

SOBRE O JUSNATURALISMO CONTEMPORÂNEO: IMPLICAÇÕES HISTÓRICAS E PERSPECTIVAS RECENTES

NELSON SALDANHA

Sumário: 1 — “Moderno” e “contemporâneo” com alusão ao jusnaturalismo. 2 — Os reexames conceituais e a relação com o passado. 3 — O espírito moderno e a referência às “raízes”. 4 — Crises, alterações e reexames: o jusnaturalismo em dificuldades.

1 — “Moderno” e “contemporâneo” com alusão ao jusnaturalismo.

Por diferentes que sejam as concepções referentes à história e suas fases, a imagem do mundo moderno inclui a alusão ao tempo em que se situa: “moderno” e “contemporâneo”, como designações historiográficas, dependem de sua relação com demarcações cronológicas e contextos culturais. Durante cerca de quatro séculos o Ocidente acumulou entusiasmos e indagações a respeito da noção de *moderno*; depois inventou-se o termo *contemporâneo* para indicar o tempo mais recente, mais ou menos a partir da Revolução Francesa ou de Napoleão. Há pouco tempo criou-se a noção de “pós-moderno” para o que vem em seguida ao moderno (no caso englobando, com esta expressão, o “contemporâneo”), e que nega as coisas ditas modernas: o racionalismo, a ciência, a secularização.

Dentro da época dita moderna ocorriam, entretanto, crises que ameaçavam aquelas coisas, inclusive o racionalismo que tinha sido, sobretudo desde o cartesianismo, o grande denominador das estruturas no Ocidente: na filosofia, na economia, no Direito, na política. Essas crises, que um ponto de vista dialético verá como parte das “contradições” da sociedade moderna, terminaram porém por confirmar as racionalidades mais características, e por chamar para o pensamento histórico-filosófico o seu questionamento.

Como se sabe, o racionalismo moderno produziu entre outras coisas os grandes sistemas filosóficos a que a crítica kantiana mencionaria como dogmáticos: sistemas onde a ampla dedução conceitual se unia à ontologia. Neles o positivismo comtiano veria, não inteiramente sem razão, um sucedâneo da teologia; uma teologia que de algum modo iria seguir presente, embora reformulada ou reduzida, nas expressões mais representativas do pensamento moderno (1). Com aqueles sistemas filosóficos se coligou o *jusnaturalismo* ocidental a partir de Grócio: por seu fundamental racionalismo e pelo modelo expositivo que apresentava.

Em expressão freqüentemente citada, Hans Thieme aludiu ao Direito Natural como “um patrimônio comum da cultura européia”. (2) Melhor dizendo, do mundo europeizado ou ocidentalizado. Se, entretanto, atentarmos para o alcance dessa frase, e se pusermos de lado a questão (não descartável contudo) de saber se a cultura greco-romana integra o chamado “Ocidente”, veremos no *jusnaturalismo moderno* a mais ponderável configuração das relações entre a idéia de um Direito Natural e as características do espírito ocidental. De Grócio e Hobbes a Kant e Hegel, a teoria do Direito Natural — sempre acompanhada pelo contratualismo — desenvolveu e combinou dois ou três elementos essenciais: a relação do Direito positivo com algum tipo de “lei natural” (ou de princípio geral), a existência de preceitos “metapositivos”, a conexão desses preceitos com algo como razão ou natureza. Assim nos católicos do século XIX, com Taparelli por exemplo, assim no próprio evolucionismo spenceriano (3).

O *jusnaturalismo* “contemporâneo” — aludindo-se com o termo ao que vem com Kant ou com Hegel — traz consigo, assim, o legado das discussões anteriores, e a partir do século XIX este legado se desdobra em referências que crescem e se diversificam com a ajuda da historiografia acadêmica. Com a chegada do século XX o aumento das alternativas doutrinárias leva o pensamento filosófico-jurídico a novos reexames conceituais.

2 — Os reexames conceituais e a relação com o passado. Como dissemos, o desenvolvimento da historiografia acadêmica, durante o século XIX, coincidiu com o desdobramento das opções doutrinárias: então a filosofia do Direito passou a incluir constantes alusões ao passado, tanto ao mais remoto, o grego em especial, quanto ao mais próximo, o anterior às *Críticas* kantianas ou o posterior a elas.

Ao entrar o século XX, a profusão de dados históricos e de caminhos metodológicos representou um enriquecimento e uma perplexidade. O historicismo, vindo com Dilthey e com Croce (entre outros), indicava uma via notavelmente fecunda, mas às suas bordas corria a tentação da mera informação

histórica (daí aliás que ainda hoje muitos autores não tenham entendido o historicismo). Os reexames conceituais começaram a receber o aval do neokantismo e da fenomenologia, com sua supervalorização do “rigor” terminológico e com seu pendor a-histórico para a análise dos objetos.

No plano jusfilosófico, o problema do direito natural se fez crescentemente polêmico por conta dos positivismos emergentes, marcadamente os de padrão formalista. Não mais o juspositivismo *sem mais* de um Bergbohm, mas a proclamação de uma exigência metodológica inflexível (pensamos em Kelsen), coligada à peremptória afirmação do *Sollen* como ponto de partida e à redução do Direito a uma estrutura formal (4).

“Formal”: no mesmo livro em que trata do formalismo e dos problemas conceituais que se lhe referem, Bobbio colocou (na Introdução) algumas frases sobre o jusnaturalismo e o juspositivismo em relação às respectivas conotações ideológicas. Citando Kelsen, lembrava o mestre de Turim que o jusnaturalismo pode ser conservador ou progressista, e que o positivismo pode ser liberal ou reacionário (5).

De nossa parte preferimos adotar uma distinção de outro tipo. Há certos casos em que o jusnaturalismo consiste na alusão ao fundamento do Direito positivo, um fundamento que pode achar-se na “natureza” ou na razão (6). Ao vincular-se a este fundamento, consolida-se a validade do Direito, isto é, do Direito positivo: assim nas referências de Portalis, no “Discurso Preliminar”, ao “uso da razão natural” como complemento das leis que o legislador produz (7). Em outros casos, porém, a alusão ao Direito Natural aparece dentro de uma crítica às instituições; aparece explícita ou implicitamente, inclusive nos contextos revolucionários (8). De certo modo, podemos dizer que nos primeiros casos a referência a um Direito Natural corresponde a uma postulação epistemológica: conhece-se devidamente o Direito através da alusão ao seu fundamento “natural”. Nos segundos casos temos uma perspectiva *axiológica*: acima da positividade encontra-se um Direito que se estima superior a ela, ou seja, mais justo.

Poderíamos ainda anotar, junto a isto, o seguinte. Como alguém já disse, há filosofias que são preferentemente teorias do conhecimento, e filosofias que são principalmente visões da práxis e dos valores. Os jusnaturalismos de tipo epistemológico correspondem àquelas, os de tipo axiológico correspondem a estas. Aquilo que se chama “jusnaturalismo” constituiu sempre, mormente ao tempo do racionalismo clássico, uma teoria fundante e abrangente: tanto quanto o contratualismo, o jusnaturalismo clássico foi antes de tudo uma teoria-da-sociedade (9). Com isto se coloca uma diferença fundamental, que torna questionável a alternativa juspositivismo-jusnaturalismo. O juspositivismo jamais foi

por si mesmo uma teoria da sociedade; jamais foi, como o jusnaturalismo, uma *Weltanschauung*.

3 — O espírito moderno e a referência às “raízes”. Em geral se considera que as culturas antigas (incluindo a greco-romana) não tiveram “consciência histórica”, ou, ao menos, não no grau em que esta consciência existe no Ocidente. E que no próprio Ocidente ela surgiu com a fase dita moderna: mais ainda com a “contemporânea”, com o romantismo e com o *essor* da historiografia romântica.

Essa presença de uma consciência histórica (consciência da historicidade) significa, em realidade, que o espírito contemporâneo envolve dois componentes que cabe destacar: a consciência de sua própria situação como fenômeno cultural e a necessidade de referir-se ao passado. Este referir-se ao passado se reveste, contudo, de uma espécie de ambivalência. Ou seja, o espírito contemporâneo — moderno e contemporâneo — se sabe distinto do passado, vale dizer, define-se pela diferença em face do passado, mas não se compreende nem se situa, plenamente, senão por suas “raízes” no passado, ou ao menos pelas analogias em relação a ele. Tais raízes, que são origens e que como metáfora indicam algo que já mencionamos como exemplaridade (10), podem ser somente um legado parcial ou indireto — posto que os fundamentos históricos do Ocidente não se *reduzem* ao legado clássico —, mas são uma constante. As alusões às origens são um modo de o espírito contemporâneo situar-se e definir-se, limitar-se e reconhecer-se. (11)

A modernidade incluiu em seus começos uma discussão sobre os antigos. A *Querelle des anciens et des modernes* traduziu o advento de toda uma nova problemática. Mas só nos começos do século XIX Benjamin Constant daria ao assunto uma forma mais nítida. (12)

* * *

Um dos problemas da referência aos antigos, dentro do pensamento filosófico (e filosófico-social) contemporâneo tem sido, de fato, o da possibilidade de se projetarem, sobre as imagens do passado, conceitos e juízos próprios do presente. Assim como no tempo de Rembrandt se pintavam personagens bíblicos e homéricos com roupas e armaduras da época do artista, tem sido próprio dos historiadores dos séculos XIX e XX atribuírem aos gregos e romanos, sem mais, atitudes “liberais” ou “conservadoras”. (13)

Ao mencionarem-se os filósofos antigos, essa projeção ocorre com frequência; mas ocorrem igualmente exigências especiais e também equívocos. Ainda hoje há quem se recuse a atribuir a Antígona, na tragédia de Sófocles,

um “jusnaturalismo” propriamente dito. Villey, por exemplo, pensa que não há jusnaturalismo em sua alusão a leis eternas (14); outros vêem na heroína uma atitude tradicionalista e religiosa, não propriamente uma alegação jurídica (15). O mesmo ocorre em relação a Platão quando se o inclui entre os jusnaturalistas (16). Já a alusão aos estóicos parece mais segura, mais próxima do que, no pensamento moderno, se ficou chamado de Direito Natural (17).

A alusão “moderna e contemporânea” ao jusnaturalismo antigo deverá entender-se no sentido da elaboração de uma distinção, quase de uma tipologia: a diferença entre o Direito Natural antigo e o moderno é obviamente análoga à diferença entre a ética antiga e a moderna. Talvez se possa, dentro do tema, mencionar jusnaturalismos aristocráticos e burgueses (ou plebeus), situáveis em contextos exemplares (18).

De qualquer sorte, as etapas do jusnaturalismo moderno, a partir do século XVI, corresponderam ao crescimento do fundamental processo de secularização da cultura: o racionalismo de Grócio e dos Wolfianos, a teoria do direito em Kant e em Hegel, o advento dos “direitos do homem”. Com tais expressões e com o crescimento da secularização, começou a surgir a consciência das *dificuldades* do jusnaturalismo no mundo contemporâneo (19). Essa consciência é paralela à consciência das *crises*, no Ocidente pós-napoleônico. Com ela vêm os positivismos e vem a crítica histórica; com esta, vem o pensamento hermenêutico.

* * *

O jusnaturalismo moderno (moderno e “contemporâneo”) corresponde, em termos de história da cultura, ao processo de secularização que cresce a partir do Renascimento e progride com o iluminismo e com o século XIX. Desde o cartesianismo, e desde Grócio, o pensamento jusfilosófico ocidental assume marcadamente um padrão racionalista, inclusive no sentido da proposição sétima da parte dois da *Ética* de Spinoza (20). De certo modo esta exacerbação do racionalismo formal é o equivalente (dir-se-ia o preço) da perda dos fundamentos teológicos e da referência cosmológica, presentes no jusnaturalismo “antigo” e no “medieval” (21).

É necessário ter em conta estas pontuações históricas: a formulação das alusões a um direito “não positivo” é diversa em cada contexto (22). Pode-se inclusive (sem que isto constitua uma frase negativa) falar do jusnaturalismo como uma metáfora, vendo-se na menção a um direito “natural” uma figura da linguagem (23). Uma metáfora que tem de ser entendida em termos peculiares e que não é alcançada pela contestação dos positivistas.

Anotemos, contudo, este paradoxo. Ocorreu, por um lado, a partir do Renascimento e especialmente de Maquiavel, uma nova visão do Estado e da sociedade, entendidos como algo artificial (24); na teoria do contrato se encontra esta idéia, e Hobbes empregou o termo artificial man para designar o Estado. E ocorreu, por outro lado, a elaboração da teoria de um Direito Natural com a alusão à natureza — natureza enquanto realidade das coisas e enquanto essência racional do homem — como fundamento do Direito (25). A conexão com o contratualismo parece, aliás, mais evidente do que a ligação com a idéia de progresso (26). Convém observar, ainda, que do esprit de géométrie correspondente ao racionalismo clássico proveio a tendência à supervalorização do método. O método como obra e campo-de-trabalho da razão; como forma e ao mesmo tempo critério, nas ciências em geral e no saber jurídico também, critério de “rigor” e de objetividade (27).

* * *

As perturbações e alterações que dão início, no Ocidente, ao período dito contemporâneo, geraram a noção de crise. Esta noção acompanharia o pensamento filosófico e social ocidental até hoje, através de diversas “escolas” e de tendências as mais variadas. Tal como no trecho final da antiguidade, quando a imagem da multiplicidade dos sistemas levou ao ceticismo e ao relativismo, no pensamento contemporâneo começou a crescer a sensação da precariedade das relações entre a realidade e o saber. Com o acúmulo do material histórico e com o modo crítico de pensar, surgiu o historicismo. Tocamos no tema algo acima.

4 — Crises, alterações e reexames: o jusnaturalismo em dificuldades. Mencionamos a complexificação dos processos iniciados com o início da chamada modernidade. É como se com as décadas mais recentes se consumassem aqueles processos, e daí, em tantas áreas, a impressão de saturação. Agravam-se, portanto, as persistentes crises, e entram em crise as próprias soluções surgidas dentro da contemporaneidade, inclusive o positivismo e o historicismo (28). Mas a crise do positivismo gera outros positivismos; o historicismo se refaz, e mesmo fora dele proliferam as revisões históricas, permanece o modo histórico de colocar problemas.

No século vinte, mais do que no XIX, a antiga distinção dentre Direito Positivo e Direito Natural se transmudou em uma alternativa polêmica entre juspositivismo e jusnaturalismo. O advento de importantes posições formalistas agravou os termos da polêmica. O neopositivismo e a fenomenologia ajudaram o enfoque formalista na recusa à metafísica e no repúdio à perspectiva histórica:

a universalidade do Direito (ou do “jurídico”) já não seria buscada nos dados empíricos da etno-antropologia nem nos da história, mas na visão formal do direito como objeto; não o seria, também, no alcance ontológico do seu fundamento “natural”. A preocupação com aquela universalidade tinha levado Stammer à idéia de um “Direito Natural com conteúdo variável”, associando o universal ao mutável.

Enquanto no plano da teoria mais “geral” se desdobravam tais problemas, estendia-se na doutrina e na legislação um tema paralelo, o dos direitos humanos, que vinha da alusão revolucionária aos direitos “do homem”. Vinha portanto de um dos “momentos” do jusnaturalismo moderno; mas vinha também do igualitarismo, portanto do socialismo, que acompanhou o liberalismo na formulação dos direitos e no *penchant* revolucionário. A partir de certo tempo, contudo, a alusão aos direitos humanos (tanto no direito positivo quanto na teoria) passou a sustentar-se *sem* a crença no Direito Natural, e mesmo sem o racionalismo, que entrara em crise com o advento da própria contemporaneidade (29).

· * * *

Insistamos sobre as dificuldades do jusnaturalismo nos novos tempos. Elas correspondem, como dissemos, às dificuldades da metafísica e da ontologia dentro de uma “situação espiritual” onde repercute a perda das estabilidades e das invariabilidades (30). Correspondem, igualmente, à crise do legalismo e das estruturas institucionais do direito positivo. Estas questões, aliás, têm provocado na teoria pronunciamentos sobre a diferença entre a lei e o direito (31): a ênfase sobre o assunto tem favorecido a crítica ao juspositivismo legalista, mas não é suficiente para salvar o jusnaturalismo tradicional, ou para dar-lhe novas bases (é aliás curioso que, assim como no jusnaturalismo clássico o Direito positivo seria uma cópia do Natural, os juspositivistas do século vinte inventaram um argumento que mostra o Direito Natural concebido como um “outro” direito positivo).

Entretanto o que nos parece mais válido, no século vinte, como “resposta” jusnaturalista à pressão do juspositivismo, não é o “renascimento” (ou o “eterno retorno”) do Direito Natural, proclamado na primeira metade da centúria, sobretudo por autores com vinculação religiosa (32). Parece-nos mais expressiva e mais fecunda, nesse sentido, a permanência de uma noção de Direito que vai além dos dispositivos legais, e, mesmo, do que se chama ordenamento jurídico-positivo.

Essa permanência coincide, vale acentuar, com a crise do próprio positi-

vismo formalista, cujo reducionismo veio sendo registrado desde seus primeiros críticos (33). Coincide também, de certo modo, com o advento da filosofia hermenêutica, na qual se sistematizaram — sobretudo a partir das obras de Gadamer — as tendências relativizantes do pensar contemporâneo (34).

Deste modo se pode, a nosso juízo, combinar o modo hermenêutico de pensar com a necessidade de compreender a crise do pensamento jurídico posterior à Segunda Guerra Mundial. A nosso ver, já não há espaço conceitual para o jusnaturalismo clássico, nem há mais sentido para o juspositivismo *stricto sensu*. Nem é o caso, por outro lado, de dizer-se — como o fazia Villey — que o verdadeiro direito natural foi o dos antigos (35). O jusnaturalismo dos gregos e romanos *não* podia ser o dos escolásticos, nem o do século XVII. Cada grande época, com sua visão do direito (e com sua terminologia) formula, se for o caso, um jusnaturalismo peculiar. Por isso o que importa hoje não é “condenar” o jusnaturalismo, identificando-o com ontologias passadas, nem ignorá-lo, como se dois mil e tantos anos de reflexão sobre o tema tivessem sido em vão. Importa indagar se o juspositivismo se sustenta ainda sobre o neopositivismo, ou sobre o normativismo; e se não há algum jusnaturalismo na interpretação do direito que transcende o legalismo (36).

Em nosso entender a permanência do pensar filosófico significa a permanência de algum tipo de metafísica. E como as metafísicas são correlatos de dualismos, valeria anotar que o pensamento jurídico mantém sua relação com uma metafísica ao sustentar dualismos, inclusive ao reformular o jusnaturalismo: positividade e suprapositividade valem como dados para um duplo enfoque que vincula o Direito à experiência concreta e à consciência dos valores. A metafísica e o cientificismo são duas formas fundamentais de mentalidade, e a elas correspondem, *grosso modo*, o pensar interpretativo e hermenêutico para um caso, para o outro o axiomatismo e o logicismo.

Se reinterpretarmos hermeneuticamente a milenar idéia do Direito Natural, poderemos retomar as relações entre filosofia e teoria do Direito, tornadas precárias desde a crise do jusnaturalismo clássico. O Direito, como estrutura e como experiência, dá-se dentro do plano institucional do viver, e neste plano ocorrem os valores. Se tomarmos a vida das instituições como dimensão histórica, encontraremos nela o próprio fenômeno das significações: os homens valorizam relações e estabelecem significações. A atividade interpretadora implica relações e significações. As grandes referências históricas a um Direito Natural são modos de interpretar o problema dos fundamentos do Direito; elas ocorrem diferenciadamente em cada contexto. Na ciência jurídica contemporânea aquelas referências entraram em crise, mas a própria crise veio a provocar o reexame das relações entre o saber e a normatividade (37).

Por tudo isso temos veiculado a noção de um jusnaturalismo hermenêutico (38). Um jusnaturalismo que já não compartilha as implicações ontológicas do racionalismo clássico, mas que se compagina com o que ainda permanece de metafísico dentro do pensamento jusfilosófico mais recente. Ao transcender as limitações conceituais do formalismo logicista, a teoria jurídica coincide com a posição do intérprete que encontra distorções no Direito positivo, ou que busca, nas entrelinhas da letra da lei, componentes axiológicos que alarguem e corrijam a aplicabilidade do jurídico. Naquele transcender e nessa posição se acha um essencial elemento hermenêutico, que se vincula aos ideários vigentes e que revela a contingencialidade da norma legal. Cabe repensar este problema com referência aos problemas de hoje: a voga do pluralismo, o reexame do conceito de Direito e a alusão à “alternatividade”.

NOTAS

(1) — Nosso *Da Teologia à Metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico* (Ed. Del-Rey, Belo Horizonte, 1993).

(2) — Hans THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* (2ª edição), Basileia, Helbing und Licht, 1954, cap. XII, pp. 51 e segs. (“Das Naturrecht als gemeinsamer Kulturbesitz Europas”).

(3) — Para uma rápida mas convincente alusão ao jusnaturalismo existente dentro de doutrinas sociológica ou biológica, Alfred VERDROSS, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. M. de la Cueva, UNAM, México 1962, págs. 281-282. Sobre o evolucionismo, alguns textos ainda muito sugestivos em René BERTHELOT, *Evolutionnisme et platonisme*, Alcan, Paris 1908.

(4) — Cf. *Da Teologia à Metodologia*, op. cit., capítulos IV e V.

(5) — Norberto BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico* (trad. E. Garzón Valdés, EUDEBA, Buenos Aires 1965), pág. 9. As ressalvas são interessantes, mas é bastante questionável o uso dos termos citados.

(6) — Erik WOLF, examinando cada um dos sentidos do termo “natureza”, e também do termo “direito”, acentua entretanto a função de univocidade da teoria jusnaturalista (*El problema del derecho natural*, trad. esp., Barcelona, Ed. Ariel, 1960).

(7) — “Legísele como se legisle, las leyes positivas no podrán nunca, en las cosas de la vida, reemplazar totalmente el uso de la razón natural”: Jean-Etienne PORTALIS, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil presentado el primero de pluvioso etc.*, trad. esp., ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, pág. 28.

(8) — Sobre o ponto, em passo denso e expressivo, L. RECASÉNS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, ed. FCE, México, 1945 (2ª edição). A relação

jusnaturalismo-revolução tem sido mencionada por numerosos autores, que seria ocioso citar e dos quais poderíamos lembrar Troeltsch, Radbruch, Leo Strauss e García Pelayo.

(9) — Para uma visão genérica, Otto GIERKE, *Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800*. Com um apêndice de E. Troeltsch. Trad. e Introd. de E. Barker (Beacon Press, Boston, 1957). — Expressamente em Franz WIEACKER: “El derecho natural es una teoría de la sociedad, que tiende al conocimiento del Derecho” (*Historia del Derecho privado de la edad moderna*, trad. esp., ed. Aguilar, Madrid, 1957: Parte III, § 14, p. 219).

(10) — Cf. nosso *Humanismo e História*, Ed. Fundarpe — José Olímpio, Rio de Janeiro, 1983, caps. IV, V e VI.

(11) — Para alguns aspectos, Conal CONDREN, *The status and appraisal of classic texts. An essay on political theory, its inheritance, and the history of ideas* (Princeton Univ. Press, Princeton, 1985).

(12) — Sobre o advento da era moderna, Paul HAZARD, *Crise da Consciência Européia*, trad. O. F. Lopes, Ed. Cosmos, Lisboa, 1948, cap. II (alusão à *Querela* à p. 34). Sobre B. Constant, Georges de LAURIS, *Benjamin Constant et les idées liberales*, Paris, Plon 1904.

(13) — Problema análogo se acha posto no ensaio de igual título e incluído no livro *Esclavitud antigua e ideología moderna*, trad. A. Moya, Ed. Crítica Barcelona 1982. — Alguma coisa nas anotações de Emmanuel LADURIE sobre o livro de J. Chesneaux, *Du passé faisons table rase* (Paris, 1976): cf. *Entre los Historiadores*, trad. esp., ed. FCE, México, 1989, págs. 193 ss.

(14) — Michel VILLEY, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du droit* (Ed. Dalloz, Paris, 1957), cap. VII, p. 123. Para Villey, se há alguma expressão de jusnaturalismo naquela peça, acha-se em Ismênia, ao reconhecer que, por natureza, as mulheres devem submeter-se ao destino. Sem comentários.

(15) — Sobre a inserção da figura de Antígona no universo histórico-político e histórico-cultural dos gregos, Stamatios TZITZIS, “Scolies sur les nomina d'Antigone représentés comme droit naturel”, em *Archives de Philosophie du droit* (Sirey, Paris), tomo 33, 1988, págs. 245 e segs. O mesmo autor adverte para a distinção entre as leis citadas pela heróina, que são princípios relacionados aos costumes e à estrutura da polis, e o Direito Natural moderno, que provém (segundo ele) do estoicismo e do cristianismo: loc. cit., págs. 257 e segs. — Cf. também Arlene SAXONHOUSE, *Fear of diversity. The birth of political science in ancient greek thought* (Univ. of Chicago, 1992), págs. 63 e segs. — A alusão de Aristóteles às palavras de Antígona se acham no capítulo XIII da *Retórica*.

(16) — Mircea ELIADE viu, na teoria das idéias, um traço arquetipal e portanto “primitivo” (*Le mythe de l'eternel retour*, ed. Gallimard, Paris, 1969, cap. I, págs. 48 e segs.).

(17) — Sobre o estoicismo, dentre cem outras fontes, Eduard ZELLER, *Outlines*

of the history of greek Philosophy (rev. por W. Nestle, trad. L. Palmer, Meridian Book, N. York, 1955), §§ 79 e seguintes. — Para a figura de Cícero, também dentre inúmeras fontes, M. VILLEY, no ensaio “Logique d’Aristote et droit romain”, em *Leçons d’Histoire*, op. cit., pp. 174 ss. — Não esquecer, contudo, que nestes casos temos concepções situadas em contextos *antigos*, e não inteiramente trasladáveis para a cultura ocidental contemporânea.

(18) — Segundo Eric VOEGELIN, teria sido Vico o primeiro a ver as contendas entre patrícios e plebeus como disputas sobre mitos. VOEGELIN acrescenta que o Deus de Platão e de Aristóteles era um Deus para nobres, prosseguindo com o politeísmo aristocrático (*Anamnesis. Teoria della storia e della politica*, trad. it., Giuffrè, Milão, 1972, parte I, pág. 45). O tema nos levaria à idéia de um jusnaturalismo-das-classes-dominadas, no sentido de Ernst Bloch.

(19) — Como se o verdadeiro jusnaturalismo tivesse sido o da ontologia do racionalismo clássico, que teve como correspondente, na antigüidade, a conjunção do *logos* e do *ontos* como base para toda norma.

(20) — “Ordo et connexio idearum idem est, ac ordo et connexio rerum” (cf. *Éthique*, trad. Ch. Appuhn, ed. bilíngüe, Garnier, Paris, 1953, tomo I, págs. 126-127).

(21) — Cf. *Da Teologia à Metodologia*, op. cit., caps. III e IV.

(22) — A um autor lúcido como BOBBIO, por exemplo, o uso do enfoque puramente conceitual-sistemático impede de ver a diferença histórica entre expressões tão distintas como a alusão de Aristóteles ao “justo por natureza” e a noção de Estado-de-natureza em Hobbes, ou as sentenças de Paulus: cf. *Jusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., cap. III, págs. 67 e segs.

(23) — Veja-se Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo clássico* (Milão, Giuffrè, 1974), vol. I, Seção VI: “A metáfora jusnaturalista”.

(24) — Jacob BURKHARDT, *La cultura del Renacimiento en Italia* (trad. J. Ardal, “Obras maestras”, Barcelona, 1951), parte I: “El Estado como obra de arte”.

(25) — Uma investigação mais extensa nos levaria à relação entre a antiga *regula aurea* — de origem possivelmente astronômica ou agrônômica — e a busca de um princípio ético *universal* tirado da racionalidade do mundo. Na história moderna isto teria conexão com o deísmo e com a idéia da racionalidade inerente às coisas. Sobre o assunto, Arthur LOVEJOY, “The parallel of deism and classicism”, em *Essays in the history of ideas*, Ed. Capricorn Books, Londres, 1960, cap. VI.

(26) — Ernst TROELTSCH, aludindo à “tradição comum européia” do Direito Natural, relaciona-a com as idéias de Humanidade e de Progresso. Esta última lhe parece provir do pensamento da antigüidade tardia, do estoicismo inclusive, o que nos parece bastante discutível (cf. GIERKE, *Natural Law*, op. cit., Apêndice: I, “Troeltch on natural law and humanity”, pág. 205).

(27) — Ver Wolfgang RÖD, *Geometrischer Geist und Naturecht*, Munique, Bayerische Akad. der Wissenschaft, 1970 (Os conceitos gerais estão no cap. I) — Para

a extensão do jusnaturalismo racionalista aos “ramos” do Direito, cf. Knut W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, ed. J. C. B. Mohr/Paul Siebeck, Tubinga, 1976 (cf. especialmente o cap. VII). Sobre os fins a que serviu o jusnaturalismo nos séculos XVII e XVIII, Gino GORLA, *Commento a Tocqueville. L'idea dei diritti* (Milão, Giuffrè, 1948), pág. 38.

(28) — Sobre o positivismo jurídico-científico como fenômeno histórico, Gerhard DILCHER, “Der rechtswissenschaftliche Positivismus”, em *ARSP — Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie* (Wiesbaden), vol. 1975, LXI-4.

(29) — Cf. Max MÜLLER, *Crise de la Métaphysique* (Desclée de Brouwer, trad. francesa, Paris, 1953), passim. Mas Müller se refere especialmente à crise das “metafísicas da essência”. — Cf. também Hans WELZEL, *Derecho Natural y Justicia material* (trad. esp., Aguilar, Madrid, 1957), cap. IV: “A derrocada do Direito Natural e a sobrevivência de seus problemas materiais”.

(30) — Cf. Pietro PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Ed. Laterza, Bari 1961, passim.

(31) — Para o assunto, aludindo sempre ao Direito Romano, Alejandro GUZMÁN BRITO, em A. GUZMÁN BRITO e outros, *La función judicial* (Depalma, Buenos Aires, 1981), princ. pág. 220. — Cf. também nosso *Legalismo e Ciência do Direito*, ed. Atlas, São Paulo, 1977, passim. — Para outros aspectos, Francisco MADRAZO, *Ordem jurídico y derecho judicial* (Depalma, Buenos Aires, 1985), princ. págs. 70 e segs.

(32) — Por exemplo J. CHARMONT, *La renaissance du Droit Naturel* (2ª ed., Paris, L. de Jurisprudence, 1927); mais recentemente Philippe DELHAYE, *Permanence du Droit Naturel* (2ª ed., Louvain-Lille, 1967).

(33) — Entre tais críticos é necessário acentuar François GÉNY, insuficientemente destacado desde seu tempo (os *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* dedicaram-lhe o seu nº 20: Florença 1991).

(34) — Para os aspectos jurídicos, Antonio O. FERNÁNDEZ-LARGO, *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*, ed. Univ. de Valladolid, 1992; José LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Ed. Fragmentos, Lisboa, 1990; além de G. ZACCARIA, “Deutsche und italianische tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie” em *ARSP*, Wiesbaden, vol. 1986, LXXXII, Heft 3. — V. também F. WIEACKER, *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion* (Colônia, Westdeutscher, 1965). Para o mais, nosso *Ordem e Hermenêutica*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1922. — Caberia mencionar ainda o Direito Natural “existencial” de W. MAIHOFER (a respeito A. VERDROSS, *Statisches und dynamisches Naturrecht*, ed. Rombach, Freiburg, 1971, págs. 47 e segs.

(35) — Michel VILLEY, *Seize essais de Philosophie du droit, dont un sur la crise universitaire* (Dalloz, Paris, 1969), cap. I. Villey chega a qualificar de pseudo-jusnaturalistas a Grotius, a Wolff e aos sucessores deste (p. 78). — Em trabalhos recentes, o professor Jean-Marc TRIGEAUD pretende a superação do jusnaturalismo

pelo personalismo (*Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Ed. Bière, Bordeaux 1995, cap. 11).

(36) — Paul AMSELEK, admitindo as dificuldades de um jusnaturalismo metafísico, preconiza o entendimento do direito natural “enquanto hipótese experimental”, relacionada inclusive com uma busca de constantes empíricas (“Avons-nous besoin de l'idée de droit naturel?”), em *Law and the future of society*, ARSP, número especial, Wiesbaden, 1979, págs. 105 e segs).

(37) — Neste ponto caberia uma digressão sobre o problema dos princípios jurídicos. Impossível não remeter ao livro de Josef ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Bosch, Barcelona, 1961.

(38) — Cf. nosso artigo “Il Diritto Naturale come ordine e come ermeneutica”, em *Archivio giur. Filippo Serafini* (ed. Mucchi, Modena), vol. CCIX, Fasc. 4, 1989.

--oOo--

O professor que ensina dogmaticamente é simplesmente o mestre que não ensina.

SHERTERTON