma das vantagens de uma globalização do saber, ainda que a globalização da investigação, no caso, parta do local para o “vasto Mundo”, mantendo, pois, os pés no chão de um ponto de mira, não importando as modas globalizadas. A análise de textos, autores e polémicas em diferentes e sobre diferentes épocas históricas leva-nos a muito mais cautela a propósito desta dicotomia. De Portugal ao Brasil setecentista, passando pelo constitucionalismo de Cádiz, pelo vintista, pelo suíço, recuando às velhas liberdades ibéricas e voltando ao tempo atual, com os direitos humanos e a sua globalização teórica, talvez haja lugar a uma desconstrução da dicotomia. Julgamos assim poder concluir que é necessário um estudo da diversidade do jusracionalismo, nos vários países, liberto do molde teórico apriorístico da rutura. Pode ter havido alguma rutura (e certamente ideológica e política houve-a), mas no plano estritamente jurídico, filosófico-metodológico e em particular argumentativo, o que realmente mudou no jusracionalismo face ao chamado “realismo clássico”? E a ter havido mudança, foi ela qualitativa ou de cor local?

**Palavras Chave:** Direito Natural, História do Direito Natural, Direito Natural clássico, Direito Natural Moderno, Continuidade ou Rutura.

### *Luso-Brazilian Rational Natural Law and the Hypothesis of the Essential Unity of Jusnaturalism*

**Abstract:** One of the natural law theory apparently established dogmas is that (a thesis that goes back to Leo Strauss, and was widespread particularly in circles of supporters of the triad Roman Law-Aristotelian philosophy-Thomist philosophy) natural law would be divided historically: a classic and a modern natural law. Very different and incompatible. It has always been a dichotomy that intrigued us, especially when confronted with the reality of the argument of substance of this theory, especially presenting the Eighteenth century as the great turning point of consummation of the rupture, which would have begun but much earlier. As with many issues in science and philosophy of law, to transcend the more shy vectors of analysis (in space and time) can contribute to clarify the ideas, seeing them in perspective. It is one of the advantages of globalization of knowledge, although the globalization of research, in the case, leave the site for the "wide world" and thus retains the feet on the floor of an Archimedean point, no matter the globalized fashions. The analysis of texts, and controversial authors in different historical eras and on different spaces makes us much more cautious facing this dichotomy. Eighteenth century from Portugal to Brazil, through the constitutionalism of Cadis and the Swiss constitutionalism, going back to the old Iberian liberties to the present time, with their human rights and globalization theory, there may be room for a deconstruction of the dichotomy. We thus judge to conclude that it is necessary to study the diversity of jusrationalism in several countries, freed from the prejudice of the theory of rupture. There may have been some break (and certainly there were ideological and political ones), but in a strictly juridical, philosophical, methodological and argumentative questions, in particular, what really changed? What makes jusrationalism really different from "classical realism"? If there has been change, was it qualitatively or just of local color?

**Keywords:** Natural Law, History of Natural Law, Natural Law Classic, Modern Natural Law, Continuity or Break.

*Ao Senhor Prof. Doutor João Marques,  
Meu Professor e Mestre de Teoria da História,  
na Faculdade de Letras da Universidade do Porto*

---

<sup>1</sup> Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar. lusofilias@gmail.com

“(…) o direito natural foi a fortaleza de ideias onde procuraram asilo tanto os doutrinários da liberdade como os do absolutismo. Seria, pois, erróneo reconhecer na teoria jusnaturalista, da Idade Média à Revolução Francesa, ordem de ideias votada exclusivamente à postulação dos direitos do Homem.”

Paulo Bonavides (2011: 41)

## 1. Introdução

A questão essencial que este estudo levantará no nosso contexto de hoje<sup>2</sup> será a de saber se pode haver uma teoria sobre história da filosofia jurídica que considere apenas um núcleo de países, mais centrais ou mais importantes, descurando o que, na mesma época, se passava noutros. No caso: o Iluminismo jurídico centro e norte-europeu pode esquecer o fenómeno seu contemporâneo no Sul católico e na América Latina? E não poderá luz sobre este tipo de Luzes lançar mais esclarecimento sobre o que realmente também sucedeu no *Aufklaerung* jurídico classicamente centrado na rutura com o passado?

Mas não é só um problema de cosmopolitismo geográfico. Também ideológico. Pode haver uniformizações teóricas ditadas por razões de cronocentrismo ou etnocentrismo. E haverá teorias mais permeáveis que outras à “carga subliminar” ideológica...

## 2. O Problema da Dualidade Histórico-Filosófica do Jusnaturalismo

Graças ao conhecido livro de Leo Strauss, *Natural Right and History* (1953), difundido por muitos jusnaturalistas de formação mais clássica, impera na teoria a ideia de que há dois jusnaturalismos muito diferentes entre si: o realista clássico, da tradição aristotélico-romanista-tomista, considerado dialético, prático, criativo (como o pretor romano), e o moderno, depois racionalista e iluminista (e apresentado como traidor ao puro jusnaturalismo), feito de princípios e abstrações, que desembocaria nos Direitos Humanos e em outras “heresias” (na perspectiva mais tradicionalista), que só com o tempo viriam a ser aceites por muitos jusnaturalistas. Por vezes se acusa mesmo o jusracionalismo de ser meio caminho andado para o positivismo legalista... Ou de já conter em si uma alta percentagem de positivismo (como afirmará Michel Villey).

Contudo, o próprio Leo Strauss, cujo propósito declarado na sua obra pareceria ser essencialmente um resgate do jusnaturalismo contra o historicismo (questão que hoje talvez não faça grande sentido), detendo-se em aspetos históricos e até eruditos, não deixará de ter de confessar que os factos atrapalham a sua teoria. Assim, não deixa de ser significativo que afirme, por um lado a preeminência de Locke entre os pretensos “teóricos modernos do direito natural”, e depois reconheça:

“Mas Locke dificulta bastante a nossa tarefa de reconhecer quão moderno ele é, ou até que ponto se afasta da tradição do direito natural.” (Strauss, 2009: 143).

---

<sup>2</sup> Este estudo foi elaborado com vista à nossa intervenção nas IV Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, em 10 e 11 de fevereiro de 2011, que tiveram lugar na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a que por motivos de força maior acabámos por não poder comparecer. O título foi agora simplificado e mais centrado na temática independentemente do contexto desse evento científico, e foram introduzidos alguns desenvolvimentos na argumentação e nas fontes citadas, correspondendo, assim, o todo a um *relectio*.

Os factos atrapalham bastante as teorias... Mas, dirão alguns: tanto pior para os factos!

Há contudo teorizações precisamente navegando no sentido da aproximação entre Antigos e Modernos.

Francisco Puy, sem abordar a questão da dicotomia, já pusera, é certo, em relevo o absurdo de proscrever os Direitos Humanos defendendo o Direito Natural (e vice-versa), como estas saborosas imagens:

Cuando digo que los derechos humanos son el derecho natural de nuestro tiempo, lo que digo es que son una y misma cosa — como el fútbol e el balompié —. Y nada más. Los antropodikeos son el derecho natural de rostro actual que puede entender nuestro mundo. Y la teoría de los derechos humanos es así la ciencia del derecho natural más comprensible para el público actual. [...] La experiencia me avisa de que, o utilizamos ese canal, o cortamos la comunicación con el derecho natural. (Puy, 1985, III: 359).

Anos mais tarde, e numa clave quiçá mais plácida (pois a perspetiva identificadora de Puy é ainda uma certa inovação, que ele precisa de afirmar até com *vis* polémica), afirma, no mesmo sentido, Brian Tierney:

(...) I use the terms natural law and human rights interchangeably. The term ‘human rights’ is often used nowadays to indicate a lack of any necessary commitment to the philosophical and theological systems formerly associated with the older term, ‘natural rights’. But the two concepts are essentially the same. Human rights or natural rights are the rights that people have, not by virtue of any particular role or status in society, but by virtue of their very humanity (Tierney, 1997: 2, n 4).

Mas será que, para além disso, a teoria, placidamente aceita, da dualidade jusnaturalista realmente procede?

Algo sempre nos disse que talvez não fosse uma teorização perfeita nem absolutamente inocente. E o concreto dos *exempla* talvez nos elucide a esse respeito.

Passar do concreto para a teorização não é tranquilizador para esta... A realidade muitas vezes perturba a perfeição das estruturas teóricas. Foi o que ocorreu connosco. Como afirma Durkheim,

“Só existe uma forma de chegar ao conhecimento geral, é observar o particular não superficialmente e em conjunto, mas minuciosa e detalhadamente” (Durkheim, 2006: 109-110).

Se quisermos reiterar as observações do reputado sociólogo francês com bibliografia menos positivista e menos cientificamente recomendável, encontraremos na prodigiosa e fantástica “Biblioteca Personal” de Jorge Luis Borges um estranho mas belo livro que no-lo corroborará. São as *Vidas Imaginárias*, de Marcel Schwob. Nessa obra, logo o Prólogo nos dá instrução sobre esta difícil ligação entre o geral e historicamente assimilado, e o particular, que parece ser a verdade mais profunda, dos factos, das coisas e das pessoas:

La ciencia de la historia nos sume en la incertidumbre acerca de los individuos. Nos los muestra sólo en los momentos que empalmaron con las acciones generales. (...) En tanto que a nosotros atañe, nuestras ideas generales pueden ser similares a las que rigen en el planeta Marte y tres líneas que se cortan forman un triángulo en todos los puntos del universo. Pero mírese una hoja de árbol, sus nervaduras caprichosas, sus matices que varían con la sombra y el sol, la protuberancia que ha levantado en ella la caída de una gota de lluvia, la picadura que le dejó un insecto, el rastro plateado del pequeño caracol, el primer dorado mortal que le imprimió el otoño; búsqese una hoja exactamente igual en todos los grandes bosques de la tierra; lanzo el desafío. No hay ciencia del tegumento de un folíolo, de los filamentos de una célula, de la curvatura de una vena, de la manía de una costumbre, de los arranques de un carácter. (Schwob, 1986: 11-12).

E depois desta elogia do detalhe, do particular, deplora a falta de dados concretos, mesmo nas biografias dos grandes homens:

Las historias callan estas cosas. En la árida colección de materiales que suministran los testimonios no hay muchos resquicios singulares e inimitables. Los biógrafos, los antiguos sobre todo, son avaros. Como quasi todo lo que estimaban era la vida pública o la gramática, lo que nos transmitieron de los grandes hombres fueron sus discursos y los títulos de sus libros. (Schwob, 1986: 12).

E continua com saborosos exemplos, de Aristóteles, até de Sócrates, e comentários sobre historiadores clássicos, que seria delicioso ou fastidioso respirar.

O certo é que a nossa questão é esta e é outra: queremos ver o que, na própria obra dos protagonistas concretos de um tempo e de um timbre teórico, realmente poderia corroborar a fama “de toda a escola” (do mesmo modo que Paulo Merêa não deixará de citar em exergo de um dos seus trabalhos aquele autor francês que acha que em Suárez se vê *toda a sua escola*). Ou se, afinal, uma escola poderia, no limite, existir sem os que presumivelmente nela se devessem enquadrar.

É certo que neste caso, e em especial para o mundo luso-brasileiro, não nos dizem os livros jusfilosóficos mais teóricos correntes (até porque não são luso-brasileiros) quem são os membros de uma escola jurídica racionalista ou juraracionalista. Mas presume-se que grandes juristas de um tempo e lugar demarcados pelo rótulo, a menos que hajam sido explicitamente excluídos pelos teóricos, ou a si mesmos se hajam demarcado (se no seu tempo o puderam fazer, já que os catálogos são normalmente pósteros e póstumos), se devem considerar ao menos partícipes numa amostra. E se são importantes no seu tempo, e reconhecidos pela posteridade, então, *a fortiori*, se deve considerar que a sua palavra contará como testemunho privilegiado para a caracterização do seu tempo e da eventual corrente ou movimentos, estilo ou escola que, afinal, representariam...

É certo que não queremos aqui saber sobre os indivíduos, mas sobre correntes ou movimentos da História. Mas como fazê-la ignorando a verdade mais intrínseca destes? Há não poucos problemas nestes exercícios de História da Filosofia, e de Teoria (e quiçá filosofia mesmo) sobre História das ideias filosóficas, para mais filosófico-político jurídicas. A este propósito, sempre nos lateja a advertência bem humorada, mas séria, de Gilles Deleuze (2000, 39):

A este propósito, podemos, desde já, levantar a questão da utilidade da história da filosofia. Parece-nos que a história da filosofia deve desempenhar um papel bastante análogo ao da *colagem* numa pintura. A história da filosofia é uma reprodução da própria filosofia. Seria preciso que o relato em história da filosofia actuasse como um verdadeiro duplo e que comportasse a modificação máxima própria do duplo. (Imagina-se um Hegel filosoficamente barbudo, um Marx filosoficamente glabro, do mesmo modo que uma Gioconda com bigode). Seria preciso expor um livro real da filosofia passada como se tratasse de um livro imaginário e fingido.

### 3. Problemas do Jusracionalismo Luso-Brasileiro

Se o privilegiado momento da alegada viragem jurídica foi o séc. XVIII, expoente do Iluminismo, porque não, em vez de tentar trilhar as pegadas de outros, noutras culturas jurídicas, começar precisamente por Portugal do séc. XVIII, espaço pluricontinental em que ainda avultava o *alter ego* Brasil? É um tempo e um período (o Iluminismo Luso-Brasileiro) ainda com bastantes lacunas (e incompreensões), apesar de excelentes trabalhos já existentes (Braz Teixeira, 2009:43).

Desde logo, porém, haveria que questionar se no nosso espaço cultural (e não apenas luso-brasileiro, mas hispano-americano também) ao menos, se terá tratado de um verdadeiro e próprio Iluminismo, ou antes de um ecletismo (Carvalho, 1950; Silva Dias, 1972; Gaos, 1980; Rovira, 1958; e como discute, mencionando-os, Braz Teixeira, *op. loc. cit.*).

Estamos ciente de que nossa indagação só poderá ter consequências gerais se completada, em tempo oportuno, com um estudo noutras latitudes, especificamente de não latinas e de cultura de base não católica. Porquanto se pensamos salutar começar a pensar pelo que se encontra mais acessível, a verdade é que, no caso concreto, já foi advertida a particularidade do “Iluminismo” *sui generis* luso-brasileiro, como aliás do dos países latinos e católicos, de um e do outro lado do Atlântico.

Com efeito, assim como nos países de língua castelhana se fala de uma “Ilustración católica nacional”, que é conciliadora de muitas coisas noutras paragens aparentemente antagónicas, também no nosso quadrante de Língua Portuguesa alguns traços nos individualizaram numa particular ligação com o passado aristotélico e católico, ainda que renovados. Nem os direitos naturais originários aqui colocariam em causa a origem divina do poder dos monarcas, em significativos casos (Braz Teixeira, 2009: 49).

### 4. Alguns Protagonistas do Jusracionalismo Luso-Brasileiro

Estudámos, assim, e em várias oportunidades, quatro juracionistas de língua portuguesa: António Diniz da Cruz e Silva, Tomás António Gonzaga, Paschoal José de Melo Freire dos Reis, e António Ribeiro dos Santos. Todos eles, salvo quiçá Melo Freire, com ligações ao Brasil. E algumas muito relevantes.

Os destinos destes quatro juristas de Setecentos se cruzariam aos pares, em tese e antítese.

Cruz e Silva, que tivera as suas querelas com a Igreja por causa de uma questão de etiqueta que satirizara em verso (é o tema do poema *O Hissope*), por mandato real (e pombalino) seria mandado mudar de ares: julgará no Brasil a conjurada da “Inconfidência Mineira”, em que o também juiz e também poeta Tomás António Gonzaga participaria, vindo a ser preso e depois deportado para Moçambique,

e perdendo o amor da sua ingrata Marília, que cantara com o nome pastoril de Dirceu em versos que até há não muitos anos se aprendiam nos colégios de ambas as margens do Atlântico.

Já Ribeiro dos Santos, canonista e polígrafo, cujo espírito livre lhe causara já problemas com as autoridades académicas na Universidade, vindo a ser incumbido da censura do projeto de Novo Código de Direito Público (uma revisão do Livro II das Ordenações – que tinha conteúdo proto-constitucional), criticará o autor da proposta em apreço, Melo Freire, seu colega, mas da Faculdade de Leis, indispondo-o muito. Em Portugal, criticar obra de colegas é fatal. Pior: não os incensar basta para a excomunhão. E tanto se enfureceu Melo Freire com o confrade que, depois da primeira reunião, passaria a responder, por escrito, de sua casa, às objeções do seu colega. E depois viria a denunciá-lo como republicano e monarcómaco... Do que Ribeiro dos Santos, contudo, viria a salvar-se...e até a obter posto mais elevado na magistratura.

## 5. A Roda das Fortunas

Vendo de longe e em perspectiva estes quatro vultos do jusracionalismo luso-brasileiro, ressaltam algumas conclusões, que, por poderem ser relativamente frequentes em casos análogos, não parece possível ignorar nem desprezar.

Todos, menos o mais indefetível defensor do poder, Melo Freire, foram árcades e lograram alguma (maior ou menor) fama poética. Tempos fastos esses em que três quartos da nossa amostra entre os juristas se davam às Letras!...

São, evidentemente, todos homens do seu tempo. Nenhum foge aos autores do momento, às ideias da hora. Por exemplo, é notória a presença quer de Montesquieu quer de Rousseau, tanto em Melo Freire como em Ribeiro dos Santos (para afirmar, para dialogar, para negar...). Mas, curiosamente, como já nessa altura se estava em tempo de aceleração histórica, a todos foi dado viver mutações, e metamorfoses se operaram em cada um deles, ainda que, em alguns casos, à custa da coerência ou valendo-lhes incomodidades pessoais.

Cruz e Silva é vítima das andanças dos tempos e da roda da fortuna. Acabará por viver, no Brasil, quase as mesmas questões protocolares que o levaram a esse quase exílio. *O Hissope* é a sua própria condenação. Não resistirá em insurgir-se contra uma falha protocolar do Vice-rei, que colocou os militares à frente dos juízes. Ele, que ridicularizara as questões entre prelados por motivos de fúteis precedências...

Melo Freire continua pombalista sem Pombal, o que é uma coerência incómoda. Pombal fizera a economia dos códigos com as remissões da Lei da Boa Razão. Agora o período marino quer rever as Ordenações... Mas aí é que Melo Freire aproveita para propor um Novo Código... Que não irá avante, porque Ribeiro dos Santos lhe sai a caminho, invocando as velhas leis do Reino... Não se sabe até que ponto só velhas leis... E alguns acabam por considerá-lo já um proto-liberal. É uma encruzilhada histórico-ideológica: até que ponto o tradicionalismo e o velho liberalismo (não, obviamente, o neoliberalismo neoconservador de hoje) têm pontos de contacto?

Tomás Gonzaga vive tempo suficiente para passar da defesa (talvez algo postiça) do absolutismo puro e duro no primeiro *Tratado de Direito Natural* editado em língua portuguesa, para, talvez recordando em si o legado dos seus maiores, todos juristas, se tornar no paladino da legalidade e dos direitos contra a bota opressiva do general governador, nas suas *Cartas Chilenas*. E finalmente, de juiz a preso e degredado, decerto com (prudentes) ideais independentistas, acabará adepto do credo revolucionário, enquanto certamente usufrui dos réditos da escravatura, pois se casa com uma viúva que disso vivia, já nas costas do Índico, em Moçambique. As duas

sucessivas partes dos seus poemas a Marília espelham o trânsito da ilusão à desilusão: e não apenas em matéria amorosa.

Finalmente, voltemos a Ribeiro dos Santos. Não escondemos ser aquele que nos suscita maior simpatia. Além do mais, esteve no seu tempo sem verdadeiramente ser apenas do seu tempo. Sem perder de vista as fontes e as questões do momento, sempre teve a sua pátria na República das Letras, e, como tal, não só pela desilusão e amargura das perseguições que lhe moveram, mas também por real inclinação, prefere afinal Camões às Pandectas. Perante a ameaça de um Código confiscador das liberdades e ao arrepio da tradição nacional, procura suster o perigo, não poupando o redator do projeto, Melo Freire. Mas depois, passada a tempestade, mais que tudo almeja por remeter-se à vida privada, na companhia de poucos amigos e dos sempre fiéis livros. O Arcade Elpino Duriense é um sábio de grande comedimento e aticismo.

Nestes tempos de tentativa de refundação da Pólis em bases sólidas, novas e racionais, estes quatro atores quiseram para si certos papéis, mas a História conceder-lhes-ia outros.

Num tempo ainda de consolidação do poder, Cruz e Silva desejou talvez o papel de vate crítico da velha ordem e auxiliar jurídico da nova ordem, para se transformar, mais tarde, em defensor do *statu quo* contra eventuais sediciosos: até simples poetas. Vestindo a pele suscetível dos que criticara, e apenas por sinuosidades e especiosismos conseguindo o mal menor para os inocentes.

Num tempo já fora de tempo, depois do tempo, Melo Freire quis ser o legislador mítico, e acabou por ser o professor e doutrinador venerado, com fama de humanitarista penal. Ainda hoje será, para o jurista comum, decerto o mais conhecido dos quatro.

Tomás Gonzaga sonhou, ao invés, com a cátedra de Coimbra, elaborou doutrina com vista a obtê-la, mas coube-lhe em sorte a fama política de estar no grupo dos primeiros independentistas brasileiros, e um prestígio literário considerável.

Ribeiro dos Santos a si mesmo se retrata num poema como tendo desejado as honras doutorais como se fossem insígnias de realeza, mas a tempo compreenderia que o que importa é a paz de espírito e o convívio com os grandes espíritos, de hoje ou de ontem. A sua fama encontra-se na penumbra que deixa entrever um grande Homem, mas o resguarda da avidez dos epígonos. Talvez, afinal, a melhor sorte de todas seja essa.

## **6. Unidade do Jusnaturalismo na Pluralidade de Tempos e Estilos?**

Não podemos deixar de sublinhar ainda como todos estes destinos em si transportam ecos do relativo fracasso do nosso despotismo esclarecido e do nosso Iluminismo.

As pressões do poder castrense podem ver-se quer nas prepotências denunciadas por Tomás Gonzaga, quer nas desconsiderações de que se sentiu (e de que forma ressentida!) Cruz e Silva. Nas peripécias do percurso deste está também o poder do clero, quer em Elvas, quer no Brasil. Poder religioso e poder castrense constituiriam, como se sabe, importantes contrapoderes ao projeto iluminista (salvo, no caso do primeiro, na sua versão de “ilustração católica nacional”).

E também uma resistência mais ou menos passiva de alguns setores da Magistratura e da Universidade: essa resistência poderá talvez ser simbolizada (ou mais que isso) pela ação de Ribeiro dos Santos, num período em que, já sem marquês de Pombal, se poderia manifestar mais livremente.

Mas também Cruz e Silva resiste, com os seus pares, em prol da dignidade e da preeminência do poder judicial.

Se bem virmos, todos os quatro acabam por de algum modo «fracassar» no plano público (embora pelo menos Ribeiro dos Santos tenha acabado por desejar coisa diferente da glória: e nesse sentido se redimiou e triunfou, mas num triunfo provado, quando já desiludido dos ouropéis da fama). Cruz e Silva e Melo Freire morrem amargos; e se não é amargura é acidez, grau supremo da mesma, o que deve experimentar o último Tomás Gonzaga.

No final, Melo Freire deverá considerar assistir a uma sociedade em “desorganização”, desmoronado o sonho pombalino, Cruz e Silva ver-se-á ao espelho como um funcionário da *dura lex*, Tomás Gonzaga goza rendimentos e prestígio colonial, como que vingando-se das afrontas e traições, e Ribeiro dos Santos, cego, ouve livros da voz de uma sua pupila, esquecido dos seus sonhos juvenis de glória académica. Será significativo que tenha morrido precisamente dois anos antes da revolução liberal, que de alguma forma, de uma nova forma, viria a resgatar o seu legado?

Ao analisar a peça de advogado de Melo Freire a favor do último dos Távoras, tentando recuperar honra, títulos e bens, ao analisar os tratados jurídico-políticos de Ribeiro dos Santos, alguns inéditos na Biblioteca Nacional de Lisboa, ao ver a argumentação de Cruz e Silva quando o procuram inquirir pela sua reação de classe contra o poder, ou quando se analisa o que nos chegou da obra de Tomás Gonzaga, vemos um tempo novo, sem dúvida, de mais razão, mais progresso (e fé numa e noutra) e até, aqui e ali, de promessa de alguma liberdade. Mas o jusnaturalismo que todos professam não se nos afigura ter sofrido uma mutação essencial. Há aqui e ali um fraseado de cor local, mas a essência parece permanecer.

## 7. Desfazendo Mitos e Generalizações

Numa síntese muito interessante e sustentada por muita investigação, Christian Lazzeri (Caillé / Lazzeri / Senellart, 2007: 465 ss.) aponta alguns erros comuns na interpretação da teorização do Direito Natural moderno. Recordá-los-emos de seguida, comentando as aportações de tais conclusões para o nosso presente intento teórico.

Em primeiro lugar, nem todos os jusnaturalistas modernos são contratualistas, partidários de teorias do contrato social. Este o primeiro mito a desfazer. Ora, mesmo neste aspeto sobretudo filosófico-político, não se pode afirmar uma rutura completa com o passado, sobretudo o legado aristotélico-tomista, o qual, como se sabe, é exemplo de escola do naturalismo político, não-contratualista. Tal significa que a rutura não foi aqui completa.

Depois, ao contrário do que se pensa, os autores do Direito Natural Moderno não inventaram muitos dos conceitos que utilizam, aparentemente inovando apenas. Não é novo a posse dos direitos naturais, a sua transferência pelo contrato social, a constituição da soberania, a eventual resistência ao poder assim constituído, etc.

Acresce ainda que o esforço que muitos autores fazem para dar das ideais de contrato social uma versão totalmente laicizada e com implicações de laicidade em consonância com alguns ares dos tempos não reflete com exatidão o que terá ocorrido. Um poder de origem contratual, entre Homens, não implica a sua total independência, mesmo em aspetos jurídico-políticos, de uma jurisdição divina.

Finalmente, a teorização de que a constituição do poder político (e da sociedade política, por contraposição ao estado de natureza) é uma vantagem para os que virão a ser governados e que assim a razão de ser do contrato social é a utilidade



corresponde também a uma simplificação e uma generalização em que não podem caber todos os jusnaturalistas.

Negando, assim, a originalidade do Iluminismo juspolítico quanto ao direito natural (*ibid.*: 466), mesmo quando à noção de direitos individuais, que seriam já existentes nas corporações medievais (o que é controvertido, é certo – *ibid.*, 466-467), obviamente não residindo ela também no conceito de soberania, perfeito já em Bodin (*ibid.*: 467), e não sendo ainda original que o poder político emane de um consentimento – o que recua a múltiplas fontes, mesmo romanísticas, o que fica de próprio a esse Jusracionalismo cujos adversários retratam precisamente como abstrato em direito natural, individualista em direitos, contratualista, etc.? (sobre a soberania não é costume atacarem-no muito).

Tratar-se ia de uma originalidade de modulação, ou seja, poderíamos dizer, de adaptação a uma “cor local”, que contudo já se começaria a verificar no séc. XVII.

Os direitos individuais sofrem realmente uma mutação – tornando-se, no direito moderno, direitos subjetivos, com tudo o que isso implica, filosófica e metodologicamente. Mas não olvidemos que os direitos subjetivos não são do séc. XVIII. Já Suarez e Grotius são a considerar, e mesmo o nominalismo do séc. XIV. Nesse sentido, trata-se apenas de uma consolidação de uma tendência que já vinha a acompanhar a evolução do direito.

Dos velhos pactos se passa à ideia, mais explícita, de um contrato. Um contrato social. Também aqui, como vemos, é uma continuidade.

Havendo um contrato social, as leis naturais não cedem totalmente perante a soberania, mas subsistem como instâncias de avaliação do exercício do poder soberano. O povo, no seu conjunto, é, porém, o único juiz nesta matéria, não um corpo de magistrados, por exemplo. Por outro lado, esta soberania é de origem popular e parece assim prejudicar seriamente o “direito divino dos reis”. A ser assim, há aqui, nesse preciso ponto, um salto qualitativo, mas sobretudo de índole político-constitucional, mas mais política que outra coisa.

Todas estas observações parecem levar água ao moinho de ruturas essencialmente políticas e não tanto jurídicas. Salvo a questão do direito subjetivo, a qual, contudo, é uma mudança de período muito mais longo, e vem, como vimos de antes.

## 8. Perspetivando Historicamente

A teoria da dicotomia entre Direito Natural clássico e Direito Natural moderno afigura-se-nos uma teoria não completamente inócua, muito pelo contrário. Ela é uma teoria sobre a qualidade ou a essência de entidades filosóficas, mas procurando basear-se em dados históricos. Ora, no caso, apetece citar Paul Valéry:

L’histoire est le produit le plus dangereux que la chimie de l’intellect ait élaboré. Ses propriétés sont bien connues. Il fait rêver, il enivre les peuples, leur engendre de faux souvenirs, exagère leurs réflexes, entretient leurs vieilles plaies, les tourmente dans leur repos, les conduit au délire des grandeurs ou à celui de la persécution et rend les nations amères, insupportables et vaines (*apud* Maurois, 1935: 226).

Evidentemente que no nosso caso não se trata tanto de criar falsas autoimagens de nações, mas de grupos teóricos, de “tribos” doutrinárias.

Invocando e comentando esta passagem, a propósito do historiador britânico Lytton Strachey, André Maurois acrescentaria sentenças que chocarão alguns historiadores, certamente: “Pour dicter leur conduite aux peuples, l’histoire a-t-elle au moins quelque certitude? Aucune. Elle est impossible à connaître.” (Maurois, 1935: 226).

E não deixa de ser significativo que o exemplo dado seja o de um sucesso realmente divisor de águas, não só historicamente (até na periodologia clássica: começa da chamada “Idade Contemporânea”) como ideologicamente: a Revolução Francesa. Afirma o autor:

Les historiens de la Révolution Française s’accordent entre eux précisément comme Danton s’accordait avec Robespierre, quoique avec des conséquences moins rigoureuses car la guillotine, heureusement, n’est pas à la disposition des historiens (*ibidem*).

Contudo, as “damas” que Gregos e Troianos defendem levam frequentemente a ódios de morte entre estas e aquelas visões do passado, e mesmo estas e aquelas visões da própria História (em geral, v. Ferrater Mora, 1955, e a nossa Introdução à ed. port.). E se o veredicto de Maurois é levado ao extremo, mais moderado e otimista se mostra Brian Tierney:

The diversity of these opinions suggests that a historical account of the evolution of natural rights theories might contribute something to modern debates. Historical inquiry cannot solve all the problems of modern philosophers and political theorists, but it might help us to address them in a more informed and sophisticated fashion (Tierney, 2001: 2).

Pode bem ocorrer que estejamos perante uma perspectiva da História do Pensamento Jurídico que confunda realmente este com as mutações da História do Pensamento Político, e especificamente assimile os novos tempos apenas às novas ideias (quando as ideias podem atravessar os vários tempos, ainda que como resíduos – Pareto, 1968).

Aliás, a questão que colocámos na clave historiográfica poderia ser apresentada com outros matizes. Por exemplo, numa perspectiva mais sincrónica (ou ucrónica) diz Paul Watzlawicz (1991: 7):

(...) as nossas ideias quotidianas e tradicionais acerca da realidade são ilusões que procuramos fundamentar durante grande parte das nossas vidas, mesmo correndo o considerável risco de tentar encaixar os factos na nossa definição de realidade em vez de fazermos o contrário. E a ilusão mais perigosa de todas é de que existe apenas uma realidade. Aquilo que de facto existe são várias perspectivas diferentes da realidade, algumas das quais contraditórias, mas todas resultantes da comunicação e não reflexos de verdades eternas e objetivas.

Depois de termos visto o que ocorreu realmente com as alegadas influências de que é tributária a Constituição portuguesa de 1822 (Ferreira da Cunha, 2006 a: 178 ss.) ou do constitucionalismo suíço (que sofismaram um pela via espanhola e outro pela germânica o comum legado francês, da Constituição de 1791 – Aubert, 1993 –,

então politicamente incorreto e incómodo, e essa imagem conseguiram transmitir às gerações futuras), quando vemos a falsa e deformada querela entre direitos antigos e direitos modernos, entre constitucionalismo histórico e constitucionalismo liberal, toda fundada, afinal, na animosidade política, sem prejuízo, como é óbvio, de diferenças contextuais, cremos ser legítimo suspeitar que o jusracionalismo, para mais com estes quatro exemplos, pelo menos o jusracionalismo luso-brasileiro (mas haveria que indagar mais longe...), não terá sido um corte radical com o jusnaturalismo clássico. Senão, evidentemente, na medida em que foi solidário de evoluções e depois de ruturas políticas que são tão fundas que ainda hoje nos dividem.

Do mesmo modo que os liberais e seus sucessores, socialistas e afins, proclamam direitos humanos, esquecendo por vezes as velhas liberdades, e tradicionalistas monárquicos defendem a constituição material das leis fundamentais dos reinos contra “o diabo à solta” das Constituições codificadas liberais, também no que respeita ao jusnaturalismo, os jusnaturalistas mais conservadores e os jusnaturalistas mais revolucionários teriam tido interesse nesta divisão. Porém, num tempo, como este nosso, em que quase já não há representantes dos últimos, será o momento de a serenidade da História e da Teoria substituir doutrina que talvez se encontre demasiado prisioneira da paixão e até do preconceito. É essa, ao menos, a hipótese que gostaríamos de ver pesquisada e testada. A qual, salvo melhor opinião, e até comprovação, é a nossa presente suspeita heurística...

Aliás, voltemos a Leo Strauss. Segundo Claude Lefort (1999: 259), o livro que maior fama lhe granjeou terá sido *A Perseguição e a Arte de escrever* (Strauss, 1989). Ora precisamente este livro parece fornecer-nos a chave para o nosso problema. A primeira das chaves, pelo menos.

É o próprio Leo Strauss quem, no primeiro ensaio desta obra, afirma que o seu artigo é feito sob o signo do “escrever entre linhas”. Claude Lefort dissecou esta *démarche* exotérico / esotérico entre os filósofos, algo teorizada (e de certa forma louvada) por Leo Strauss. Há muitas passagens de Lefort que teríamos a tentação de citar, na abordagem aos meandros do pensamento de Strauss. Aquele vai procedendo por sucessivas aproximações, desvelando como que camadas da construção sobre a construção do discurso filosófico-político em Strauss. Mas este passo, não muito longo, talvez seja suficientemente eloquente:

A filosofia está sempre em perigo (...) O filósofo é pois conduzido a escrever para seus amigos reais ou potenciais, ao mesmo tempo que se dedica ao uso de astúcias para com seus inimigos reais ou potenciais. Tarefa em que se sai bem, formulando aqui e ali opiniões comumente partilhadas que desarmam seus adversários, ou então comentando erros grosseiros, apontando enunciados contraditórios, passando em silêncio por alguns nomes ou algumas referências, de maneira que desperte a atenção de quem está disponível a entendê-lo e deixar estupefacta a maior parte de seus leitores (...) Cabe portanto ao intérprete ler entre as linhas (Lefort, 1999: 260).

Pois podemos ler bem ou mal entre as linhas do discurso de Leo Strauss de dicotomia entre o direito natural clássico e o direito natural jusracionalista. Mas o que lemos – e que pode ir além do pretendido pelo próprio Leo Strauss: quando se escreve exotericamente com um fundo esotérico podem induzir-se confusões – é um propósito sobretudo filosófico-político por detrás de uma catalogação jurisfilosófica. Prejudicando, na verdade, o rigor da análise da questão jurídica e jurídico-filosófica *tout court*.

Uma intuição dessa ligação poderá colher-se da meditação de dois autores contemporâneos, que por vias diferentes sublinham a relação político-ideológica de jusnaturalismo e constitucionalismo.

Assim, afirma Paulo Grossi (2011: 48-49): “Il giusnaturalismo, infatti, ha lo scopo prevalente di offrire al costituzionalismo una fondazione forte sul piano filosofico-politico. Lo stato di natura è lì (...) a *constituire* la barriera che il potere, ogni potere diverso da quello che il singolo ha su se stesso, non può varcare.”

E já Paulo Bonavides (2011: 29-30) enfaticamente expressava essa interessante rede de conexões:

Tiveram grande parte em tais mudanças – o autor refere-se às revoluções constitucionais, da liberal à social – as ideologias. Aliás, enquanto não positivam seus valores, as ideologias guardam na essência uma dimensão encoberta de jusnaturalismo. Em verdade, o direito natural atuou sempre como poderosa energia revolucionária e máquina de transformações sociais. Graça à força messiânica de seus princípios, tem ele invariavelmente ocupado a consciência do Homem em todas as épocas de crise, para condenar ou sancionar a queda dos valores e a substituição dos próprios fundamentos da Sociedade.

## Bibliografia

AUBERT, Jean-François, *La Constitution de 1791 et la Suisse, in 1791. La Première Constitution française*, Colloque “La Première Constitution Française“, Dijon, Université de Bourgogne, 1991, Paris, Economica, 1993.

BONAVIDES, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 10.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

BRAZ TEIXEIRA, António, “Iluminismo Luso-Brasileiro?”, in *A Experiência Reflexiva. Estudos sobre o Pensamento Luso-Brasileiro*, coordenação de Maria Celeste Natário, Sintra, Zéfiro, 2009.

CARVALHO, Joaquim de, *Introdução ao resumo dos Livros I e II do Ensaio Filosófico sobre o Entendimento Humano*, de John Locke, Coimbra, 1950.

DELEUZE, Gilles, *Différence et répétition*, 1968, ed. Port., Prefácio de José Gil, *Diferença e Repetição*, Lisboa, Relógio D'Água, 2000.

DURKHEIM, Emile, *La Science positive de la morale en Allemagne*, trad. port. de Paulo Castanheira, *Ética e Sociologia da Moral*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Landy, 2006.

FERRATER MORA, José, *Cuatro visiones de la Historia Universal. San Agustín, Vico, Voltaire, Hegel*, 1955, trad. port. de Fernando Couto, introdução de Paulo Ferreira da Cunha, *Visões da História*, Porto, Rés, s.d.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “As Contradições do Jusracionalismo (Cruz e Silva: um jurista literato do Século das Luzes)”, in *Pensar o Direito I. Do Realismo Clássico à Análise Mítica*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 53 ss.

\_\_\_\_\_, “Iluminismo, Constituição e Utopia”, in *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996, p. 251 ss. (tese de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

\_\_\_\_\_, *Droit naturel et méthodologie juridique*, Paris, Buenos Books International, 2012.

\_\_\_\_\_, *La Polémique du premier Manuel d'Histoire du Droit Civil Portugais, de Mello Freire. Suivant le Manuscrit de son critique, António Pereira de Figueiredo*, in "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", 23 (1994), p. 487 ss.. (trad. port. in "Revista da Ordem dos Advogados").

\_\_\_\_\_, *Mello Freire Advogado. Notícia de um Manuscrito*, "Revista de Estudios Historico-Juridicos", Valparaiso, 1992-1993

\_\_\_\_\_, *Mello Freire, Advogado. Notícia de um (?) Manuscrito*, "Revista da Ordem dos Advogados", Ano 52, II, Lisboa, julho de 1992 [aprofundamento e atualização do anterior].

\_\_\_\_\_, *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1777-1826). Originalité ou influence française ?*, Paris, 1992 (tese de doutoramento na Univ. Paris II, policóp., em curso de publicação na revista "Cultura" do Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa).

\_\_\_\_\_, *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006 (2006 a).

\_\_\_\_\_, *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000.

\_\_\_\_\_, *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006 (2006 b).

GAOS, José, *En torno a la Filosofía Mexicana*, México, 1980.

GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

GROSSI, Paolo, *Novecento Giuridico : un Secolo Pos-Moderno*, Naples, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2011.

LAZZERI, Christian, *La Théorie du droit naturel au XVIIe siècle: l'utilité comme enjeu du droit et du contrat*, in CAILLÉ, Alain / LAZZERI, Christian / SENELLART, Michel, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, t. I *De l'Antiquité aux Lumières*, Paris, Flammarion, 2001, p. 465 ss.

LEFORT, Claude, *Écrire – à l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, trad. port. de Eliana de Melo Souza, *Desafios da Escrita Política*, São Paulo, Discurso Editorial, 1999.

LIMA LOPES, José Reinaldo de, *As Palavras e a Lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico contemporâneo*, São Paulo, EDESP, 2004, máx. p. 267 ss.

MAUROIS, André, *Magiciens et logiciens*, 15.<sup>a</sup> ed., Paris, Grasset, 1935.

PUY, Francisco, *Derechos Humanos*, vol. III. *Derechos Politicos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1985.

PARETO, Vilfredo, *Traité de Sociologie Générale*, com prefácio de Raymond Aron, Genève/Paris, Droz, 1968.

ROVIRA, Maria del Carmen, *Eclecticos Portugueses del Siglo XVIII y Algunas de suas Influencias en América*, México, 1958.

SILVA DIAS, J. S. da, *O Ecletismo em Portugal no Século XVIII*, Coimbra, 1972.

STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago, The Chicago University Press, 1953 e ed. port., com trad. e introd. de Miguel Morgado, *Direito Natural e História*, Lisboa, Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_, *La persécution et l'art d'écrire*, trad. fr. de Olivier Bérichon-Seyden, Paris, Presses Pocket, 1989.

SCHWOB, Marcel, *Vies imaginaires* (1896), trad. cast. de Julio Pérez Millán, *Vidas Imaginarias*, Barcelona, Orbis, 1986.

TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 - 1625*, Grand Rapids / Cambridge, William B. Eerdmans, 1997, new edition, 2001.

WATZLAWICZ, Paul, *How Real is Real*, trad. port. de Maria Vasconcelos Moreira, *A Realidade é Real?*, Lisboa, Antropos, 1991.

Recebido para publicação em 07-01-12; aceito em 20-02-12