



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

**PONTOS DE APROXIMAÇÃO E DE DIVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO E A
MORAL: UMA INVESTIGAÇÃO DO JUSNATURALISMO À LUZ DE SANTO
TOMÁS E JACQUES MARITAIN**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**ORIENTADOR: PROF. JOSÉ LUIZ DELGADO
ALUNO: JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA FILHO**

**RECIFE
2019**

JORGE FERRAZ DE OLIVEIRA FILHO

**PONTOS DE APROXIMAÇÃO E DE DIVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO E A
MORAL: UMA INVESTIGAÇÃO DO JUSNATURALISMO À LUZ DE SANTO
TOMÁS E JACQUES MARITAIN**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE, sob a orientação do prof. José Luiz Delgado

RECIFE

2019

*A Lúcia, cujos pródromos impuseram-me
à pena o necessário senso de urgência.*

PONTOS DE APROXIMAÇÃO E DE DIVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO E A MORAL: UMA INVESTIGAÇÃO DO JUSNATURALISMO À LUZ DE SANTO TOMÁS E JACQUES MARITAIN

RESUMO: A dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo ainda hoje povoa o estudo do direito, fomentando reflexões difíceis de serem respondidas. A exata localização do direito natural no campo das ordens normativas das sociedades é um problema que o presente trabalho se propõe a abordar sob a perspectiva clássica, apresentando uma visão alternativa à dos manuais. O arcabouço do pensamento tomista mediado por Jacques Maritain será empregado para refletir sobre temas como os fundamentos do direito e as relações entre direito e moral. Será também apresentada uma reflexão jusnaturalista que abranja a diversidade dos ordenamentos jurídicos existentes nas distintas sociedades.

PALAVRAS-CHAVES: Tomás de Aquino, Jacques Maritain, Direito Natural.

Sumário

Introdução	5
1. Sistemas normativos nas sociedades humanas	6
1.1. Etiqueta, Religião, Moral, Direito. Distinções.	6
1.2. Distinção entre Direito e Moral na visão de Michel Villey	10
1.3. Jurnaturalismo e Juspositivismo	11
2. Em busca de uma concepção jurídica do Direito Natural	17
2.1. Direito Natural e Moral: breve esboço histórico	17
2.2. Critérios de distinção entre Direito Natural e Moral Social	19
2.3. Direito Natural nos antigos: Santo Tomás distinguia direito e moral?	26
3. Jurnaturalismo e Maritainismo	29
3.1. Maritain e o Direito Natural	29
3.2. Críticas à filosofia de Maritain.	32
4. Três reflexões sobre direito natural	34
4.1. Relações necessárias entre direito (natural) e moral (social)	34
4.2. O direito necessário e o direito contingente: todo o direito deriva da lei moral	41
4.3. Os direitos naturais de Maritain	47
Conclusões	50
Referências Bibliográficas	52

Introdução

O problema do *direito natural* -- da sua existência, bem como da sua extensão -- tem despertado paixões e provocado polêmicas ao longo da história do pensamento jurídico ocidental. Trata-se de tema que possui não somente relevância histórica; ao contrário, questões jurídicas fundamentais -- como, por exemplo, os limites do poder dos governantes ou a fundamentação dos direitos humanos --, hoje dotadas da mais alta premência, parecem não encontrar resposta satisfatória no juspositivismo do século passado¹.

Existirá acaso um limite para a atuação do Poder Judiciário, ou a inafastabilidade da jurisdição e o livre convencimento dos juízes o autorizam a qualquer coisa? Mais ainda: quanto à própria atividade legiferante dos Estados Soberanos, ser-lhe-á possível assinalar extremas para além das quais ela não se possa estender²? E quanto aos direitos humanos, cuja defesa anda tão em voga, será possível encontrar-lhes um fundamento capaz de lhes garantir certa legitimidade, dada a diversidade sociológica e cultural dos povos *humanos* que habitam o globo terrestre? E ainda, a que espécie, exatamente, de direitos se poderia reclamar tão excelso título, considerando que distintos indivíduos e grupos sociais não raro apresentam idéias bastantes díspares (às vezes até frontalmente antagônicas) acerca daquilo que deveria ser elevado ao patamar de “direito humano”?

Parece-nos que a teoria do direito natural pode contribuir para responder a estas questões e a outras de igual jaez. Pode ser que não se trate da resposta última e definitiva; a outras pessoas, que se debruçam sobre as mesmas questões, pode ser que a resposta jusnaturalista não pareça convincente. No entanto, é um tema que, por sua veneranda antiguidade, pela estatura dos que se dedicaram (e ainda se dedicam) a ele, e também pela sua admirável coerência interna, parece-nos merecer maior consideração do que a que usualmente lhe é concedida.

No primeiro capítulo será traçado um panorama do direito natural na sua comparação com as outras ordens normativas da sociedade. Dar-se-á particular enfoque às relações entre juspositivismo e jusnaturalismo.

¹ Por exemplo, Bobbio simplesmente nega que seja possível encontrar um fundamento para os direitos humanos. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 22-24.

² Se não houver uma referência do justo para além das normas positivas não é possível aferir a justiça ou injustiça do direito posto. Cf. HERVADA, Javier. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. P. 22-25.

O segundo capítulo apresentará uma proposta de distinção entre direito natural e moral social baseada em José Luiz Delgado e Jacques Leclercq. À luz dela, será discutida a concepção jusnaturalista da escolástica, particularmente de Santo Tomás, identificando pontos de aproximação e de divergência entre os autores.

O terceiro capítulo vai apresentar a concepção jusnaturalista de Jacques Maritain, dando enfoque à sua inovadora distinção entre os aspectos ontológico e gnoseológico do direito natural. Será também apresentada uma breve crítica aos pontos principais de sua jusfilosofia.

O quarto capítulo, enfim, irá se utilizar do pensamento de Maritain e de Santo Tomás para indagar acerca das relações entre direito e moral, dos fundamentos da ordem jurídica e da diversidade legislativa entre as sociedades. Procurar-se-á identificar, entre os direitos preconizados por Maritain, os que são propriamente direitos naturais e os que devem ser promovidos a outro título.

1. Sistemas normativos nas sociedades humanas

1.1. Etiqueta, Religião, Moral, Direito. Distinções.

O homem é animal político (πολιτικὸν ζῷον) vocacionado a viver em sociedade³; e toda comunidade humana, para que possa subsistir enquanto unidade orgânica e superior à individualidade dos seus membros componentes, precisa estabelecer normas de comportamento a serem seguidas pelo grupo.

Tais normas são das mais diversas naturezas: normas religiosas, normas de etiqueta, normas morais, *normas jurídicas*. O problema da distinção precisa entre elas é muitas vezes espinhoso⁴. Há casos que são evidentemente fáceis: então, por exemplo, ao menos na nossa sociedade brasileira contemporânea, a norma que manda não comer de boca aberta é, sem a menor sombra de dúvidas, uma norma de etiqueta, ao passo que aquela que manda transmitir a declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física até o último dia de abril é consabidamente

³ ARISTÓTELES, Πολιτικά, I, 1253a. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg035.perseus-grc1:1.1253a> Último acesso em: 01/05/2019.

⁴ ADEODATO, João Maurício. “Positividade e conceito de direito”. In: **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 15-28.

uma norma jurídica⁵. Mas o que faz uma determinada norma pertencer a um ou a outro sistema?

Uma primeira tentativa de responder à questão poderia procurar o critério distintivo das diversas espécies de normas no *conteúdo normativo* que elas veiculam. São quatro as espécies de norma observáveis em sociedade: as da religião, da moral, dos usos sociais e do direito⁶. Assim, por exemplo, seriam religiosas as normas que dissessem respeito ao relacionamento do homem com a divindade; morais, as que regulassem o seu relacionamento consigo mesmo; de etiqueta, ou de usos sociais, aquelas que se referissem ao relacionamento do homem com os outros homens individualmente considerados; e, finalmente, jurídicas as que regulassem a forma como o homem deve se portar perante a sociedade.

Mas isso não basta para resolver o problema. É que existem normas de igual conteúdo que fazem parte de sistemas normativos distintos. Veja-se, por exemplo, a norma que proíbe o furto. É, sem dúvidas, norma moral (porquanto “o imperativo moral” na consciência humana por vezes se contrapõe ao desejo imediato por algum bem, “quando o homem tem a impressão de que a busca duma satisfação trará para ele uma diminuição”⁷), mas é também e ao mesmo tempo norma religiosa (consubstanciada, no exemplo do Catolicismo Romano, no Sétimo Mandamento do Decálogo) e norma jurídica⁸. No seu conteúdo, é a mesma norma; no entanto, reclamam-na distintos sistemas normativos. Não faz sentido indagar a qual deles assiste razão. A norma pertence a todos eles -- a cada um com seus próprios fundamentos e implicações -- porque nada exige que uma norma de comportamento social só o possa ser a um único título. O exemplo é suficientemente ilustrativo para demonstrar que não é pelo seu conteúdo específico que se distinguem as normas sociais umas das outras: na complexidade da vida social, não raro são encontrados casos em que uma mesma conduta é proibida (ou comandada, ou permitida) por normas pertencentes a ordens distintas.

Uma segunda abordagem seria definir a natureza das normas pela *forma* mediante a qual elas são promulgadas. Assim, por exemplo, e para usar uma definição clássica do

⁵ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB N° 1871, de 20 de fevereiro de 2019**. “Art. 7º: A Declaração de Ajuste Anual deve ser apresentada no período de 7 de março a 30 de abril de 2019”. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=98886> Último acesso em: 01/05/2019.

⁶ ADEODATO, João Maurício. “Positividade e conceito de direito”. In: **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 23-24.

⁷ LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo : Editora Herder, 1967. P. 12.

⁸ BRASIL, **Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. “Art. 155: subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: pena -- reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Último acesso em: 01/05/2015.

positivismo jurídico, “o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e [que] só por força de outra posição podem ser revogadas”⁹. Aqui não se cogita mais de conteúdo normativo: qualquer conduta humana pode ser objeto de obrigação ou de proibição por uma norma jurídica. Direito é forma e não conteúdo^{10 11 12}. É ordem normativa dinâmica e não estática: “[u]ma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, (...) mas porque é criada por uma forma determinada”¹³.

Tal concepção, usual do juspositivismo, apresenta algumas características que justificam o prestígio de que goza no meio jurídico. Em primeiro lugar, ela é empírica, no sentido de que radica a nota distintiva da norma jurídica em um dado concreto do mundo dos fatos, perceptível pelos sentidos, acessível igualmente por qualquer pessoa: para se saber se uma norma é jurídica, basta investigar se ela foi promulgada pela autoridade competente de acordo com o procedimento adequado. Em segundo lugar, ela é pragmática, operacional, possibilitando o exercício técnico da prática forense. Em terceiro lugar, na opinião de diversos autores^{14 15 16}, ela, junto com sua consequência necessária que é a coercibilidade, fornecem o melhor critério de que dispomos para distinguir o direito das demais ordens normativas sociais -- ao menos se considerarmos apenas o *direito positivo*.

Note-se ainda que esta concepção é capaz de responder a todas aquelas perguntas que motivaram estas investigações: se o direito for simplesmente aquilo que o direito diz ser, então os governantes têm tanto poder quanto lhes seja conferido pelas leis vigentes, e a atividade do Parlamento tem todo o alcance que o processo legislativo lhe facultar, e os direitos humanos serão exatamente aqueles direitos que forem estabelecidos pela autoridade constituída, nem mais, nem menos. É forçoso reconhecer que são respostas; no entanto,

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2003. P. 74.

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. P. 46.

¹¹ “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.” **idem ibidem**. P. 139.

¹² “A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas.” **idem ibidem**. P. 152;

¹³ **idem ibidem**. P. 139.

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. “Positividade e conceito de direito”. In: **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 25-27.

¹⁵ “O que faz com que uma regra tenha o caráter jurídico é que ela seja consagrada e sancionada não de maneira inorgânica pelo público no grupo, mas pelo próprio grupo como corpo -- no caso, o Estado”. DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução: Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 2010. P. 36.

¹⁶ “Existe, entre o Direito e a Moral, uma diferença básica, que podemos indicar com esta expressão: *a Moral é incoercível e o Direito é coercível*. O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade.” REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002. P. 46.

trata-se de respostas bastante insuficientes -- ou, ao menos, respostas que não servem ao propósito de proteger o indivíduo humano do arbítrio dos detentores do poder.

Porque é justamente esta a grande fraqueza da concepção juspositivista: por tal definição -- o direito é “aquele estabelecido e imposto pelo soberano”¹⁷ -- se torna impossível fazer uma *crítica jurídica* do direito positivo¹⁸. Se as normas jurídicas não precisam de referibilidade alguma a não ser a outras normas jurídicas, então se cai em verdadeira tautologia: a norma jurídica é aquela conforme ao direito e o direito é aquilo que é estabelecido pelas normas jurídicas. Por esse critério não existe um mau direito: todos os Estados de Direito são igualmente Estados de Direito pelo simples fato de assim se afirmarem, e a República de Weimar é tão germanicamente jurídica quanto o *Großdeutsches Reich*. Não é possível sequer hierarquizá-las.

Se somos inclinados a rejeitar instintivamente essas conclusões, há no entanto algo no juspositivismo que não parece possível negar. É que a norma jurídica -- quer provenha de tabus atávicos, do capricho dos monarcas ou de um processo legislativo organizado -- se impõe sobre o corpo social de uma maneira bem específica, mediante o emprego tido como legítimo da força. Isto é, dentre as características extrínsecas da norma, sobressai, entre todas, a nota da *coercitividade*¹⁹. Com este aspecto concordam até mesmo os jusnaturalistas: independente de qual seja a sua fonte, o direito goza do prestígio da força social organizada, o direito é imposto sobre o corpo da sociedade²⁰.

Dizê-lo não se confunde com aderir acriticamente aos cânones juspositivistas. Dessarte, quando Pozzoli diz, por exemplo, que o direito “nada mais é que um instrumento de controle social e de promoção do ser humano, consubstanciando-se na aplicação sistemática de força que a sociedade politicamente organizada detém”²¹, não cremos que esta afirmação deva ser tomada como uma adesão rígida à concepção juspositivista. Quer-se, aqui, apenas

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP : EDIPRO, 2001. P. 150.

¹⁸ “A mais perversa dessas doutrinas consiste no recuo teórico de sustentar que a crítica ao Direito pode sim, e até deve, ser feita, mas será crítica política, crítica econômica, crítica sociológica, crítica metafísica, crítica religiosa, jamais crítica propriamente jurídica”. DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 49.

¹⁹ “Esta sanção se distingue da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta do grupo, e da social por ser institucionalizada (...). Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais.” BOBBIO, Norberto. **Op. Cit.** P. 160; cf. tb. **id. ibid.**, P. 159-162.

²⁰ “Daí o direito estar umbilicalmente ligado, desde sua raiz -- e não há nenhuma infâmia em reconhecer isso -- ao fenômeno da força, que é o que está, em última análise, por trás do poder”. DELGADO, José Luiz. **Op. Cit.** P. 38.

²¹ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Ed. Loyola, 2001. P. 85.

ressaltar o fato de que o direito é dotado de coercitividade, coisa da qual não nos parece possível discordar. Isso se assemelha mais a uma descrição do que a uma conceituação²²; no entanto, é uma descrição que será útil a este trabalho.

1.2. Distinção entre Direito e Moral na visão de Michel Villey

As digressões da seção precedente abordam o problema do ponto de vista da norma. Digna de nota aqui, por sua originalidade, é a posição de Michel Villey, segundo o qual a moral e o direito não se distinguem em razão do sujeito que produz a norma, nem do mecanismo sancionatório, mas do fim a que cada um se propõe:

Na nossa atual maneira de pensar, quando no início dos manuais vemos o direito definido como um "conjunto de regras de conduta", direito e moral estão confundidos. Ao passo que a análise de Aristóteles oferece um critério de discernimento. Existe uma arte que se preocupa com a virtude subjetiva do indivíduo, ou a prescrever-lhe condutas, inclusive as condutas justas, as do homem justo (*dikaioi*); podemos chamá-la de *moral*. Mas da moral se destaca uma outra disciplina, cuja finalidade é dizer o que é justo, o que pertence a cada um. Ciência não da *dikaioisunê*, do *dikaioi*, da conduta justa, mas do *dikaion*.²³

A boa compreensão deste excerto exige que retornemos um pouco. Os termos gregos são aqui tomados à Aristóteles, que os emprega e analisa no Livro V da *Ēthica Nicomáchea*²⁴: δικαιοσύνη é a virtude da justiça, δίκαιος, o homem justo, τὸ δίκαιον, o direito²⁵. A justiça, na tradição aristotélica, divide-se em *justiça geral* e *justiça particular*. A justiça geral é um conceito basicamente moral: a *dikaioisunê* é algo como a soma de todas as virtudes, de modo que dizer de Aristides que ele é *dikaioi* -- um homem justo -- significa exprimir a sua superioridade moral perante a sociedade ateniense²⁶.

Enquanto a justiça geral trata de normas de conduta, normas morais, e tem um caráter acentuadamente universal, a justiça particular tem um sentido mais nítido. Ela não é a soma de todas as virtudes, mas sim uma virtude específica: a do homem que não pega mais bens do

²² SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. P. 55-60.

²³ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008. P. 72.

²⁴ ARISTÓTELES, **Ἠθικὰ Νικομάχεια**, V, 1., 1129a. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg010.perseus-grc1:1129a.3> Último acesso em: 05/05/2019.

²⁵ VILLEY, Michel. **Op. Cit.** P. 57.

²⁶ **idem ibidem**. P. 59.

lhe cabem, nem menos encargos do que a si competem²⁷. O direito -- *to dikaion* -- é o objeto da justiça particular, é a “medida da divisão dos bens”²⁸, é o *suum* -- para citar outra fórmula clássica -- que se deve *cuique tribuere*.

É precisamente neste ponto que direito e moral se distinguem. Porque o homem justo é aquele que faz a coisa justa, mas a coisa justa -- *to dikaion* -- e o homem justo -- *dikaios* -- são dois conceitos analiticamente distintos. Um cidadão pode pagar os seus impostos por senso de responsabilidade para com o grupo social de que ele faz parte; mas pode também pagá-los coagido, por não dispor de meios para fraudar a Receita Federal. No primeiro caso ele seria *dikaios*; no segundo, não. Mas em ambos os casos existe *to dikaion*, há o imposto devido, há aquilo que compete ao sujeito pagar. Uma coisa é o agir justo, outra, a coisa justa. Ou seja, “*dikaios* seria a justiça em mim, subjetiva; o *dikaion* é a justiça fora de mim, no real, objetiva: assim entendeu-se durante muito tempo o termo direito”²⁹. A justiça no sujeito é o campo de ação próprio da moral; a justa distribuição das coisas exteriores, o do direito.

A resposta de Villey à questão da distinção entre as ordens normativas é bastante *sui generis*: ele o faz mudando habilmente o foco da própria pergunta. Para ele, o direito não é uma ordem normativa a mais no interior do grupo social (ao lado da moral, da religião e da etiqueta); o direito é, ao contrário, objeto, é *res externa*, é “[u]ma boa proporção na divisão dos bens entre os membros de um grupo, [...] a boa proporção dos bens exteriores divididos entre os habitantes da mesma cidade”³⁰. Não tem sentido, assim, procurar a nota distintiva do direito na norma jurídica. Porque a lei positiva, na compreensão do autor, não é uma regra de conduta e sim uma indicação do que cabe a cada um em determinado grupo social.

1.3. Jusnaturalismo e Juspositivismo

No entanto, o problema continua posto. Pelo critério clássico que abordamos na seção anterior é possível distinguir o direito da moral; mas permanece a questão sobre se há critérios para se definir o *suum*, o *to dikaion*. A autoridade constituída tem ou não tem liberdade ilimitada para definir o que é de cada um?

Já vimos a posição do juspositivismo clássico: as normas jurídicas podem tem qualquer conteúdo. A crueza de tal concepção, como já se aludiu, provoca repulsa e conduz os

²⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008. P. 63.

²⁸ **idem ibidem**. P. 65.

²⁹ **idem ibidem**. P. 71.

³⁰ **idem ibidem**. P. 74.

juristas a procurarem a essência do direito em lugares outros que a simples vontade dos detentores do poder. Classicamente se denomina jusnaturalismo, *lato sensu*, a corrente de pensamento que afirma a existência de um direito acima do positivo. Mas sob o termo se abrigam correntes de pensamento as mais díspares, muitas vezes incompatíveis entre si. Por outro lado, os autores afirmam coisas diversas quando abordam o tema. O que é o Direito Natural, quando ele surge, e como se relaciona com o Direito Positivo?

Luhmann -- para quem o problema central do direito é “a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas”³¹ -- afirma que as sociedades arcaicas eram baseadas no parentesco, em torno do qual se estabeleciam todas as funções sociais. Mesmo nas sociedades mais primitivas, no entanto, encontram-se normas diferenciadas, expectativas contrafáticas com pretensão de aplicabilidade universal³² -- normas jurídicas portanto.

Como as sociedades primitivas são marcadas pela necessidade e não pela contingência -- ou seja, a sociedade efetivamente existente é concebida como a única possível --, o direito é divino mas não propriamente “direito natural”³³: não se coloca a questão dos limites do poder da autoridade, porquanto a autoridade e mesmo os próprios deuses estão vinculados a um direito imutável. As relações sociais que constituem o germen do direito são aqui baseadas na represália e na reciprocidade³⁴.

É com as sociedades antigas que surge a complexidade social necessária a uma diferenciação funcional do direito, ainda que incompleta³⁵. Aqui já existem processos decisórios, hierarquia de cargos, ações na justiça, tribunais³⁶, ou seja, instituições, que paulatinamente vão tomando o lugar das lutas físicas e do recurso à magia, substituindo-as pela via da argumentação e da demonstração³⁷.

A distinção entre direito natural (*physis*) e direito positivo (*nomos*) surge entre os gregos, decorrente da necessidade de explicar uma ordem jurídica composta de uma parte invariante e outra diferente de cidade para cidade³⁸. No seu nascedouro, a dicotomia apenas expressava diversos aspectos da mesma ordem jurídica vigente; só muito mais tarde é que os

³¹ LUHMANN, Niklas. “O direito como estrutura da sociedade”. In: **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 183.

³² **idem ibidem**. P. 186.

³³ **idem ibidem**. P. 188.

³⁴ **idem ibidem**. P. 192.

³⁵ **idem ibidem**. P. 201.

³⁶ **idem ibidem**. P. 206.

³⁷ **idem ibidem**. P. 208-209.

³⁸ **idem ibidem**. P. 221.

dois conceitos, já transformados em *lex naturalis* e *lex positiva*, estariam dispostos em uma relação de hierarquia³⁹.

Luhmann afirma ainda que foi a formulação cristã do antigo direito natural que possibilitou o advento do positivismo. Isso porque, ao deslocar as bases do direito natural dos costumes antigos para a vontade divina (melhor se diria “inteligência divina”), o Cristianismo tornou-os passível de disputa teológica, de argumentação racional⁴⁰. Tornou-se assim possível discutir o que antes era um dado indiscutível. Este processo culminou com o surgimento do direito positivo, “cuja vigência baseia-se exclusivamente na decisão e que é modificável também através de decisão”⁴¹.

Aftalión aponta no Direito Natural as seguintes características: a) seus princípios são válidos em todo o tempo e lugar; b) tais princípios fundamentam-se em algo superior ao homem, que não pode ser por este mudado; c) em consequência, o Direito Natural não estaria sujeito às vicissitudes da história nem mesmo quanto ao seu conteúdo⁴².

Discorrendo sobre as suas origens, nega que se possa considerar Aristóteles um jusnaturalista, uma vez que sua referência ao “justo natural” -- feita na *Ēthica Nicomáchea*⁴³-- leva em consideração que a natureza do homem é mutável e, em consequência, também o direito natural. Afirma que a expressão tem sua origem no Iluminismo grego do século V a.C., na passagem do pensamento mítico para o conhecimento racional, caracterizando assim o jusnaturalismo como uma posição filosófica e não jurídica^{44 45}. Do mesmo modo, rejeita a pretensão de que o Direito Natural possa ser fonte do direito (admite, apenas, que a doutrina jusnaturalista o possa ser, como qualquer doutrina) e afirma haver nele uma função ideológica, exercendo papéis ora revolucionários, ora conservadores⁴⁶.

³⁹ LUHMANN, Niklas. “O direito como estrutura da sociedade”. In: **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 221-222.

⁴⁰ **idem ibidem**. P. 231.

⁴¹ **idem ibidem**. P. 237.

⁴² AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. P. 177.

⁴³ ARISTÓTELES, *Ἠθικὰ Νικομάχεια*, V, 7., 1134b. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg010.perseus-grc1:1134b.15> Último acesso em: 05/05/2019.

⁴⁴ AFTALIÓN, Enrique R. et al. **Op. Cit.** P. 179-180.

⁴⁵ Não parece possível negar a natureza filosófica do direito natural e não se vê como isso possa ser um demérito. Cf. Leo Strauss: “A ideia de direito natural é necessariamente ignorada enquanto se ignorar a ideia de natureza. A descoberta da natureza é tarefa da filosofia. Onde não há filosofia, não há conhecimento do direito natural enquanto tal.” STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa, Portugal : Edições 70, 2009. P. 71.

⁴⁶ AFTALIÓN, Enrique R. et al. **Op. Cit.** P. 181-183.

Nelson Saldanha também afirma que o problema do direito natural “se refere a uma ordem jurídica ideal”⁴⁷, com frequentes referências à ordem positiva vigente, quer para a fundamentar, quer para recusá-la⁴⁸. Remonta as origens do tema também aos gregos, com referência à Antígona, aos sofistas (que enfatizaram a distinção entre *physis* e *nomos*, defendendo a lei da natureza como superior à lei dos homens e ao clamor da multidão) e a Aristóteles⁴⁹. Aqui já não se encontram ressalvas à menção do Estagirita.

Traça a seguir o desenvolvimento da concepção jusnaturalista no Ocidente, a qual atinge o ápice com Santo Tomás, em quem encontramos não mais um “direito natural”, mas uma “lei natural”, distinta por um lado da lei divina e, por outro, da lei positiva⁵⁰. A seguir, o processo de dessacralização, iniciado no Renascimento e continuado com o Iluminismo, abriu as portas para o jusnaturalismo racional (Grotius) e para o surgimento do juspositivismo⁵¹. Mais adiante, na passagem para a modernidade passa-se a falar em “direito natural de conteúdo variável” e em “direitos naturais”, no plural, expressão onde já se insinuava uma concepção de direitos subjetivos inexistente no *jus naturale* clássico^{52 53}.

Defende também que a dicotomia entre direito natural e direito positivo só foi possível na Modernidade, na medida em que surgiram, praticamente ao mesmo tempo, o racionalismo jurídico e o direito natural de Grotius. É que na Idade Média as coisas eram no geral compreendidas como “naturais”, e é o Renascimento que permite compreender “a política como “arte” e o Estado como criação dos homens”⁵⁴. Em um contexto onde o homem se assenhoreia da natureza, compreende-lhe o funcionamento e se torna capaz de a dominar, era esperado que a mesma racionalidade fosse aplicada também ao direito.

Finalmente, Saldanha entende que a polêmica entre jusnaturalismo e juspositivismo se encontra hoje esvaziada, com a vitória da racionalidade moderna que possibilitou a aparição e o estabelecimento deste. Mas ao mesmo tempo entende que o desmoronamento do *jus naturale* deixou vestígios permanentes no edifício do pensamento jurídico contemporâneo, incorporando-lhe componentes valorativos e hermenêuticos que, em um certo sentido,

⁴⁷ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. P. 184.

⁴⁸ **idem ibidem**. P. 183-184.

⁴⁹ **idem ibidem**. P. 185-188.

⁵⁰ **idem ibidem**. P. 188-189.

⁵¹ **idem ibidem**. P. 189-190.

⁵² **idem ibidem**. P. 192.

⁵³ Sobre o assunto, interessante verificar também o que diz Villey, para quem os direitos humanos eram desconhecidos na Antiguidade. Cf. VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. P. 81-106.

⁵⁴ SALDANHA, Nelson. **Op. Cit.** P. 195-196.

exercem a mesma função crítica do positivismo outrora desempenhada pelas doutrinas do Direito Natural. Neste sentido, Saldanha identifica uma “tendência a encontrar “direito aplicável” sem se prender aos limites literais da lei”⁵⁵, por meio da utilização do que ele chama de jusnaturalismo hermenêutico, que se assemelharia a um jusnaturalismo sem direito natural⁵⁶. Os modernos direitos humanos, com sua pretensão de universalidade, poderiam ser enquadrados nesta dinâmica, embora sejam, para o filósofo, mais uma padronização de conceitos ocidentais do que uma universalização do direito⁵⁷.

Hart também reconhece a incompatibilidade da racionalidade jurídica moderna com o Direito Natural, mas lhe faz generosas deferências. Em primeiro lugar, não obstante afirme que os conceitos jusnaturalistas apenas fazem sentido dentro de uma concepção de mundo teleológica que se tornou obsoleta com o advento do Racionalismo, envida sinceros esforços para transportar, da argumentação metafísica para a linguagem moderna, certos conceitos básicos do Direito Natural que ele reconhece como verdadeiros⁵⁸. Com tal intento, ele faz uma concessão às antigas concepções teleológicas da natureza e sustenta que a sobrevivência do homem, quer considerado individualmente, quer em sociedade, é uma finalidade necessária à natureza humana tal como ela é -- e disso não pode deixar de decorrer certos direitos igualmente necessários⁵⁹.

Em segundo lugar, ele discorre sobre este conteúdo mínimo do direito natural, concluindo pela necessidade de cinco truísmos e suas consequências práticas: (1) *Vulnerabilidade humana*, ou seja, o fato de que os homens são suscetíveis a danos corporais, de modo que alguma espécie de pacto de não agressão -- tradicionalmente expresso na universal vedação jurídica ao homicídio -- é necessária ao convívio social; (2) *Igualdade aproximada*, isto é, a circunstância de que nenhum homem é muito superior aos demais, nem

⁵⁵ SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. P. 203,

⁵⁶ **idem ibidem**. P. 204.

⁵⁷ **idem ibidem**. P. 205-206.

⁵⁸ “Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito”. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 204.

⁵⁹ “A reflexão acerca de algumas generalizações bastante óbvias -- na verdade, truísmos -- respeitantes à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem mostra que, enquanto estas se mantiverem válidas, há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável. (...) Tais princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e às suas finalidades, podem ser considerados o conteúdo mínimo do Direito Natural, em contraste com as construções mais grandiosas e mais controvertidas que têm sido frequentemente expressas sob aquele nome.” **idem ibidem**. P. 209.

muito inferior aos seus pares, de modo que é impossível a um indivíduo isolado subjugar todos os outros e, portanto, a ninguém é possível prosperar sem alguma espécie de cooperação; (3) *Altruísmo limitado*, ou seja, os homens são capazes de aderir a regras básicas de moral e de direito que tornem possível a convivência social: nem são anjos, para os quais tais regras seriam desnecessárias, nem demônios, aos quais seriam impossíveis; (4) *Recursos limitados*, i.e., dado que os bens de que o homem necessita não são ilimitados e, em regra, não se produzem sem trabalho, é necessária alguma espécie de proteção à propriedade (não necessariamente a propriedade privada) a fim de que os homens não sucumbam à escassez de recursos: por exemplo, é preciso, ao menos, que, no intervalo entre o plantio e a colheita, a terra seja protegida de incursões indiscriminadas; e (5) *Compreensão e força de vontade limitadas*, ou seja, o fato de que os homens podem ser eventualmente tentados a violar as regras de convivência do grupo e que, por conta disso, é necessário que haja uma instituição social responsável por fazer valer a observância de tais regras mediante o emprego da força⁶⁰. Nestas considerações estão contidas, ao mesmo tempo, pressupostos e conclusões de um conteúdo para o Direito Natural⁶¹.

Finalmente, em terceiro lugar, Hart aborda o problema -- situado nas relações entre direito e moral -- do direito injusto. Para ele, a preocupação maior do juspositivismo em distinguir direito de moral, e em afirmar a validade jurídica mesmo das normas que sejam moralmente iníquas, é evitar toda espécie de confusão quanto à atitude a ser tomada pelo cidadão perante uma lei imoral que, no entanto, foi devidamente legislada⁶².

Hart entende haver dois conceitos possíveis de ordenamento jurídico: um amplo, que inclui mesmo as normas iníquas entre as normas jurídicas, e um restrito, que reserva o direito apenas às leis justas. Advoga em favor do amplo, argumentando que não se encontraria vantagem científica alguma em deixar o estudo das leis injustas a uma disciplina outra que o direito⁶³. Ainda, que um sistema jurídico onde não houvesse a mais mínima iniquidade seria evidentemente uma abstração, impossível de se encontrar nas sociedades concretas.

No entanto, ele não reclama uma obediência cega ao direito, defendendo ao contrário que os indivíduos devem pautar as suas ações pelo crivo da moral, mesmo que eventualmente

⁶⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 209-216.

⁶¹ Comparar com DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 65-75; 81-100; 109-121.

⁶² HART, H. L. A. **Op Cit.** P. 224.

⁶³ **idem ibidem**. P. 226.

em oposição ao direito posto⁶⁴. Apenas nega a esta atitude caráter jurídico⁶⁵. É a mesma ideia kelseniana: o sujeito pode até se recusar a obedecer um ato que considera nulo, mas o faz correndo o risco de ser processado e punido pela autoridade⁶⁶.

Tratando do mesmo problema, Bobbio adota idêntica solução, ao menos no que concerne à juridicidade das normas injustas. Para ele, a correspondência entre o direito e a justiça pode até ser um ideal, uma exigência, mas não uma realidade de fato⁶⁷. Segundo ele argumenta, não é possível reduzir o direito ao justo porque a justiça não é uma verdade evidente, e um dos valores fundamentais sobre o qual se assenta o direito é a certeza⁶⁸. Ora, havendo dúvidas sobre o que é justo ou injusto, o direito -- e a consequente vida em sociedade que ele possibilita -- se tornaria impossível. Portanto, o direito pode ser injusto e, ainda assim, obrigatório: “uma norma pode ser válida (isto é, deve ser obedecida) mesmo que injusta”⁶⁹.

Em sentido contrário, a concepção tomista é a de que a lei injusta -- que discorda da lei natural -- *non erit lex sed legis corruptio*⁷⁰. Posição diametralmente oposta à dos autores citados, e que se verá mais aprofundadamente em capítulo oportuno, mas à luz da qual já é possível perceber que, no fundo, “o problema do direito natural não é senão a tradução do problema da verdade para o universo jurídico”⁷¹.

2. Em busca de uma concepção jurídica do Direito Natural

2.1. Direito Natural e Moral: breve esboço histórico

É possível agora aprofundar as nossas investigações. Consideradas as distinções entre direito natural e direito positivo, por um lado, e entre direito (positivo) e moral, por outro lado, cabe agora indagar: é possível estabelecer critérios para diferenciar o direito natural da moral? Começemos por indagar como o problema foi historicamente apresentado.

⁶⁴ “Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral.” HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 226-227.

⁶⁵ Mais uma vez, comparar com DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 124-127.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo : Martins Fontes, 2003. P. 143.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP : EDIPRO, 2001. P. 55.

⁶⁸ *idem ibidem*. P. 56-57.

⁶⁹ *idem ibidem*. P. 58.

⁷⁰ Summa, I-IIae, q. 95, a.2, Resp.

⁷¹ CASTRO JR., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo : Noeses, 2011. P. 33.

Parece haver um consenso de que a concepção tradicional de direito natural concebe-o indistintamente da moral social. Assim, por exemplo, Delgado:

Os filósofos e os teólogos morais identificam muito bem a realidade da natureza humana e suas características fundamentais. Percebem e definem a existência da lei moral, ou da lei natural (que os teólogos dirão ser participação na lei divina), e nela distinguem não somente os deveres do homem para com Deus e para consigo mesmo, mas também os deveres dos homens para com os outros homens, para com a sociedade na qual convivem -- o campo próprio do que se chamaria a Moral Social. E, neste campo, relacionam direitos e deveres, a trama das relações interpessoais com os dois polos de sujeitos. E pronto: pensam que aí está o Direito Natural. Confundido, identificado integralmente com a Moral Social.⁷²

Jacques Leclercq diz o mesmo:

A tradição é unânime. Quer se trate do antigo e do famoso texto de Antígona, quer da filosofia escolástica, ou da Escola do Direito Natural da Idade Moderna -- para todos, o Direito Natural é Moral e só Moral. É o capítulo da justiça, dizem os escolásticos; a moral social, diz a Escola do Direito Natural e repetem-no muitos juristas desde então até aos nossos dias. Trata-se de deveres da Moral cuja obrigação pode ser sancionada pelo Direito.⁷³

No mesmo sentido, Dabin: “o que sempre foi pedido ao “Direito natural” ou à “lei natural” são princípios de conduta moral, entendido que o homem é um ser social e político, e que, moralmente, tem deveres sociais e políticos”⁷⁴. E ainda: “jamais se delineou nenhuma diferença entre o *Direito natural* inter-individual e a *moral* inter-individual”⁷⁵. E finalmente: “não existe um *Direito natural jurídico*, no sentido de soluções ou mesmo de simples diretrizes dadas antecipadamente à autoridade encarregada do estabelecimento da lei civil segundo o bem público”⁷⁶.

Mesmo os jusnaturalistas que não abordam diretamente o problema terminam por confessar a indistinção entre os dois saberes. Assim, por exemplo, Galvão de Sousa, para

⁷² DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 159.

⁷³ LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--]. P. 106.

⁷⁴ DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução: Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 2010. P. 282-283.

⁷⁵ **idem ibidem**. P. 284.

⁷⁶ **idem ibidem**. P. 293.

quem “o direito natural é um direito essencialmente moral”⁷⁷ e “o direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos primeiros princípios da moralidade”⁷⁸; ainda que mais adiante ele esclareça dizer “que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem enquanto homem”⁷⁹ -- o que não é propriamente a perspectiva exclusiva da moral --, é patente que não existe aqui nenhuma preocupação em distinguir os dois campos.

2.2. Critérios de distinção entre Direito Natural e Moral Social

Para distinguir o direito da moral, e em particular o direito natural da moral social, é preciso entender a perspectiva própria do direito. Em primeiro lugar, o direito é, sempre, um saber circunstanciado, vigente em uma determinada sociedade e imposto pela autoridade social: coercibilidade e vigência são dois elementos sem os quais descabe falar em direito⁸⁰. Em segundo lugar, as normas jurídicas são aquelas cujo cumprimento a força social organizada vai impor a todo o conjunto da sociedade⁸¹. Todo agrupamento humano se constitui em torno de normas de comportamento, mas somente algumas dessas normas serão erigidas em normas jurídicas. Finalmente, em terceiro lugar, serão consideradas jurídicas aquelas normas que o grupo social reputar necessárias à boa vida da sociedade, essenciais para garantir a coexistência social⁸²: um ponto de vista teleológico portanto. A distinção entre a norma moral e a norma jurídica é a finalidade com a qual uma e outra é instituída: a primeira quer aperfeiçoar o homem, a segunda, possibilitar a convivência dos homens em sociedade⁸³.

Deste modo, o direito pode ser identificado pelas seguintes características essenciais: i) é uma forma de resolver conflitos na sociedade; ii) possui vigência em uma determinada sociedade concreta; iii) consiste no recurso a um terceiro, a um *tertius*, equidistante às partes em conflito, a quem compete dizer quem tem razão no litígio; iv) pode reclamar o auxílio da força social organizada para fazer valer as suas decisões; v) o papel do terceiro (*tertius*) consiste na aplicação das normas escolhidas pelo grupo social; vi) o critério da escolha dessas

⁷⁷ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977. P. 8.

⁷⁸ id. *ibid*.

⁷⁹ *idem ibidem*. P. 9.

⁸⁰ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 17.

⁸¹ *idem ibidem*. P. 25.

⁸² *idem ibidem*. P. 26-27.

⁸³ Cf. *supra*, Seção 1.2. Embora adotem enfoques distintos (Villey, a divisão dos bens exteriores; Delgado, o comportamento necessário à coexistência social), a nosso ver ambos os autores estão em essência falando a mesma coisa.

normas é a sua necessidade para a boa convivência social; e vii) a decisão do *tertius* é tomada conforme a razão, i.e., a sua atividade consiste essencialmente em identificar, entre as duas partes antagônicas, qual delas possui *razão* -- que é o mesmo que dizer possui *direito* -- no litígio submetido ao Judiciário. Qualquer sistema jurídico do passado ou do presente pode ser encontrado nessas características, verdadeiramente universais ao fenômeno jurídico⁸⁴.

A partir dessas considerações, pode-se avançar na identificação do direito natural. Primeiro, é possível identificar a sua perspectiva própria; depois, indagar acerca das suas condições de possibilidade. Por fim, parece natural investigar se é possível encontrar um seu conteúdo mínimo.

Acerca da *perspectiva própria* do direito natural, é possível identificá-la a partir de quanto já foi dito. Ora, se o propósito do direito é a identificação das normas sociais cujo cumprimento é passível de ser exigido a toda a sociedade, o direito natural outro objetivo não tem que circunscrever aquelas normas sociais que, por *derivarem da natureza humana*, devem ser necessariamente exigidas em toda e qualquer sociedade.

Assim, o papel do direito natural é saber se “determinadas condutas, ou determinadas normas de comportamento, que devem ser impostas na sociedade, podem ser deduzidas da simples consideração do que é a natureza humana”⁸⁵. Em outras palavras, indagar acerca do direito natural implica em reconhecer à natureza humana certas exigências de comportamento social, as quais deveriam, necessariamente, ser exigidas em qualquer sociedade. O papel do jusnaturalismo, assim, é responder se existiriam e, em caso positivo, quais seriam as normas de comportamento que deveriam ser exigidas para toda e qualquer sociedade humana⁸⁶.

Quatro são, assim, os elementos fundamentais do ser do homem -- as *condições de possibilidade* do direito natural. Primeiro, a sua inafastável *singularidade*: dentre todos os seres que habitam a terra, o homem se destaca como possuindo uma dignidade essencial. Depois, a essencial *igualdade* entre todos os homens: se é verdade que a primazia da natureza pertence ao homem, é igualmente verdade que esta primazia é detida por todos os homens individuais. Há, em terceiro lugar, a questão acerca da *preservação da vida* humana: se o homem detém primazia sobre todos os seres existentes, claro está que o exercício desta primazia pressupõe e exige a vida do homem, que ninguém tem o direito de arbitrariamente retirar. E, finalmente, a sua essencial *liberdade*, quer dizer, a característica essencialmente

⁸⁴ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 34-35.

⁸⁵ **idem ibidem**. P. 51.

⁸⁶ **idem ibidem**. P. 52.

única de cada existência humana, insubstituível, e o fato de que a natureza humana será perfeitamente realizada, em suas excelências, da maneira que melhor aprouver a cada ser humano concreto, exercendo a sua autodeterminação, na capacidade fundamental de decidir a própria vida e os próprios caminhos ⁸⁷. Essa liberdade, naturalmente, pressupõe e exige o conhecimento acerca do fim último do homem e dos meios de o realizar: afinal, “para ser verdadeiramente livre, uma ação implica em que se conheça aquilo que se faz”⁸⁸.

A partir dessas características, é possível colocar a questão acerca de um *conteúdo do direito natural*. Ora, se o direito natural é verdadeiramente direito, tal conteúdo não se pode identificar simplesmente com os primeiros princípios da moral -- *o bem deve ser feito e, o mal, evitado*; do mesmo modo, não é possível imaginá-lo como um conceito sem conteúdo, a ser preenchido de acordo com as contingências da existência humana. Ora, se o direito natural depende essencialmente da natureza humana, e se a natureza humana é a mesma para todos os homens, em qualquer tempo, então há de haver algo que deve ser constante quando se fala em direito natural.

Consideradas as coisas desta maneira, parece possível deduzir quatro conteúdos do direito natural, os quais vão a seguir apresentados.

Em primeiro lugar, *o pressuposto da igualdade de todos os homens*. Se, como foi visto, o homem detém um lugar especial na ordem das criaturas, se o homem é dotado de particular dignidade, é cediço que de tal dignidade participam, sem distinção, todos os homens⁸⁹. Perante os demais seres existentes, todo e qualquer homem exerce aquela particular primazia que assinalamos. Deste modo, o primeiro conteúdo do direito natural é aquele colocado no frontispício de nossa Constituição da República: todos os homens são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza⁹⁰.

O segundo conteúdo do direito natural são os direitos humanos, como tais considerados dois direitos fundamentais -- *o direito à vida e o direito à liberdade* -- dos quais se podem (e devem) deduzir todos os outros direitos. Do direito à vida decorrem todos os demais direitos, na medida em que a morte faz cessar a personalidade humana⁹¹ e a existência

⁸⁷ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 66-74.

⁸⁸ MONDIN, Battista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. São Paulo: Paulus, 1980. P. 110.

⁸⁹ DELGADO, José Luiz. **Op. Cit.** P. 81-83.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República**. Art. 5º, *caput*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Último acesso em: 08/05/2019.

⁹¹ BRASIL. **Código Civil**. Art. 6º: “A existência da pessoa natural termina com a morte”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Último acesso em: 08/05/2019.

do ser humano é condição absolutamente inafastável para que ele titularize quaisquer outros direitos, na ordem positiva ou na ordem natural. Deste modo, cada homem “tem direito à própria vida, que não lhe pode ser retirada por ninguém”⁹². Este direito à vida, ademais, não consiste apenas em permanecer na existência, mas deve frutificar em tudo àquilo necessário a uma existência digna dos homens, com todas as suas exigências descobertas na história.

O direito natural à liberdade consiste na possibilidade de que cada homem realize a sua primazia sobre todos os seres na medida e da maneira que melhor lhe aprouver. De tal modo é importante ao homem à sua liberdade que “ser privado dela é a suprema sanção que o homem pode merecer”⁹³. Em decorrência da vida e da liberdade, é possível deduzir, ao homem, como um direito natural secundário, derivado, subordinado, o direito à propriedade, que é “direito segundo, e deve estar condicionado ao direito à vida e ao direito à liberdade (que não são de alguns apenas, mas de todos os homens)”⁹⁴.

É possível identificar ainda um terceiro conteúdo do direito natural, ao qual já se fez menção. É que estes direitos, a razão exige que sejam efetivamente assegurados a todos os homens, com o auxílio, assim, da força social organizada. O direito natural exige, dessarte, o *direito positivo*. Que se constitua uma autoridade social é exigência da própria vida em sociedade, da qual o homem -- animal político -- é vocacionado a participar:

O grupo social precisa de **ordem**, e essa ordem requer uma autoridade: não somente tem de ser definida por uma autoridade como sobretudo tem de ser sustentada por ela, isto é, por uma força social organizada, que faça valer as determinações e as sanções.⁹⁵

Ou seja, o direito positivo é uma exigência do direito natural, as leis positivas perfazem o verdadeiro direito⁹⁶, são essenciais à vida em sociedade e são um progresso em relação às formas antigas de aplicação do direito⁹⁷. É dever de todo jusnaturalismo respeitar, defender e promover as excelências do direito positivo.

Há, por fim, que se reconhecer quarto conteúdo ao direito natural, sem o qual ele careceria de verdadeira eficácia. É que a ordem jurídica natural é passível de ser violada pela ordem positiva. Em casos extremos -- casos em que esta violação atingisse o âmago do sistema, por exemplo, casos em que direitos humanos básicos, como a vida e a liberdade,

⁹² DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 89.

⁹³ **idem ibidem**. P. 97.

⁹⁴ **idem ibidem**. P. 100.

⁹⁵ **idem ibidem**. P. 110.

⁹⁶ **idem ibidem**. P. 17-18.

⁹⁷ **idem ibidem**. P. 113-117.

fossem sistemática e institucionalmente violados --, é mister reconhecer que “a única tarefa adequada (e tarefa não só do político, ou do filósofo, ou do sociólogo, mas do **jurista** mesmo, do jurista enquanto tal) é **destruir** o sistema”⁹⁸. O direito de rebelião, assim, vem completar o conteúdo do direito natural.

É preciso cuidar que não se trata de qualquer imperfeição no direito positivo que autoriza a insurgência; erros menores, passíveis de serem corrigidos pelas próprias regras do sistema, devem ser tolerados. No entanto, se se está diante de um “ordenamento jurídico essencialmente fundado na injustiça e na iniquidade e não há convivência possível”⁹⁹, exsurge então o direito de revolta, reconhecido explicitamente pela Declaração da Revolução Francesa (1793)¹⁰⁰ e implicitamente pela Declaração dos Direitos do Homem da ONU¹⁰¹.

A traição do direito positivo ao direito natural é o que justifica o *direito de resistência*, quarto conteúdo do direito natural¹⁰² e verdadeira exigência de seus fundamentos.

Possível parecida, embora menos assertiva, é a que adota Jacques Leclercq. Para ele, o direito natural, em seus primórdios, podia ser reduzido a um conjunto de princípios observados na sociedade, geralmente identificados, em maior ou menor grau, com a moral dos governantes. Em regra, só se discutia sobre o direito natural quando se estava diante de uma injustiça: é neste contexto que vemos uma Antígona sustentar, contra a fúria de Creonte, que a lei moral estava acima da lei jurídica. Ao direito positivo injusto era possível opor -- todos o sabiam, todos o aceitavam -- os princípios morais do direito natural¹⁰³.

A tradição medieval, apresentando o direito natural como um capítulo da justiça, não fugia à mesma concepção: aplicada ao homem, a lei natural se confunde com a lei moral e é ela que deve superintender todas as ações humanas -- dentre as quais o direito. É somente com o Renascimento e com a “Escola do direito natural” que se passa a concebê-lo como um modelo do direito positivo, a cujos ditames ideais os ordenamentos positivos todos se devem

⁹⁸ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 124.

⁹⁹ id. *ibid*.

¹⁰⁰ **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1793**. Art. XXXIII: “A resistência à opressão é a consequência dos outros direitos do homem”. Art. XXXV: “Quando o governo viola os direitos do Povo, a revolta é para o Povo e para cada agrupamento do Povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm> Último acesso em: 09/05/2019.

¹⁰¹ **Declaração dos Direitos Humanos da ONU**. Preâmbulo: “Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão (...)”. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Último acesso em: 09/05/2019.

¹⁰² DELGADO, José Luiz. **Op. Cit.** P. 127.

¹⁰³ LECLERCQ, Jacques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961. P. 26-29.

conformar até aos mínimos detalhes. Tal concepção distingue o direito natural da moral; mas, no mesmo ato, apresentando-o auto-suficiente e auto-evidente, alija-o de seus fundamentos¹⁰⁴. Não por acaso, começam aqui as dissensões entre os jusnaturalistas e os distintos sistemas de direito natural incompatíveis entre si; e não surpreendentemente, este jusnaturalismo saiu derrotado no embate contra o positivismo oitocentista.

No entanto, o objeto da moral é bastante diferente do objeto do direito. Compete à moral valorar os atos humanos, isto é, aqueles atos praticados pelos homens sob o império da razão: os atos realizados livremente com vistas a um fim. É, portanto, em última instância a intenção subjetiva quem confere o caráter moral à ação do homem¹⁰⁵: a moral é essencialmente pessoal, diz sempre respeito a deveres auto-impostos pela consciência humana. O valor intrínseco da vida humana, por exemplo, não é propriamente uma questão moral: é um dado da realidade. A maneira como eu vou me comportar perante este dado em uma situação existencial concreta, esta sim é a verdadeira perspectiva moral¹⁰⁶.

Por isso, são duas questões essencialmente distintas a forma como se deve organizar a vida em sociedade e a forma como eu devo me comportar em sociedade. Deste modo:

O problema moral do agricultor consistirá em exercer bem o seu ofício, e a ciência técnica da agricultura indicará as condições do bom exercício dessa atividade. A questão social da agricultura consistirá em saber como determinar o posto dos agricultores na sociedade, de modo a que eles prestem os serviços que devem prestar. E a moral social do agricultor estudará os problemas relativos àquilo que o agricultor deve fazer para prestar a seus semelhantes os serviços que estes têm o direito de esperar dele.

107

Coisa totalmente distinta é o objeto do direito. Fundamentalmente concebido como direito positivo, este é, basicamente, o conjunto das normas de vida comum cuja autenticidade é reconhecida e sancionada pelo Estado. Têm, portanto, ao contrário da moral, um acentuado caráter social. A regra da moral é a regra da consciência, cujo maior valor está, como se viu,

¹⁰⁴ LECLERCQ, Jacques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961. P. 30-41.

¹⁰⁵ “Se é falso tratar do dever sem levar em conta o bem, é, pelo contrário, verdade que o caráter específico da moralidade se acha na *intenção*; e aqui concordamos com Kant. Não há moralidade, não tem o caráter moral, se não há intenção, dirigindo-se esta essencialmente não para o dever mas para o bem como tal.” LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. P. 250.

¹⁰⁶ LECLERCQ, Jacques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961. P. 45-62.

¹⁰⁷ LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--]. P. 49.

na intenção; o direito, por sua vez, radica nas necessidades do homem em sociedade. Para usar uma imagem clássica, perante o homem sozinho em uma ilha haveria ainda moral, mas não direito¹⁰⁸: os problemas próprios do direito só se colocam quando o homem se encontra diante de outros homens. Relaciona-se o direito com a moral na medida em que o cumprimento de determinada regra de moral conduz ao bem comum da sociedade: destarte, eventuais coincidências de conteúdo que podem haver entre as duas esferas possuem fundamentos bem distintos¹⁰⁹. Moralmente falando, um homem não deve matar o seu vizinho porque a vida dele é um bem digno de respeito; não pode matá-lo, juridicamente falando, porque é importante à vida em sociedade que os homens vivam próximos uns dos outros sem que se matem.

O direito visa à ordem social, almeja o bem comum. A moral, mesmo a “moral social”, diz respeito à consciência individual enquanto inserida na sociedade¹¹⁰.

Distinguidos assim os objetos de ambas as ciências, o que dizer do direito natural? A despeito de a tradição o situar no âmbito da moral social, é forçoso reconhecer que o problema de que ele precipuamente se ocupa é o da organização da vida em sociedade, e não o da tomada de posição do indivíduo humano perante a sua consciência: é um problema essencialmente jurídico e não moral¹¹¹. Neste sentido:

Se existe uma natureza humana, devem existir condições naturais da organização social que subministrem os princípios naturais do direito, nos mesmos termos em que as condições naturais da moral fornecem os princípios naturais da moral. [...] O Direito Natural investiga as regras universalmente válidas por estarem ligadas à própria natureza humana e participarem da sua extensão. Trata-se, por conseguinte, de estudar as leis naturais que devem estar na base do direito positivo. Se a natureza do homem exige que se viva em sociedade, e se a sociedade pressupõe um poder organizado, é preciso investigar se se verificam determinadas condições de organização do poder que devem encontrar-se em todas as sociedades.¹¹²

¹⁰⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008. P. 67.

¹⁰⁹ LECLERCQ, Jaques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961. P. 66-107.

¹¹⁰ **idem ibidem**. P. 100.

¹¹¹ **idem ibidem**. P. 125-130.

¹¹² LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--]. P. 110-111.

Em resumo, o problema que o direito natural se propõe a resolver é um problema de organização social, jamais um problema de consciência. É por isso que a sua perspectiva é a jurídica e não a da moral. É por isso que direito natural é direito e não moral¹¹³.

Esta concepção de Leclercq, como se vê, aproxima-se bastante da de Delgado. Há, no entanto, ao menos uma importante dissensão, que pode ser ilustrada no seguinte: o primeiro vacila quanto ao “direito de rebelião”, parecendo colocá-lo ora como uma questão moral¹¹⁴, ora como um problema de direito natural¹¹⁵, enquanto que o último o situa entre os conteúdos fundamentais do direito natural, como se viu. Na verdade, embora ambos os autores reconheçam a existência do direito natural e o seu caráter jurídico, divergem ambos quanto ao seu conteúdo -- e esta parece ser a maior desavença entre eles¹¹⁶.

Sob esta perspectiva, é possível distinguir a moral social do direito natural, salvaguardando, quanto a este último, o seu caráter essencialmente jurídico.

2.3. Direito Natural nos antigos: Santo Tomás distinguia direito e moral?

Vimos como é possível estabelecer critérios científicos para distinguir direito (natural) de moral (social). Vimos, também, como essa distinção passou despercebida ao longo da história do direito, uma vez que, tanto na Antiguidade como na Idade Média, e em todos os tempos antes do advento do Racionalismo Jurídico, o direito natural foi sempre concebido como um capítulo da moral. Mas isso será exato?

A nosso sentir, há um problema hermenêutico nessa posição. É que a questão da distinção específica entre direito e moral não se colocava aos antigos nos mesmos termos em que nós nos acostumamos a abordá-la e respondê-la: deste modo, palavras que hoje convencionamos empregar em certos sentidos, extremamente restritos e cientificamente bem delimitados, foram no passado utilizadas em contextos completamente diferentes¹¹⁷ -- coisa

¹¹³ LECLERCQ, Jacques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961. P. 132.

¹¹⁴ “Pensemos, por ejemplo, en el derecho de rebelión: ¿tienen los ciudadanos el derecho a rebelarse contra los gobernantes injustos? ¿Qué medios pueden y deben emplear? Cuestiones morales.” **idem ibidem**. P. 132.

¹¹⁵ “Pero si se trata de una cuestión de organización social y no de actitud personal, si se trata de saber en qué medida y de qué manera es deseable que el derecho de rebelión pase al derecho positivo, se llega al derecho natural”. **idem ibidem**. P. 133.

¹¹⁶ “¿Qué contiene el derecho natural? La única respuesta razonable es que no se sabe nada de ello, y que hay que investigarlo”. **idem ibidem**. P. 142.

¹¹⁷ Veja-se, à guisa de exemplo, um outro assunto completamente diferente: as discussões medievais acerca da “hierarquia” -- dos anjos, da Igreja, dos poderes temporais -- foram travadas em termos de pensamento analógico que guardam bem pouca relação com o significado fêrreo do termo “hierarquia” nas relações de superioridade e subordinação atuais. Cf. MARENBO, John; LUSCOMBE, D. E. “Duas ideias medievais: eternidade e hierarquia”. In: **Filosofia Medieval**. A. S. McGrade (org.). Aparecida - SP : Ideias & Letras, 2018. P. 71- 95.

que gera incompreensões. Ora, é preciso lembrar que nem os dramaturgos gregos e nem os filósofos escolásticos eram acadêmicos no sentido moderno. Se a escolástica disse que a mesma lei natural regia tanto o movimento dos astros como as relações entre os homens, disso não é lícito concluir que, para os escolásticos, o comportamento humano estava sujeito à mesma causalidade mecânica que a que determina as órbitas planetárias. É fato que os antigos chamavam de “lei natural” tanto regras morais quanto regras jurídicas; disso não segue, no entanto, que eles não percebessem a diferença entre as duas ordens de realidade.

À luz de quanto já discutimos é possível desenvolver e aprofundar melhor este argumento. Ora, qual a maior diferença entre o direito natural e a moral social? É que o primeiro, consistindo naquelas regras de comportamento derivadas da natureza humana que devem ser tornadas obrigatórias pelo direito positivo, permite-se (e por vezes até exige) tolerar certas coisas que sejam moralmente más, ou exigir algumas outras que sejam moralmente indiferentes. Nas palavras de Delgado, o direito natural “atribui à autoridade social, à lei positiva, a possibilidade de desconsiderar certas normas morais, como não precisando ou não sendo conveniente exigir seu cumprimento pela força social organizada”¹¹⁸. Nesta particularidade se encontra a autonomia dos dois campos: nem tudo o que é moralmente condenável será também juridicamente proibido. Nem a moral social precisa deixar de condenar toda mentira, nem o direito natural precisa criminalizar qualquer falta com a verdade.

Nisto se percebe tratar-se de dois âmbitos bem distintos de atuação; esta distinção terá passada despercebida ao pensamento escolástico? Não parece que tenha sido assim. Santo Tomás de Aquino -- e na esteira do pensamento dele a virtual totalidade dos moralistas católicos -- afirma com segurança que toda a lei humana deriva da lei natural¹¹⁹; no entanto, afirma também, com a mesma segurança, o seguinte:

Diz-se que a lei humana permite certas coisas, não pelas aprovar, mas pelas não poder dirigir. Pois, muitas coisas, das dirigidas pela lei divina, não o podem ser pela lei humana, porque o domínio da lei superior é mais vasto que o da inferior. Por onde, o mesmo não intrometer-se a lei humana naquilo que não pode dirigir, provém da ordem da lei eterna. O contrário se daria se aprovasse o que a lei eterna reprovava. Por isso daqui não se conclui, que não

¹¹⁸ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 160.

¹¹⁹ Summa, I-IIae, q. 95, a. 2.

derive a lei humana da eterna, mas sim, que não pode ter perfeita conformidade com ela.¹²⁰

Em uma palavra: o pensamento tomista identificava muito bem a necessidade de a lei humana *permitir* certas coisas em si mesmas proibidas pela Lei Eterna. E ia além: dizia que o fato mesmo de a lei positiva precisar permitir, no âmbito da vida social, certas coisas que, em si mesmas, eram moralmente reprováveis, provinha “da ordem da lei eterna” (*ex ordine legis aeternae provenit*¹²¹). Não é, portanto, uma contradição entre as duas ordens normativas; é a própria *lex naturalis* que exige à *lex posita* deixar impunes na ordem jurídica certas coisas que, na ordem moral, não podem deixar de receber sanção. Ora, trata-se exatamente da distinção apresentada acima por Delgado e Leclercq. Não parece legítimo, portanto, concluir que os escolásticos achassem que direito era moral, apenas porque empregavam a expressão “*lex naturalis*” para uma grande gama de coisas.

Em que sentido se pode dizer que o pensamento tomista “confunde” direito e moral? Apenas quanto ao *princípio* de um e de outra: como a lei é a razão pela qual os atos são dirigidos a um fim, então todas as leis -- morais, jurídicas, técnicas --, “na medida em que participam da reta razão, derivam da Lei Eterna”¹²². Este, pode-se dizer, é o *gênero próximo* de toda lei possível, no sentido mais lato que se pode atribuir à palavra. Ora, estabelecer um gênero próximo não é sinônimo de desconhecer a *diferença específica* pela qual um campo do saber se distingue de outro. Em particular, o estudo das normas de comportamento que a razão identifica como derivadas da natureza humana e que, portanto, devem ser necessariamente positivadas em uma sociedade -- o campo próprio do Direito Natural, na concepção dos autores apresentados -- não escapa à definição do Aquinate de participação da Lei Eterna (*inquantum participant de ratione recta*¹²³): antes, ao contrário, pressupõe-na.

Mas essa participação não se dá nos mesmos moldes da participação das leis morais ou das leis da arquitetura. Todas são leis, mas nem todas são da mesma natureza. Umas são normas morais, outras, normas técnicas, e outras ainda normas jurídicas. Malgrado não tenham exposto as coisas nestes termos, não parece razoável imaginar que os escolásticos enquadrassem todas as leis dentro dos limites técnicos que o termo “moral” adquiriu nos últimos séculos.

¹²⁰ Summa, I-IIae, q. 93, a. 3. ad. 3.

¹²¹ Summa, I-IIae, q. 93, a. 3. ad. 3.

¹²² Summa, I-IIae, q. 93, a. 3, Resp.

¹²³ Summa, I-IIae, q. 93, a. 3, Resp.

Particularmente em Santo Tomás a distinção é bastante clara. Ele diz que a lei humana deve ser estabelecida tendo em conta a multiplicidade dos membros da sociedade¹²⁴. Diz também que ela deve ser proporcionada aos homens a que se destina, uma vez que o seu cumprimento deve ser possível¹²⁵ e, dessarte, ela não pode impor a toda a massa dos cidadãos aquelas ações que são próprias dos homens virtuosos¹²⁶; sustenta igualmente, invocando a autoridade de Santo Agostinho, que a lei humana, concedida para governar os Estados, deve deixar impunes muitas coisas que são punidas pela Divina Providência (pela lei divina portanto, pela moral)¹²⁷. A lei humana, deste modo, não proíbe todos os atos viciosos nem prescreve todos os atos virtuosos -- *lex humana non prohibet omnes actus vitiosos, secundum obligationem praecepti, sicut nec praecipit omnes actus virtuosos*¹²⁸ -- o que é uma definição lapidar da autonomia do direito perante a moral.

Talvez a escolástica tardia ou o jusnaturalismo racionalista tenham perdido de vista essas lições. A indistinção entre moral e direito, no entanto, como se viu, não pode ser honestamente atribuída a Santo Tomás de Aquino, que sempre manteve diante dos olhos, com muita clareza, as especificidades da *lex humana* em relação à lei divina.

3. Jusnaturalismo e Maritainismo

3.1. Maritain e o Direito Natural

Jacques Maritain, filósofo francês do século XX¹²⁹, situa-se no ambiente da neo-escolástica¹³⁰. Seguindo o pensamento de Santo Tomás, Maritain também compreende o direito natural como derivado da natureza humana, mas faz uma importante distinção quanto ao seu modo de conhecimento. Para o filósofo francês, o conteúdo do direito natural é alcançado por cada ser humano não por abstração lógica ou por raciocínio dedutivo, mas por uma operação humana distinta, que ele vai chamar de conhecimento por *conaturalidade*.

Trata-se da distinção tomista entre a sabedoria obtida mediante o “uso perfeito da razão” e a sabedoria adquirida por “certa conaturalidade com a coisa que se há de julgar”¹³¹.

¹²⁴ Summa, I-IIae, q. 96, a. 1.

¹²⁵ Summa, I-IIae, q. 96, a. 2, Resp.

¹²⁶ Summa, I-IIae, q. 96, a. 2., ad. 2.

¹²⁷ Summa, I-IIae, q. 96, a. 2, ad. 3.

¹²⁸ Summa, I-IIae, q. 96, a. 3, ad. 1.

¹²⁹ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Ed. Loyola, 2001. P. 57-60.

¹³⁰ FRANCA, Leonel. **Noções de história da filosofia**. 24ª ed. Rio de Janeiro : Agir, 1990. P. 253-260.

¹³¹ Summa, II-IIae, q. 45, a. 2, Resp.

Santo Tomás, aparentemente, só fala desse conhecimento por inclinação quando vai se referir à experiência mística; Maritain defende que a concepção tomista de direito natural pressupõe esse mesmo conhecimento mediante inclinação¹³². Mais do que no conteúdo, é neste específico modo de conhecimento que se encontra a nota distintiva da lei natural em face do *jus gentium* ou da lei positiva¹³³.

Trata-se de uma abordagem completamente diferente do problema jusnaturalista: aqui o filósofo não está preocupado com “as condições naturais do direito [que] indicam as regras jurídicas que devem encontrar-se em toda a parte”¹³⁴, nem com a existência ou não de “diretrizes dadas antecipadamente à autoridade encarregada do estabelecimento da lei civil segundo o bem público”¹³⁵. Aqui se quer estabelecer um fundamento sólido -- político, histórico, filosófico, talvez, mas não jurídico -- para o problema dos direitos humanos a partir da tradição jusfilosófica do direito natural¹³⁶: a mesma tradição que, conforme vimos anteriormente¹³⁷, nunca se esforçou por distinguir direito e moral em campos analiticamente autônomos.

A abordagem de Maritain pressupõe igualmente uma diferença, no direito natural, entre o seu elemento ontológico e o seu elemento epistemológico ou gnoseológico¹³⁸. Uma coisa é o direito natural enquanto regra de comportamento derivada da natureza humana; outra coisa é o direito natural enquanto efetivamente conhecido pela consciência individual e coletiva. No primeiro destes aspectos, o direito natural é tão imutável quanto é imutável a própria natureza humana; no segundo aspecto, ele é tão progressivo quanto o conhecimento humano progride através da história¹³⁹.

A distinção tem diversos méritos. Em primeiro lugar, preserva a concepção tradicional de que o *lex naturalis*, enquanto participação na *lex aeterna*, é o que é, é justa -- aliás é o próprio arquétipo de justiça! -- e não depende da variedade dos tempos e nem da flutuação do

¹³² MARITAIN, Jacques. **Natural Law. Reflections on Theory and Practice**. Editor: William Sweet. South Bend, Indiana: St. Augustine Press, 2001. P. 34.

¹³³ **idem ibidem**. P. 47-53.

¹³⁴ LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--]. P. 110.

¹³⁵ DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução: Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 2010. P. 293.

¹³⁶ Cf., p.ex.: “o direito fundamental ou direito humano nada mais é que o próprio direito natural, ou, para ficar com Maritain, a lei não-escrita, base de todos os direitos particulares”. POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Ed. Loyola, 2001. P. 87.

¹³⁷ Cf. *supra*. Seção 2.1.

¹³⁸ MARITAIN, Jacques. **Natural Law. Reflections on Theory and Practice**. Editor: William Sweet. South Bend, Indiana: St. Augustine Press, 2001. P. 25-38.

¹³⁹ MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 102-112.

ânimo dos poderosos. A importância desta característica reside no singelo fato de que, se se quer levantar barreiras ao arbítrio dos governantes, é preciso que tais barreiras sejam firmes, sejam sólidas, e não dependam, também elas, de arranjos de ocasião. Importa salientar que Maritain adere integralmente à concepção tomista de lei e de autoridade: para ele, como para o Aquinate, “[u]ma lei não é lei se é injusta”^{140 141 142}.

Em segundo lugar, a distinção de Maritain consegue explicar o fato sociológico de que sociedades diferentes no tempo e no espaço têm e tiveram concepções bastante divergentes do que viria a ser uma norma justa. A concepção (caricata, mas ainda assim, e infelizmente, muito em voga) de um direito natural imutável e imediatamente conhecido por todos os homens contrasta violentamente com os dados da História: tanto quanto temos notícia, as sociedades quase sempre acreditaram estar produzindo normas justas, mesmo quando sancionaram a pilhagem, a tortura ou a escravidão. Sem negar a imutabilidade do direito natural, Maritain afirma que o seu conteúdo de maneira alguma é conhecido imediata e infalivelmente por qualquer pessoa¹⁴³. Isso contribui para mitigar o descrédito em que a Escola Racionalista lançou o direito natural.

Em terceiro lugar, por fim, essa distinção tem o mérito, o importante mérito, de apontar um caminho a ser seguido na seara jusfilosófica: é necessário investigar o conteúdo do direito natural, é preciso aprofundar cada vez mais o seu conhecimento, porque o que dele sabemos é ainda bastante pouco¹⁴⁴ -- é talvez quase nada...! -- e as suas possibilidades de florescimento são tantas quantas as próprias possibilidades de desenvolvimento da família humana. O direito natural, assim, apresenta-se não como um produto pronto e acabado, mas como uma mina a ser explorada com os olhares sempre novos do progresso dos povos -- do

¹⁴⁰ “[P]elo fato de que o bem comum é o fundamento da autoridade, esta falha à sua própria essência política se for injusta. Uma lei não é lei se é injusta.” MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 21.

¹⁴¹ “Mais tarde os teólogos explicarão que uma lei injusta falta à essência de lei, e não obriga em consciência”. MARITAIN, Jacques. **O pensamento vivo de São Paulo**. São Paulo : Livraria Martins Editôra, 1961. P. 150.

¹⁴² O que também não quer dizer que ela não seja lei de nenhuma maneira. Cf. FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007. P. 109-111. Cf. tb. MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 67-90.

¹⁴³ No Brasil, Galvão de Sousa fazia idêntico esforço. Cf., p. ex.: “O conhecimento dessas aplicações da lei natural não é o mesmo em todos os homens e pode ser prejudicado por causas accidentaes, como a força das paixões, os maus costumes ou o diverso desenvolvimento da razão e da civilização. E' o que explica o facto de alguns povos terem chegado a considerar licitos o furto ou a anthropophagia.” SOUSA, José Pedro Galvão de. **O positivismo jurídico e o direito natural**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1940. P. 28-29.

¹⁴⁴ Cf. LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--]. P. 122-126.

progresso da consciência humana --, de onde os novos instrumentos trazidos pelo avanço da História permitem tirar sempre e cada vez mais novas riquezas.

3.2. Críticas à filosofia de Maritain.

No entanto, esta concepção não é indene a críticas. A primeira e talvez mais importante delas reside justamente na noção de conhecimento “por inclinação” ou “por conaturalidade” que Maritain parece considerar a fonte mesma do direito natural¹⁴⁵. Tal aspecto do seu pensamento é tão forte, aliás, que o filósofo, certa vez, chega a distinguir “direito natural” de “direito comum” (*jus gentium*) pela forma como eles são conhecidos¹⁴⁶. Em outra passagem, mais comedido, Maritain, reconhecendo a dificuldade de definir o direito das gentes, limita-se a afirmar que ele diz respeito “aos direitos e deveres que decorrem do primeiro princípio de maneira *necessária*, (...) supostas certas condições de fato, como por exemplo o estado de sociedade civil ou as relações entre povos”¹⁴⁷.

Ora, se a lei natural não é conhecida mediante o exercício da razão, de que maneira seria possível pô-la à prova perante a diversidade das tradições culturais humanas? Se a própria dita “racionalidade ocidental” parece por vezes um conteúdo muito mais etnocêntrico do que propriamente universal, o que dizer desse conhecimento “por conaturalidade” que Maritain foi buscar em passagens obscuras da Suma Teológica¹⁴⁸?

Não parece que haja um conhecimento “por inclinação” dos primeiros princípios do direito natural, exatamente porque a experiência parece indicar que existem tantos direitos naturais quantos são os jusnaturalistas. Se essa forma de conhecimento existe, e se ela é própria da natureza humana, então ela deveria se distribuir de maneira relativamente uniforme entre os seres humanos -- e isso parece não se verificar.

Uma segunda crítica que se pode fazer ao pensamento de Maritain está nos pressupostos do seu sistema. Como tomista, o filósofo incorpora profundamente os fundamentos metafísicos do sistema de Santo Tomás, em particular no que diz respeito ao fundamento da lei (conforme se viu anteriormente): para Maritain, assim como para Santo Tomás, toda a lei -- e isso inclui a lei natural -- depende da Lei Eterna, depende da participação na Razão Divina, e isso é de tal maneira necessário que, se não emanar de uma

¹⁴⁵ MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 108.

¹⁴⁶ MARITAIN, Jacques. **Natural Law. Reflections on Theory and Practice**. P. 48.

¹⁴⁷ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 99.

¹⁴⁸ Na passagem citada (Summa, II-IIae, q.45, a2., Resp.), Santo Tomás está falando da sabedoria enquanto dom do Espírito Santo, bem distante dos artigos que falam sobre a lei...

Inteligência ordenadora, a lei natural perde a própria razão de lei, uma vez que deixa de ser um ordenamento da razão. Para ele, se Deus não existe, então a lei natural carece de força coercitiva, porque toda lei é um ordenamento da razão e, se a lei natural não envolve a razão divina, então ela não tem natureza de lei e, lei não sendo, não é capaz de obrigar.¹⁴⁹

Há também um terceiro ponto. É que muitos dos direitos do homem elencados por Maritain¹⁵⁰ assemelham-se mais a normas que decorrem de um determinado estado contingente de coisas do que da natureza humana considerada em si mesma. São normas boas, mas que parecem ser exigidas mais pelas condições sócio-políticas das sociedades ocidentais modernas do que pela natureza do homem. Assim, por exemplo, o direito de sufrágio igual para todos os homens e de igual admissibilidade aos empregos públicos, que Maritain elenca entre os direitos da pessoa cívica; e o direito à co-propriedade e à co-gestão da empresa, bem como à assistência da comunidade na miséria e no desemprego, dentre os direitos da pessoa social e operária¹⁵¹.

É evidente que todos esses são bons direitos, são conquistas civilizacionais que devem ser valorizadas, promovidas, defendidas; longe de nós menoscar os concursos públicos de provas e títulos ou a assistência social. No entanto, entendemos que estes direitos têm um fundamento mais histórico do que ontológico. As sociedades assumiram formas muito variadas ao longo da história da humanidade, e não parece que o moderno Estado de bem-estar social seja uma exigência necessária do ser do homem. Outros arranjos sociais seriam possíveis, igualmente legítimos, e não nos parece exato afirmar que a lista de direitos apresentada por Maritain tenha necessária aplicabilidade a qualquer cenário possível.

Finalmente, um quarto ponto. É que a filosofia de Maritain parece padecer de um exagerado otimismo. A noção de que há um progresso (necessário e inevitável) na consciência comum da humanidade¹⁵² é, sinceramente, ousada demais para ser sustentada; diríamos até que é contrafática, que é desmentida pelos dados empíricos, que não se verifica

¹⁴⁹ MARITAIN, Jacques. **Natural Law. Reflections on Theory and Practice**. Editor: William Sweet. South Bend, Indiana: St. Augustine Press, 2001. P. 46-47.

¹⁵⁰ Cf., p.ex., MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 103-150. Cf. infra, Seção 3.3.

¹⁵¹ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 152-154.

¹⁵² Cf., p. ex.: “Devido ao desenvolvimento histórico da humanidade, as crises crescentes no mundo moderno e ao progresso, embora precário, da consciência moral e da reflexão, vieram os homens a inteirar-se -- muito mais perfeitamente do que antes, mas ainda de modo incompleto -- de certo número de verdades práticas relativas à sua vida em comum”. MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 91. Cf. tb. MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 37-57.

na realidade. A história humana alterna notáveis avanços e dolorosos retrocessos. Em questões morais, o homem conquista novos espaços e perde antigos postos outrora seguros. Permita-se-nos recorrer, aqui, a uma imagem de outra ordem: na vida comum da humanidade, assim como na existência solitária de cada alma humana, o retrocesso está sempre à espreita, de modo que quem pensa está de pé, cuide que não caia¹⁵³.

Infelizmente não há espaço para dissertar sobre esses pontos, de cada um dos quais nos parece possível retirar desdobramentos interessantíssimos. Por exemplo, acerca do conhecimento da lei natural por conaturalidade, ele não poderia ser uma explicação para o formidável consenso prático em torno de uma lista de direitos obtido, no século XX, entre pessoas pertencentes a tradições espirituais incompatíveis entre si^{154 155}? E, acerca do progresso da consciência humana, não se poderia argumentar que ele consistiria no acúmulo de experiências morais positivas da humanidade considerada como um todo, de modo abstrato e ideal, ainda que as sociedades humanas históricas insistam em o concretizar apenas parcialmente? São considerações que os exíguos limites deste trabalho exige que sejam deixadas para uma outra oportunidade. Agora, munidos deste arcabouço filosófico, podemos nos debruçar sobre algumas questões concernentes ao direito, à moral e às sociedades.

4. Três reflexões sobre direito natural

4.1. Relações necessárias entre direito (natural) e moral (social)

As perspectivas tomista e maritainista parecem autorizar algumas conclusões. Vejamo-las.

Considerar a Lei Eterna como fundamento simultâneo da moral e do direito -- como o faz o sistema tomista -- parece autorizar uma certa indistinção entre as duas ordens. Ora, uma vez que tanto o direito natural quanto a lei moral promanam da mesma Razão Divina, e uma vez que em Deus, Ser Sapientíssimo, não é possível haver contradição, pode parecer que aquilo que a moral exige há de ser, também, exigido pelo direito. Poder-se-ia facilmente pensar que o conteúdo de ambos, moral e direito, deveria ser coincidente, uma vez que

¹⁵³ BÍBLIA SAGRADA. **Primeira Epístola aos Coríntios**. “*qui se existimat stare videat ne cadat*”. 1Cor 10, 12. Disponível em: <https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria-vs-vulgata-latina/i-corintios/10/> Último acesso em: 10/05/2019.

¹⁵⁴ MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 91-96.

¹⁵⁵ POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Ed. Loyola, 2001. P. 123-133.

possuem uma só e a mesma fonte. Tal perspectiva não seria inaudita¹⁵⁶. Já se viu, no entanto, que, para o próprio Tomás de Aquino, a ordem moral e a ordem jurídica guardam autonomia entre si¹⁵⁷. Como explicar isso de maneira convincente?

Examinemos o assunto mais a fundo. A moral, como já se viu, é a ciência que se ocupa dos atos humanos, considerados como tais aqueles para cuja prática concorrem a razão e a liberdade humanas¹⁵⁸. Não são atos humanos -- e, portanto, não são objeto da moral -- os irrefletidos, os praticados por instinto ou por reflexo: para usar a imagem de Santo Tomás, o simples ato de coçar a barba não possui moralidade¹⁵⁹.

A moral se manifesta por um imperativo, exprimido em preceitos e acompanhado de um constrangimento interior¹⁶⁰. Embora o juízo moral seja sempre e por excelência um juízo concreto¹⁶¹ (a operação da razão prática se realiza, sempre e necessariamente, tendo em vista as circunstâncias concretas em que o indivíduo é chamado a valorar determinada ação ou omissão: a consciência é um ato porque é a aplicação de um conhecimento a uma coisa¹⁶²), o estudo da moral enquanto ciência -- a filosofia moral¹⁶³ -- sempre levou em consideração alguns atos típicos, alguns comportamentos humanos considerados em si mesmos, para indagar da sua bondade ou malícia. Assim, por exemplo, a esmola, o ato de dispor de algo que lhe pertence em favor de quem atravessa uma necessidade, é classificada como um ato moralmente bom; ao passo que o furto, o ato de se apropriar daquilo que não lhe pertence, é classificado como um ato moralmente mau.

Isso não significa que não possa haver uma determinada situação concreta em que tal ato deva ser valorado diferentemente: deste modo, por exemplo, o furto famélico, aquele que o ser humano pratica premido pela fome, perde a sua característica de contrário à moral para ser aceito como lícito¹⁶⁴. De qualquer maneira, no âmbito da filosofia moral, quando se diz que o ato de se apropriar daquilo que não lhe pertence é moralmente condenável, está-se analisando tal ato excluindo quaisquer circunstâncias que lhe possam eventualmente modificar

¹⁵⁶ Cf. *supra*, Cap. 1.

¹⁵⁷ Cf. *supra*, Seção 2.3.

¹⁵⁸ Summa, I-IIae, q.1, a.1, Resp.

¹⁵⁹ Summa, I-IIae, q.1, a.1, ad. 3.; id. *ibid.*, q.18, a.9, Resp.

¹⁶⁰ LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo : Editora Herder, 1967. P. 4.

¹⁶¹ “Pode dar-se, às vezes que um ato especificamente indiferente seja, individualmente considerado, bom ou mau. E isto porque o ato moral, como já se disse, tira a sua bondade, não só do objeto que o especifica, mas também, das circunstâncias, que são como que acidentes”. Summa, I-IIae, q.18, a.9, Resp.

¹⁶² Summa, Ia, q.79, a.13, Resp.

¹⁶³ LECLERCQ, Jacques. **Op. Cit.** P. 19-22.

¹⁶⁴ Summa, II-IIae, q.66, a. 7.

a moralidade. Estas duas dimensões da moral, aqui, são complementares: nem a análise das ações genéricas dispensa o juízo moral do caso concreto, em função das circunstâncias; nem a essencial individualidade do ato moral nos impede de classificar as ações humanas em boas ou más em função do seu objeto¹⁶⁵.

De todo modo, o que importa reter aqui é que a moral avalia e julga os atos humanos em relação ao fim último do homem -- considerando tanto o seu objeto, quanto as suas circunstâncias, como também o fim com o qual eles são realizados -- e, assim, classifica-os em *moralmente bons*, *moralmente maus* ou *moralmente neutros* (ou *indiferentes*)¹⁶⁶.

Já o direito se ocupa dos atos externos, realizados pelos indivíduos no âmbito de uma sociedade. Em regra, o direito não perquire a moralidade dos atos que considera juridicamente relevantes: o que os reveste de interesse jurídico é a possibilidade de produzirem efeitos nas relações intersubjetivas, sendo esta a razão pela qual devem ser normatizados. Não quer saber o direito, ao menos em regra, se tal ou qual ato é praticado com vontade livre e pleno conhecimento¹⁶⁷; o que ele indaga é se os efeitos daquele ato podem interferir na esfera dos direitos (e deveres) de outros cidadãos. Se sim, tal ato será jurídico, ou seja, de interesse para o direito, quer em relação de conformidade com ele (*ato lícito*), quer de contrariedade (*ato ilícito*); caso contrário, será juridicamente irrelevante.

A distinção dos atos em juridicamente relevantes e juridicamente irrelevantes não é suficiente para responder à indagação acerca das relações entre direito (natural) e moral (social). Também não é o bastante dizer que alguns atos juridicamente relevantes são conforme o direito (e, por isso, são chamados mais propriamente de jurídicos) e, outros, são contrários ao direito (sendo, por isso, classificados como antijurídicos, ilícitos, como por exemplo os crimes). É preciso saber de que modo os atos podem ser considerados conforme ou contrários ao direito: é preciso indagar o quê, em essência, as normas jurídicas podem dizer, quaisquer que sejam elas.

Existem basicamente três comandos aos quais podem ser reduzidas todas as normas jurídicas. Alguns atos poderão ser praticados livremente pelos cidadãos, sem que com isso lhes advenha nenhuma sanção ou embaraço: tais são os *atos permitidos*. Outros atos, por sua

¹⁶⁵ Summa, I-IIae, q. 18, a.2.

¹⁶⁶ Summa, I-IIae, q. 18.

¹⁶⁷ Em sentido contrário, há o direito penal, onde se distingue entre dolo e culpa, e onde a culpabilidade é elemento constituinte do conceito de crime. Cf., p.ex., BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010. P. 262-267.

vez, os cidadãos deverão ser coagidos a praticar: serão os *atos obrigatórios*. E haverá também, por fim, aqueles atos cuja prática será defesa aos cidadãos, sob pena de sanção: dir-se-ão estes *atos proibidos*¹⁶⁸.

A regra do Direito, para ser mais conforme à natureza humana, é e deve ser a regra da liberdade¹⁶⁹. Assim, um ordenamento jurídico servirá ao seu fim específico tanto melhor quanto mais perfeitamente seja capaz de respeitar a legítima diversidade dos seres humanos, em suas buscas legítimas pela sua auto-realização. Por isso, em um ordenamento jurídico comum, a imensa maior parte dos atos jurídicos deve ser permitida: as pessoas os farão ou os deixarão de fazer conforme melhor convier a seus interesses legítimos. Tal é o comando que se encontra insculpido no artigo 5º da nossa Constituição da República: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁷⁰.

Mas este mesmo inciso, no ato mesmo de garantir a liberdade aos cidadãos, ensina que haverá algumas coisas que eles serão obrigados a fazer, e haverá também outras coisas que eles não poderão fazer. Trata-se, respectivamente, dos atos obrigatórios e dos atos proibidos aos quais se fez referência acima. Esses atos haverão, também, de estar disciplinados pelo direito em qualquer sociedade, porque é preciso que à liberdade humana seja imposta a melhor conveniência do bem comum¹⁷¹.

Em suma, qualquer ordenamento jurídico conterà normas dessas três naturezas: haverá algumas ações que serão proibidas aos cidadãos, atos que eles não poderão cometer sem violar a norma jurídica; haverá, também, ações que lhes serão obrigatórias, que eles não poderão deixar de fazer sem que recaia sobre eles a sanção do Direito; e haverá, por fim, os atos -- que deverão ser a maior parte dos atos -- que, quer sejam jurídicos, quer juridicamente irrelevantes, os cidadãos poderão livremente praticar ou deixar de praticar conforme melhor atenda às suas necessidades e anseios em cada caso concreto.

Estes atos, que o direito considerará como permitidos, proibidos ou obrigatórios, poderão -- uma vez que sejam atos humanos, praticados sob a égide da liberdade¹⁷² -- ser também objeto de análise moral. A moral, como se viu, classifica os atos em moralmente

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP : EDIPRO, 2001. P. 105-132.

¹⁶⁹ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 73-75; 96-98.

¹⁷⁰ BRASIL. **Constituição da República**. Art. 5º, II. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Último acesso em: 10/05/2019.

¹⁷¹ A este respeito, é interessante considerar as digressões de Maritain acerca dos direitos humanos inalienáveis e a distinção entre posse e exercício de direitos. Cf. MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 119-121. 210.

¹⁷² LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo : Editora Herder, 1967. P. 233-248.

bons, moralmente maus ou moralmente neutros. De que modo deverá se relacionar a moralidade dos atos com a natureza da norma jurídica que versa sobre ele?

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não deve haver uma correspondência perfeita entre a classificação moral e a jurídica dos atos humanos -- como se aos atos moralmente bons devessem corresponder os juridicamente obrigatórios, aos moralmente maus, os juridicamente proibidos e, aos moralmente neutros, os juridicamente permitidos. Traçar essa correspondência direta, biunívoca, seria desconhecer as especificidades próprias dos campos do direito e da moral. Seria torná-los, em última instância, indistintos entre si, apenas empregando nomes diferentes para aplicar as mesmas valorações aos mesmos atos.

De que maneira, então, direito e moral devem se relacionar? Começemos pelos atos proibidos. Deverão ser juridicamente proibidos, obviamente, muitos atos que são também moralmente maus: assim, por exemplo, o homicídio ou o roubo, que são moralmente maus, deverão ser também juridicamente proibidos. Mas nem todos os atos moralmente maus deverão ser juridicamente proibidos, e nem todos os atos juridicamente proibidos serão, eles também, moralmente maus.

Já se viu que não compete ao direito positivo proibir todos os vícios; é parte integrante da *Lex Aeterna* que alguns atos moralmente maus não sejam proibidos pelas legislações humanas¹⁷³. Sempre que for necessário para evitar maiores males, portanto, haverá o direito positivo -- por exigência do direito natural -- de tolerar certos atos que, moralmente, sejam maus¹⁷⁴. Assim é possível, por exemplo, que determinado ordenamento jurídico -- como o brasileiro -- considere que não deve ser punido na esfera penal o furto cometido por um filho contra o seu pai¹⁷⁵. É assim também, por outro exemplo, que o divórcio, conquanto seja em si mesmo um mal, deve ser tolerado em determinadas sociedades regressivas -- das quais infelizmente é exemplo a maior parte das sociedades ocidentais contemporâneas --, ao menos enquanto os usos e costumes sociais o continuarem exigindo¹⁷⁶.

¹⁷³ Cf. supra, seção 2.3., *in finis*. Cf. tb. Summa, I-IIae, q.96, a.2.

¹⁷⁴ MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 194-198.

¹⁷⁵ BRASIL. **Código Penal -- Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Art. 155 c/c Art. 181, II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Último acesso em: 01/06/2019.

¹⁷⁶ Em sentido contrário, cf. DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 149-154.

Mas também nem todos os atos juridicamente proibidos serão ao mesmo tempo moralmente maus. Muito do âmbito de atuação do direito está na determinação de coisas que, em si mesmas, poderiam ser de um modo ou de outro modo. Por exemplo, pode ser juridicamente proibido dirigir veículos automotores antes dos dezesseis anos completos. Disso não se seguirá, de nenhuma maneira, que dirigir um carro aos quinze anos seja *em si mesmo* moralmente mau (poderá sê-lo na medida em que é uma violação injustificada de uma norma positiva legítima, mas isso é outra história). Em uma palavra: podem ser objeto de proibição jurídica, podem se tornar atos juridicamente proibidos tanto os moralmente maus quanto os moralmente indiferentes (mas, como se viu, nem todos os moralmente maus e, por óbvio, nem todos os moralmente indiferentes).

O mesmo se diga acerca dos atos juridicamente obrigatórios. Tais serão, em princípio, aqueles atos moralmente bons: assim será obrigatório, por exemplo, guardar a boa-fé na realização dos contratos¹⁷⁷, ou zelar pelo bem-estar dos próprios filhos. São atitudes juridicamente obrigatórias e também moralmente boas. Mas, da mesma forma que não cabe ao ordenamento jurídico proibir todos os vícios, tampouco lhe compete exigir todas as virtudes¹⁷⁸. Outros atos moralmente bons haverá -- como, por exemplo, honrar os mais velhos, ou dar esmola aos necessitados -- que o direito não tornará obrigatórios.

E do mesmo modo que o direito pode proibir atos moralmente neutros, ele os pode também tornar obrigatórios, e pela mesma razão. Assim, por exemplo, pode ser obrigatório aos veículos automotores trafegarem pela direita¹⁷⁹, porque assim se convencionou o trânsito no Brasil. Pode ser obrigatório ao empregador disponibilizar sistema de registro de frequência para os seus empregados¹⁸⁰. Nenhuma dessas coisas tem, em si mesma, um caráter moral positivo: poder-se-ia perfeitamente imaginar uma situação na qual os veículos automotores trafegassem pela esquerda, como ocorre na Inglaterra, ou mesmo que eles trafegassem por qualquer lado (embora essa última hipótese provavelmente só funcionasse em uma situação

¹⁷⁷ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. BRASIL. **Código Civil -- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Art. 422. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Último acesso em: 01/06/2019.

¹⁷⁸ Summa, I-IIae, q. 96, a. 3, ad. 1.

¹⁷⁹ “O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: a circulação far-se-á pelo lado direito da via, admitindo-se as exceções devidamente sinalizadas; (...)”. BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro -- Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Art. 29, I. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm Último acesso em: 01/06/2016.

¹⁸⁰ “Em todas as atividades será obrigatório para o empregador o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”. BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho -- Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Art. 41. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Último acesso em: 01/06/2016.

em que houvessem poucos carros e em que eles se conduzissem a uma velocidade reduzida). Mas, em princípio, não haveria nada de imoral nela. Do mesmo modo, poder-se-ia imaginar um sistema de trabalho em que coubesse ao empregado, e não ao empregador, realizar o registro da sua jornada, e nisso tampouco haveria nada de intrinsecamente imoral.

Assim, em resumo, os atos que poderão ser juridicamente obrigatórios serão os moralmente bons e os moralmente neutros, mas não todos os moralmente neutros nem todos os moralmente bons.

Há, por fim, os atos juridicamente permitidos. Estes, à luz do que já se falou, serão, em primeiro lugar, os atos moralmente maus que não foram objeto de proibição jurídica; serão também os atos moralmente bons que o direito não tornou juridicamente obrigatórios. E serão, finalmente, os atos moralmente neutros que nem foram tornados obrigatórios, nem foram considerados proibidos. Ou seja: os atos juridicamente permitidos são de qualquer espécie moral: tanto os moralmente bons, quanto os moralmente maus, como também -- e por excelência -- os moralmente neutros.

Dessas digressões é possível tirar algumas importantes conclusões.

Note-se, em primeiro lugar, que é somente a título de tolerância que os atos moralmente maus podem se tornar jurídicos¹⁸¹. É possível, e em alguns casos é até necessário, permitir que atos moralmente maus sejam praticados impunemente no seio de uma sociedade; mas, da parte dos Poderes Públicos, a tolerância, por um lado, se confunde sempre com um deixar fazer, e não com um fazer propriamente -- i.e., a força social organizada em que consiste o direito pode até *não punir* atos viciosos, mas não os pode legitimamente, de nenhuma maneira, *praticar* ou *incentivar*. Por outro lado, ainda da parte dos mesmos Poderes Públicos, há um dever constante de educar os cidadãos para que tais atos sejam cada vez menos praticados. Não se pode permitir, sob nenhuma justificativa, que a opção jurídica (em princípio legítima) pela não-proibição de um ato moralmente mau seja interpretada como se se considerasse que aquele ato é, na verdade, virtuoso. Não se pode permitir que a não punição de um ato seja socialmente interpretada como se fosse uma aprovação daquele ato. Mesmo em um ambiente social degenerado, não é nunca legítimo abandonar a lei moral¹⁸².

¹⁸¹ “Devemos manter, nesse ponto, que a legislação de uma sociedade cristã dêse tipo jamais poderia e deveria *endossar* ou *aprovar* qualquer procedimento contrário à lei natural. Cumpre, porém, compreender igualmente que essa legislação poderia e deveria *permitir* ou *autorizar* certos modos de procedimento que se afastassem, até certo ponto, da Lei Natural, se a proibição pela lei civil desses modos de proceder prejudicasse o bem comum (...)”. MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 194.

¹⁸² **idem ibidem**. P. 89.

A juridicidade dos atos moralmente maus tem também um outro aspecto. É que tais atos, que numa sociedade angelical deveriam ser proibidos, só podem passar para o mundo jurídico como atos permitidos, jamais como atos obrigatórios. O Direito pode tolerar o mal que não é capaz de eliminar; não pode, contudo, mandar o mal, obrigar a prática do mal, sob pena de desvirtuar completamente as suas finalidades. Se a autoridade ordena o mal ela trai a si própria, e do mesmo modo a lei verdadeiramente injusta perde a razão de lei¹⁸³.

Coisa estritamente análoga deve ser dita em relação aos atos moralmente bons. Eles até podem não ser tornados obrigatórios, e em muitos casos não o serão: mas não podem, sob nenhuma justificativa, ser tornados juridicamente proibidos. Nenhum sistema jurídico tem o poder de criminalizar a prática do bem. A virtude pode até não ser exigida; mas ela não pode, de nenhuma maneira e sob nenhuma justificativa, ser proibida por nenhuma autoridade humana.

Percebe-se, assim, que direito e moral são campos normativos autônomos; no entanto, como radicam na mesma fonte -- como derivam da razão prática humana, da lei natural e, em última análise, da Lei Eterna --, não podem ser totalmente estranhos um ao outro. O direito (positivo) não deve simplesmente copiar a moral (social); guarda com relação a ela, no entanto um dever de referência e deferência do qual não pode legitimamente desvincular-se.

4.2. O direito necessário e o direito contingente: todo o direito deriva da lei moral

A leitura da *Summa* parece nos dizer que existem -- na passagem da lei natural para a lei positiva -- dois por assim dizer grandes “grupos” de conteúdo para o direito natural¹⁸⁴. Há aqueles preceitos que são decorrentes dos princípios da *lex naturalis* por via de dedução, como uma conclusão lógica, à semelhança do que acontece com as ciências, e a esta operação Santo Tomás chama derivação *per conclusionem*. Mas há, também, uma outra categoria de preceitos, derivados também da lei natural, dessa vez não com a necessidade silogística dos primeiros, mas com uma espécie de maior liberdade, à semelhança do que acontece com as artes (é a imagem empregada por Santo Tomás): estes dizem-se derivados *per determinationem*.¹⁸⁵

¹⁸³ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 21.

¹⁸⁴ Cf. *Summa*, I-IIae, q. 95, a. 2, Resp.

¹⁸⁵ Cf., por todos, Galvão de Sousa: “[O] direito positivo não se identifica com o direito natural, embora seja essencialmente dependente deste no que diz respeito ao conteúdo de justiça das suas disposições. Uma parte destas -- isto é, das normas que constituem a ordem jurídica positiva -- deriva da lei natural ao modo de

Assim, por exemplo, a norma que proíbe o homicídio é derivada diretamente da lei natural *per conclusionem*, uma vez que decorre conclusivamente do princípio que manda não fazer mal a outrem. Por sua vez, a medida concreta da punição que será aplicada ao mesmo homicida é também derivada da lei natural -- uma vez que a sanção é parte constituinte do direito --, mas dessa vez *per determinationem*, porque se trata da concretização de um princípio indeterminado (no caso, o que manda que os criminosos sejam punidos)¹⁸⁶.

As normas que derivam *per conclusionem* da lei natural não podem deixar de ser concluídas, nem tampouco podem ser concluídas diferentemente: se a operação de derivação *per conclusionem* se faz “*similis ei quo in scientiis*”¹⁸⁷, então é porque ela é dotada daquelas características de impessoalidade e certeza que se costumam atribuir às ciências físicas. Elas constituem a parte invariável do direito.

Não é gratuita a comparação com as ciências. Na época de Santo Tomás como em nossa época, espera-se que um mesmo fenômeno físico possa ser explicado da mesma maneira por cientistas diferentes, exatamente porque a verdade -- e aqui faz sentido falar em *verdade* -- da explicação depende da coisa explicada e não do ser humano que a explica. Se uma norma se diz derivada da lei natural por via de conclusão, então ela deve poder ser igualmente concluída por qualquer homem, em qualquer lugar. Isso se parece muito com aquelas normas jurídicas de conteúdo necessário sobre as quais se falou acima: aquelas que o direito reconhece e não cria, aquelas que são postas e não poderiam legitimamente deixar de sê-lo, aquelas em que consiste propriamente o *conteúdo do direito natural* nos termos discutidos por Delgado e Leclercq¹⁸⁸.

Já as normas derivadas *per determinationem* da lei natural são totalmente diferentes. Assim como o construtor realiza uma casa específica tendo em conta a forma geral de uma casa, possuindo no entanto liberdade para a concretizar com as especificidades que desejar (apresentando, por exemplo, determinado número de janelas, possuindo ou não chaminé, ou varanda, ou sótão, dotada de maior ou menor número de quartos etc.), assim também as normas derivadas da lei natural por via de determinação podem ser legitimamente determinadas de distintas maneiras -- porquanto “os princípios gerais da lei natural não

conclusões, mas numerosas são as que dela resultam como determinações do legislador tendo em vista os casos particulares da vida social (...).” SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977. P. 78.

¹⁸⁶ **idem ibidem**. P. 100.

¹⁸⁷ Summa, I-IIae, q. 95, a. 2, Resp.

¹⁸⁸ Cf. *supra*, Cap. 2.

podem ser aplicados da mesma maneira a todos, dada a grande variedade das coisas humanas”

¹⁸⁹.

Essas descrições, mais uma vez, parecem se amoldar perfeitamente àquelas normas sobre as quais o ordenamento jurídico tem liberdade para dispor de um modo ou de outro -- às normas que são, portanto, propriamente de direito positivo¹⁹⁰.

Assim, o ordenamento jurídico contém normas de dois tipos¹⁹¹. Existem as normas jurídicas que derivam da lei natural por via de conclusão, e essas serão as normas necessárias: quanto a essas, cabe aos ordenamentos jurídicos, quaisquer que sejam eles, apenas as reconhecer. Pode-se dizer que são o que se chama propriamente de conteúdo do direito natural, nos termos em que o problema modernamente se coloca. E existem também as normas jurídicas que derivam da lei natural por via de determinação, e que podem ser determinadas de uma maneira ou de outra a depender da prudência do legislador, das condições dos súditos, das possibilidades e dos costumes dos tempos e dos lugares: estas são normas por assim dizer contingentes, sobre os quais qualquer ordenamento jurídico tem pleno poder criativo, podendo dispô-las de uma maneira ou de outra com a mesma legitimidade. E o próprio Tomás de Aquino parece autorizar essa sistematização:

Ora, ambos estes modos se encontram nas leis estabelecidas pelo homem. Porém, as disposições pertencentes ao primeiro modo [*per conclusionem*] estão contidas na lei humana, não só como estabelecidas por ela, mas também por elas receberem, da lei natural, algo do seu vigor. Ao passo que as disposições pertencentes ao segundo modo [*per determinationem*] haurem o seu vigor só na lei humana.¹⁹²

Ou, dito de outro modo, o direito positivo conterà tanto normas derivadas da lei natural por via de conclusão, e a isto se chamará propriamente direito natural, quanto normas passíveis de serem determinadas de um modo ou de outro, e este será o campo próprio de atuação plena do direito positivo.

Em conclusão: os direitos naturais em sentido próprio -- aquele conteúdo jurídico que, decorrente da natureza humana, não depende das diversidades dos tempos e dos lugares, mas deve ser sempre reconhecido por qualquer ordenamento jurídico -- são precisamente as normas que se podem derivar *per conclusionem* da lei natural.

¹⁸⁹ Summa, I-IIae, q.95, a.2, ad.3.

¹⁹⁰ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 174.

¹⁹¹ **idem ibidem**. P. 173-176.

¹⁹² Summa, I-IIae, q. 95, a. 2, Resp., *in finis*

Note-se que a lei natural continua sendo mais ampla do que a lei humana: não é toda a moral que passa ao direito positivo, não se confundindo, assim, as duas realidades¹⁹³. Mas aquilo que é verdadeiramente direito positivo, aquilo que é norma necessária à vida em sociedade, aquilo que tem as qualidades da lei positiva¹⁹⁴, tal deriva da lei natural ou por via de conclusão ou por via de determinação. Nem toda a moral se impõe mediante o direito; mas todo o direito deriva da lei moral.

Santo Tomás é bastante enfático em dizer que toda lei humana positiva deriva da lei natural¹⁹⁵. Se vamos levar a sério o pensamento tomista, é preciso acreditar que, por “*omnis lex humanitus posita*”, Santo Tomás entende realmente a totalidade das leis humanas que regem uma determinada sociedade. Isso não se reduz, como por muitas vezes somos tentados a crer, àquelas normas centrais de um ordenamento, as que consubstanciam os seus valores mais importantes. Para usar um exemplo do direito penal, o que deriva da lei natural não são apenas aos preceitos negativos que proíbem os “crimes naturais” como o roubo e o homicídio. Também os “crimes de plástico”¹⁹⁶, se são legítimos, derivam igualmente da lei natural.

Também não é possível sustentar que as únicas normas derivadas da lei natural sejam as formulações de conteúdo jurídico mais genérico, como “os súditos devem pagar os impostos” ou “deve haver um procedimento para a promulgação das leis”: as normas que regem uma sociedade concreta são, sempre e necessariamente, normas de conteúdo concreto. É preciso saber não apenas que os súditos devem pagar os impostos, mas sim como eles o devem pagar, quanto, quando e a quem; é preciso não apenas sustentar que o governante deve seguir um processo legislativo, mas é necessário saber quais as fases desse processo, quais os seus atores, seus prazos e as matérias sobre as quais ele pode ou não versar. Em uma palavra, se é possível falar em princípio jurídico de caráter (relativamente) indeterminado, a lei positiva, por sua vez, precisa ser certa: a lei “deve ser clara, para que não haja enganos ocultos

¹⁹³ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977. P. 96-101.

¹⁹⁴ Cf. Summa, I-IIae, q. 95, a.3: “*honestae, iustae, possibilis secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis; manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat; nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium scripta*”. Disponível em: <http://www.corpusthomicum.org/sth2095.html> Último acesso em: 10/05/2019.

¹⁹⁵ Summa, I-IIae, q. 95, a.2.

¹⁹⁶ Cf. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 105-117. O crime natural teria o seu fundamento na lei natural a modo de conclusão; o de plástico, a modo de determinação.

em sua obscuridade”¹⁹⁷. Não apenas os princípios gerais derivam da lei natural: a totalidade do ordenamento jurídico positivo deve dela derivar.

Mas se todas as leis humanas concretas derivam da lei natural, e se a lei natural não muda, como é possível que haja uma diversidade legislativa tão grande entre povos diferentes? A resposta que se pode dar é apenas uma: a diversidade legislativa surge -- ao menos a diversidade legítima -- naquilo da lei positiva que é derivado da lei natural *per determinationem*, “como uma determinação de algo indeterminado ou comum”¹⁹⁸. O próprio Tomás de Aquino afirma explicitamente que não se pode aplicar a lei natural do mesmo modo para todos¹⁹⁹; e é exatamente por isso que o Aquinate compara esse procedimento de determinação às artes e não às ciências. As ciências são mais exatas, são mais impessoais; como já se disse, espera-se que pessoas diferentes, diante do mesmo problema, cheguem às mesmas conclusões para que elas se possam dizer *científicas*. Já à arte, por sua vez, pode-se conferir um grau muito maior de liberdade: uma resposta pode estar cientificamente errada, mas dificilmente uma obra de arte se pode dizer artisticamente errônea. Cada artista produzirá a sua obra, que terá os seus traços próprios, as suas características marcantes; e cada povo *determinará* o seu direito positivo, naquela parte que é passível de determinação, o qual será de acordo com as particularidades de cada povo. E ainda assim estes distintos direitos positivos terão o seu fundamento no direito natural, do qual derivarão.

É preciso insistir neste ponto, porque somente assim é possível alcançar a correta compreensão tomista de direito. A despeito da sucintez da *Summa*, é preciso entender que “derivação da lei natural *per determinationem*” não é apenas a determinação da pena devida para o crime de roubo. Também existe derivação por determinação quando se estabelece a composição dos Poderes, a duração dos mandatos, os fatos geradores dos impostos, o número de ministros dos Tribunais Superiores e o modo de sua nomeação, as funções públicas existentes com suas formas de provimento, as regras de licitação e os procedimentos de desembaraço aduaneiro. Afinal de contas, essas coisas não são, todas, leis humanas? Ora, se são leis humanas, são derivadas da lei natural²⁰⁰; se são derivadas da lei natural, ou o são *per*

¹⁹⁷ Summa, I-IIae, q. 95, a.3.

¹⁹⁸ Summa, I-IIae, q. 95, a.2, Resp.

¹⁹⁹ Summa, I-IIae, q.95, a.2, ad.3: “*principia communia legis naturae non possunt eodem modo applicari omnibus, propter multam varietatem rerum humanarum*”. Disponível em: <http://www.corpusthomicum.org/sth2095.html#37645> Último acesso em: 02/06/2019.

²⁰⁰ Summa, I-IIae, q. 95, a.2, *sed contra*.

conclusionem, ou *per determinationem*²⁰¹. Como seria desarrazoado pretender que semelhantes minudências fossem conclusões diretas dos princípios da *lex naturalis* (que são os primeiros princípios da razão prática^{202 203}), só podem ser determinações daquilo que é comum a todas as sociedades (*determinationes quaedam aliquorum communium*).

E o que é comum, geral, indeterminado, na lei natural? É o seu objetivo: o concerto dos atos humanos em ordem ao bem comum²⁰⁴, a paz e a virtude entre os homens²⁰⁵, o tornar os homens bons²⁰⁶. Estas são coisas que toda sociedade politicamente organizada está obrigada a perseguir. Para alcançar estes fins, compete a cada uma delas determinar os meios que julgar mais adequados, tendo em vista as particularidades de seus membros. É por isso que os direitos positivos são distintos e cambiantes²⁰⁷, ainda que o direito natural seja um só e imutável.

Tomás de Aquino sabia perfeitamente que as sociedades podiam legitimamente se organizar das mais diversas maneiras, contanto que elas se organizassem em atenção ao bem comum dos indivíduos. A forma de organização é contingente; o necessário é que se organizem de algum modo. Parece possível, assim, estabelecer o seguinte esquema:

1. Em um primeiro momento, é necessário que haja, efetivamente, uma forma de exercício da autoridade civil, quer seja -- para usar os exemplos clássicos, com os quais Santo Tomás provavelmente se sentiria à vontade -- através de uma monarquia, quer de uma aristocracia, quer de uma democracia, ou de algum sistema misto que contivesse elementos das três formas puras: **é necessário, assim, que haja alguma forma de governo, qualquer que seja ela**. Esta é uma derivação *per conclusionem* da lei natural.
2. Em um segundo momento, é preciso *determinar*, dentro da forma de governo escolhida, o **modo específico como ela vai ser exercida**: é preciso dizer quais serão os Poderes e quais as suas competências, as regras de sucessão ao trono ou a periodicidade das eleições, os tributos que serão cobrados com as suas

²⁰¹ Summa, I-IIae, q. 95, a.2, Resp.

²⁰² Cf. Summa, I-IIae, q. 94, a.2, Resp.

²⁰³ SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977. P. 8.

²⁰⁴ Summa, I-IIae, q. 90, a.2.

²⁰⁵ Summa, I-IIae, q.95, a.1., Resp.

²⁰⁶ Summa, I-IIae, q.92, a.1.

²⁰⁷ Cf. Summa, I-IIae, q.97, a.1, Resp. Veja-se, aliás, toda esta questão 97 sobre a mutabilidade do direito positivo. Como foi possível que alguém um dia imaginasse um direito natural ideal que pudesse ser aplicado igualmente a todos os homens...?

destinações, etc. Estes procedimentos, por sua vez, serão derivações da lei natural feitas *per determinationem*.

É fácil ver que cada uma dessas escolhas, uma vez realizada, passa a demandar ulteriores determinações; e, assim, de um número muito pequeno de exigências realmente necessárias, surge uma miríade de questões contingentes que, pressupostas certas condições de fato, devem ser respondidas. E isso é válido para qualquer sistema jurídico -- mesmo os sistemas jurídicos contemporâneos, muito mais complexos e hipertrofiados do que aqueles com os quais Santo Tomás se deparou.

Em conclusão: existem duas ordens de preceitos na organização das sociedades, cada uma delas derivando da lei natural a um título diferente: e é fácil ver que a segunda ordem normativa, a das *determinações específicas* da lei natural, abrange uma quantidade muito maior de regras e comporta -- ou, mesmo, antes exige -- uma grande diversidade entre elas.

4.3. Os direitos naturais de Maritain

Entendidas as coisas nestes termos, é preciso fazer uma crítica a Maritain. É que o seu pensamento jurídico aparentemente hipertrofia o que se pode legitimamente chamar de conteúdo do direito natural. Como se viu, todas as normas jurídicas derivam da *lex naturalis*, umas por via de conclusão, outras por via de determinação; mas somente as primeiras podem ser propriamente chamadas de “direito natural” naquele sentido de normas de comportamento que, sendo decorrentes da natureza humana considerada em si mesma, são antes reconhecidas do que criadas pelo ordenamento jurídico positivo²⁰⁸. O próprio Maritain aparenta em um dado momento concordar com essa definição, ao dizer que na lei natural a ligação dos direitos e deveres ao primeiro princípio se dá de modo necessário, ao passo que, na lei positiva, dá-se de modo contingente, supostas certas condições de fato²⁰⁹.

Em outro lugar, no entanto, Maritain apresenta uma longa lista de direitos, frutos do progresso da consciência humana na história -- direitos da pessoa humana, da pessoa cívica, da pessoa operária²¹⁰ --, na qual podem ser encontrados direitos decorrentes do ser do homem e direitos decorrentes da experiência histórica ocidental. E, embora afirme que os direitos (p.ex.) da pessoa cívica decorrem diretamente da lei positiva e apenas indiretamente da lei

²⁰⁸ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 173.

²⁰⁹ MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952. P. 117; idem, **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 98-99.

²¹⁰ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 103-150.

natural²¹¹, faz parecer que o seu surgimento na história obedece a uma exigência profunda da própria *lex naturalis*: “É por uma consonância mais perfeita com as exigências fundamentais da lei natural que a lei humana passa a graus mais elevados de justiça e perfeição”²¹².

Maritain certamente concordaria que estes direitos são derivados da lei natural por via de determinação. No entanto, ele aparentemente defende que estas sucessivas determinações históricas daquilo que o direito natural deixa indeterminado incorporam-se ao patrimônio jurídico humano, à consciência moral da humanidade, de tal sorte que constituem “um movimento de progressão das próprias sociedades evoluindo no tempo”²¹³ e fazem parte da “marcha da Humanidade para diante”²¹⁴.

Dito de outro modo, parece que Maritain vê esses direitos como um aprofundamento no elemento gnoseológico do direito natural²¹⁵. Ora, a distinção entre os aspectos ontológico e gnoseológico do direito natural é, como se viu, um dos aspectos centrais do pensamento jusnaturalista de Maritain. Trata-se de importante aprofundamento do tomismo. Já na *Summa* é possível encontrar esta ideia em germen: para Tomás de Aquino, um dos motivos pelos quais a lei humana deve mudar é o fato de a razão humana ser propensa ao erro na identificação do que é útil à sociedade humana: “à razão humana é natural ascender gradualmente do imperfeito para o perfeito”²¹⁶. É a razão divina que é imutável e perfeita; a razão humana é mutável e imperfeita²¹⁷.

No entanto, parece-nos que este movimento *ab imperfecto ad perfectum* diz respeito, por excelência, ao que deriva da lei natural a modo de conclusão. Afinal, é a respeito da derivação *per conclusionem* que Santo Tomás fala em ciência (*similis ei quo in scientiis ex principiis conclusiones demonstrativae producuntur*²¹⁸), e é nas ciências -- e não nas artes --

²¹¹ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 115-116.

²¹² **idem ibidem**. P. 116.

²¹³ **idem ibidem**. P. 46.

²¹⁴ **idem ibidem**. P. 50.

²¹⁵ Delgado parece ter idêntica compreensão, ao apontar para o que chamou de direito à igualdade: “Esse novo direito à igualdade é nisso que consiste: no direito à moradia, direito à educação, à assistência em matéria de saúde, a condições de saneamento; etc. [...] Tudo isso, todo esse conjunto de prestações negativas e prestações positivas, pode-se dizer que constitui um conteúdo adicional dos direitos humanos, ou um quinto conteúdo: o direito a uma vida humana plena e digna.” DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 145.

²¹⁶ Summa, I-IIae, q.97, a.1, Resp. “*quia humanae rationi naturale esse videtur ut gradatim ab imperfecto ad perfectum perveniat*”. Disponível em: <http://www.corpusthomisticum.org/sth2095.html#37716> Último acesso em: 03/06/2019.

²¹⁷ Summa, I-IIae, q.97, a.1, ad.1.

²¹⁸ Summa, I-IIae, q.95, a.2, Resp. Disponível em: <http://www.corpusthomisticum.org/sth2095.html#37642> Último acesso em: 03/06/2019.

que se pode falar propriamente em ignorância e erro. Mais ainda, é somente neste campo que existe, ao longo da história da humanidade, o que se pode chamar de progresso no conhecimento do direito natural^{219 220}: é uma indiscutível conquista civilizatória a progressiva tomada de consciência de que, por exemplo, coisas como a poligamia ou a escravidão são contrárias à natureza humana, ainda que tenham sido praticadas em outras épocas ou que voltem a ser praticadas no futuro²²¹. Essas coisas e outras do mesmo gênero não são determinações contingentes que podem ser de uma maneira ou de outra, a depender das distintas sociedades: ao contrário, são verdadeiras exigências da natureza humana por cujo reconhecimento e efetivação cumpre lutar sem descanso²²².

Acontece que Maritain não se limita a essas realidades. Muitos dos seus direitos da pessoa cívica e da pessoa operária (p.ex., igual admissibilidade aos empregos públicos, ou co-propriedade e co-gestão das empresas²²³) referem-se claramente a sucessivas *determinações* de preceitos da lei natural que foram realizadas pela experiência concreta do homem ocidental. Mesmo temas que hoje nos parecem absolutamente naturais, como o pluralismo religioso²²⁴, são em grandíssima medida dependentes do processo de dessacralização que a Europa sofreu a partir do século XVI: como separá-los das contingências históricas para os alçar a exigências da natureza humana? Serão conclusões ou determinações?

Ora, as duas formas de derivação da lei natural não estão, por assim dizer, no mesmo patamar epistemológico. Apenas o conteúdo do direito natural que se obtém *per conclusionem*

²¹⁹ DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018. P. 139-142.

²²⁰ “Deixe-me acentuar que não me estou referindo a progresso no comportamento moral do homem. (...) Refiro-me a um progresso da consciência moral como conhecimento das normas particulares de direito natural. Esse progresso pode produzir-se ao mesmo tempo em que se verifica uma deterioração na conduta de um número indeterminado de pessoas, mas esta é uma outra questão.” MARITAIN, Jacques. **Sobre a filosofia da história**. São Paulo : Herder, 1967. P. 104.

²²¹ Não se pense que o século XX é o ápice da evolução moral humana, antes do qual só havia barbárie. Veja-se, à guisa de exemplo, a seguinte passagem de Francisco de Vitória: “De tudo o que foi dito, conclui-se, portanto, que sem dúvida os bárbaros [i.e. os índios da América] eram pública e privadamente tão donos quanto os cristãos, e que por este título -- o de que não teriam verdadeiro domínio -- tampouco teriam podido ser espoliados de seus bens tanto príncipes como pessoas privadas”. VITÓRIA, Francisco de. **Sobre o poder civil, os índios e a guerra**. Tradução de Luiz Astorga. Porto Alegre, RS : Concreta, 2017. P. 120. Ora, trata-se de um escrito do século XVI, contemporâneo à descoberta das Américas, e que revela uma sensibilidade pelos outros povos que os séculos seguintes souberam esquecer vergonhosamente.

²²² Não excluindo nem mesmo o recurso ao direito natural de revolução. Cf. DELGADO, José Luiz. **Op. Cit.** P. 124-127.

²²³ MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947. P. 153-154.

²²⁴ Cf. RATZINGER, Joseph. **Fé, verdade, tolerância - o Cristianismo e as grandes religiões do mundo**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2007. P. 58-64

é um conhecimento necessário, ao passo que o conteúdo obtido *per determinationem* não é senão um conhecimento contingente, dependente das circunstâncias concretas em que ele surgiu e às quais pretende ser aplicado.

Em suma, parece que falta, em Maritain, uma distinção mais adequada entre os direitos que decorrem da natureza humana e os que decorrem das condições de vida da humanidade no século XX. Não existe verdadeiro progresso no elemento gnoseológico do direito natural quando se inventam soluções -- por excelentes que sejam! -- para problemas que dizem respeito apenas a sociedades concretas e não ao homem enquanto tal. No entanto, como só temos acesso à natureza humana mediante os indivíduos humanos que dela participam, os quais são, sempre e necessariamente, historicamente circunstanciados, é forçoso reconhecer que distinguir ambas as coisas nem sempre é fácil. Encontrar um conteúdo necessário para as normas jurídicas é tarefa vasta e espinhosa; a despeito de quanto já se fez nesta seara ao longo dos séculos, tem-se por vezes a impressão de que ainda não chegamos senão aos umbrais do direito natural.

Conclusões

O presente trabalho, conforme nos parece, autoriza algumas conclusões.

Primeiro, existe efetivamente uma diferença entre direito e moral, sendo o primeiro o conjunto das normas de conduta que devem ser coercitivamente exigidas em sociedade e, a última, aquela parte da razão prática que rege o agir do homem tendo em vista a sua plena realização. As perspectivas do direito e da moral são bastante distintas, voltando-se um para a divisão das coisas na sociedade e, a outra, para o aperfeiçoamento individual.

Diferença análoga existe entre direito natural e moral social: esta diz respeito à forma como o homem deve se comportar em sociedade, enquanto o primeiro indaga acerca do conteúdo normativo mínimo que deve ser imposto por qualquer ordenamento que se pretenda legitimamente jurídico. A despeito de certa frouxidão terminológica, parece possível defender que, estritamente falando, “direitos naturais” são aqueles direitos e obrigações que decorrem da natureza humana considerada em si mesma, com relação aos quais os ordenamentos jurídicos não gozam de nenhuma liberdade criadora: tais direitos e obrigações devem ser não instituídos, mas reconhecidos pela lei positiva.

Viu-se ainda que essa distinção entre direito e moral, conquanto embrionária, já estava contida no pensamento de Santo Tomás de Aquino. De fato, o autor da *Summa* defendia que as leis humanas -- o direito portanto -- não deveriam proibir todos os vícios e nem prescrever todas as virtudes. É este o ponto nevrálgico que assinala com clareza a separação entre os dois campos, uma vez que admite que uma mesma ação receba valoração normativa distinta a depender do enfoque que lhe é dirigido, se jurídico ou moral.

Ainda, foi mostrado que direito e moral, conquanto sejam autônomos um em relação ao outro, radicam ambos na mesma razão prática humana e, portanto, guardam entre si relação de afinidade. Assim, o direito não pode tornar obrigatórias senão as condutas moralmente boas e as moralmente neutras; pode tornar permitidas quaisquer condutas, moralmente boas, moralmente más e moralmente neutras; e pode apenas tornar proibidas as condutas moralmente neutras e moralmente más. Viu-se igualmente que o direito, quando se exime de proibir uma determinada conduta má, fá-lo a título de tolerância e não de reconhecimento; e também que essa tolerância pode vir a ser, em determinado caso concreto, mesmo uma exigência da lei natural.

Foram também discutidos os dois modos pelos quais as leis humanas derivam da lei natural, de acordo com o pensamento de Santo Tomás: as derivações por via de conclusão e as derivações por via de determinação. Verificou-se, assim, que a diversidade legislativa se justifica pela contingência das derivações *per determinationem* da lei natural, as quais são comparadas pelo Aquinate à liberdade de que gozam os artífices na elaboração das coisas concretas. Longe de se pretender um bloco monolítico de regras aplicáveis a quaisquer sociedades, o direito natural antes exige a diversidade dos ordenamentos.

Viu-se igualmente que o pensamento jusnaturalista de Maritain, em linhas gerais, é bastante fiel à concepção jusnaturalista tomista -- principalmente quando distingue as leis humanas em direito natural, *jus gentium* e direito positivo, quando apresenta o conhecimento do direito natural como um conhecimento por conaturalidade e quando fundamenta o direito natural na *Lex Aeterna*. Maritain também aprofunda o pensamento do Aquinate quando introduz um componente gnoseológico no direito natural que o faz progredir na história.

Viu-se, por fim, que falta um melhor refinamento dos direitos da pessoa propalados por Maritain, a fim de seja possível distinguir neles o que se depreende da natureza humana em si mesma e o que decorre de certas condições de fato presentes nas sociedades contemporâneas.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. “Positividade e conceito de direito”. *In: Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al Derecho**. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica. Vol.2 - Ia IIae**. Tradução de Alexandre Correia. Campinas, SP : CEDET, 2016.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica. Vol.3 - IIa IIae**. Tradução de Alexandre Correia. Campinas, SP : CEDET, 2016.

ARISTÓTELES, **Ἠθικὰ Νικομάχεια**. Disponível em:
<http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg010.perseus-grc1:1129a.3> Último acesso em: 05/05/2019.

ARISTÓTELES, **Πολιτικά**. Disponível em:
<http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg035.perseus-grc1:1.1253a> Último acesso em: 01/05/2019.

BÍBLIA SAGRADA. **Primeira Epístola aos Coríntios**. Disponível em:
<https://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria-vs-vulgata-latina/i-corintios/10/> Último acesso em: 10/05/2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP : EDIPRO, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2010.

BRASIL. **Código Civil -- Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Último acesso em: 01/06/2019.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro -- Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm Último acesso em: 01/06/2016.

BRASIL. **Código Penal -- Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Último acesso em: 01/06/2019.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho -- Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Último acesso em: 01/06/2016.

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Último acesso em: 10/05/2019.

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Último acesso em: 01/05/2015.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa RFB Nº 1871, de 20 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=98886> Último acesso em: 01/05/2019.

CASTRO JR., Torquato. **Aristóteles e a retórica do saber jurídico**. São Paulo : Noeses, 2011.

DABIN, Jean. **Teoria geral do direito**. Tradução: Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 2010.

DELGADO, José Luiz. **Curso de Direito Natural**. Curitiba : Juruá, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo : Atlas, 2003.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FINNIS, John. **Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

FRANCA, Leonel. **Noções de história da filosofia**. 24ª ed. Rio de Janeiro : Agir, 1990.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERVADA, Javier. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo : Martins Fontes, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo : Editora Herder, 1967.

LECLERCQ, Jacques. **Do direito natural à sociologia**. Tradução: Alípio Maia de Castro. São Paulo : Livraria Duas Cidades, [19--].

LECLERCQ, Jacques. **Introduccion a las ciencias sociales**. 2ª ed. Madrid : Edições Guadarrama, 1961.

LUHMANN, Niklas. “O direito como estrutura da sociedade”. *In: Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARENBOON, John; LUSCOMBE, D. E. “Duas ideias medievais: eternidade e hierarquia”. *In: Filosofia Medieval*. A. S. McGrade (org.). Aparecida - SP : Ideias & Letras, 2018.

MARITAIN, Jacques. **Natural Law. Reflections on Theory and Practice**. Editor: William Sweet. South Bend, Indiana: St. Augustine Press, 2001.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro : Agir, 1952.

MARITAIN, Jacques. **O pensamento vivo de São Paulo**. São Paulo : Livraria Martins Editôra, 1961.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. Rio de Janeiro : Livraria José Olympio Editora, 1947.

MARITAIN, Jacques. **Sobre a filosofia da história**. São Paulo : Herder, 1967.

MONDIN, Battista. **Introdução à filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. São Paulo: Paulus, 1980.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Ed. Loyola, 2001.

RATZINGER, Joseph. **Fé, verdade, tolerância - o Cristianismo e as grandes religiões do mundo**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. 2ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

SOUSA José Pedro Galvão de. **O positivismo jurídico e o direito natural**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1940.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa, Portugal : Edições 70, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VITÓRIA, Francisco de. **Sobre o poder civil, os índios e a guerra**. Tradução de Luiz Astorga. Porto Alegre, RS : Concreta, 2017.