

**ALGUNS MITOS E ALGUMAS REALIDADES
DO MUNDO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO**

Pelo Prof. Doutor Ernest Caparros ()*

SUMÁRIO

Introdução

I — Sobre alguns mitos

A — O mito do positivismo jurídico

- 1) Uma pirâmide normativa truncada
- 2) Um legislado sem bússola

B — O mito do sociologismo jurídico

- 1) O direito pseudo-científico
- 2) O facto erigido em direito

II — Sobre algumas realidades

A — A realidade dos valores absolutos

- 1) A supremacia de Deus
- 2) A dignidade da pessoa humana

B — A realidade dos juízos de valor

Conclusão

(*) Professor da Universidade de Ottawa, *in* conferência proferida na Sociedade Real do Canadá.

INTRODUÇÃO

1. A sociedade contemporânea, imbuída de ciência e de tecnologia, esquece bastantes vezes o ser; curvada ao peso dos bancos de dados, das estatísticas, das experiências e das demonstrações relativas ao mundo físico, negligencia a metafísica. Na história do pensamento foi o tristemente célebre, mas não menos falso, «cogito ergo sum» de Descartes, que nos colocou sobre este plano inclinado ⁽¹⁾, pois, na realidade, não é porque eu penso que eu sou, mas antes *porque eu sou* — e na medida em que o *eu* é um ser racional — que eu penso e que verifico então que eu sou. Mas esta pequena frase de Descartes fez fortuna. Fecundada pela sua dúvida metódica, engendrou toda uma série de correntes de pensamento (ou ideosofias como as chamou Maritain ⁽²⁾) que desempenharam um papel importante no mundo jurídico contemporâneo pela via da filosofia do direito.

A característica mais surpreendente destas *ideosofias* está no germe de autodestruição que contêm.

Efectivamente, como Gilson ⁽³⁾ o demonstrou magistralmente, quando a filosofia corta com a realidade, o pensamento não progride mais, autodestroi-se, já que cada mestre é sistematicamente demolido pelo seu discípulo.

Pelo contrário, a filosofia que parte do *ser*, da realidade das coisas, foi chamado «*philosophia perennis*» pois, como nas antigas catedrais, cada geração continua a construir, a aumentar, a embelezar, sem jamais negar ou destruir a obra das gerações precedentes.

2. No domínio jurídico encontram-se as mesmas grandes correntes de pensamento. De um lado, os que, fundando-se na filosofia perene, elaborada na antiga Grécia e, depois, sabidamente canalizada e cristianizada por S. Tomás, põem em evidên-

⁽¹⁾ Cf. J. Maritain, *Le paysan de la Garonne*, Paris, Desclée de Brouwer, 1966, pp. 150-152; É. Gilson, *Le réalisme méthodique*, Paris, Téqui, (1937), pp. 2-15.

⁽²⁾ Maritain, *Le paysan...*, cit. supra, pp. 147-156.

⁽³⁾ Cf. É. Gilson, *The Unity of Philosophical Experience*, New York, Cribner, 1937.

cia a existência do Direito natural (*). Trata-se de um pensamento que admite, como ponto de partida, a realidade da Criação e as leis que o seu Autor estabeleceu, sublinhando sempre a dignidade do ser humano.

Do outro lado, encontram-se, em paralelo com as ideosofias e bebendo nas suas fontes, as múltiplas explicações que fundam o direito sobre as bases frágeis onde figuram paródias de um Direito natural sem Deus, sem Criador.

Estas paródias, de que Grotius foi o iniciador, semearam a confusão nos espíritos. Cada um dos seus porta-bandeira, renegando Deus, erigia-se em demiurgo e considerava-se, como outrora os oráculos, o único apto a decretar o que era Direito natural. O resultado foi que, para aqueles que negavam a existência do Direito natural, era fácil pôr em evidência e dismantelar as contradições.

Mas, a maior parte dos que assinalaram os inconvenientes, as flutuações, as contradições do Direito natural, atacaram mais o fantasma do que a realidade.

3. O que acabamos de evocar indica já as grandes linhas da nossa exposição. Como é impossível fazer aqui uma exposição completa da problemática esboçada, contentar-me-ei em apresentar alguns mitos e algumas realidades do nosso mundo jurídico contemporâneo.

I — SOBRE ALGUNS MITOS

4. No que se refere aos mitos, só temos a dificuldade da escolha. Numerosas são as teorias que, afastando ou, memo, combatendo o Direito natural, propuseram uma resposta ao ordenamento do direito. Limitemo-nos, por agora, a duas delas: o positivismo jurídico e um dos seus sub-produtos, o sociologismo jurídico.

(*) Ver, entre as contribuições recentes: A. Hernandez Gil, «De nuevo sobre el Derecho Natural», 12 (1985) *Persona y Derecho* (Pamplona), 13-65.

A — O MITO DO POSITIVISMO JURÍDICO

5. A característica principal desta corrente de pensamento é a de propor um conceito de direito enraizado exclusivamente nas ordens jurídicas que estão em vigor ou que tiveram existência histórica. Esta corrente rejeita a especulação sobre a natureza metafísica do direito, substituindo-lhe o estudo metódico e sistemático do direito positivo pertencente a um certo lugar e a uma certa época. Trata-se, na realidade, de rejeitar todo e qualquer critério de valor que se situasse acima do conteúdo das normas positivas. Todos os elementos meta-jurídicos seriam, pois, eliminados do mundo jurídico, a fim de construir uma ciência jurídica plenamente autónoma, baseada unicamente sobre o que de positivo se considera o único ponto comum a todo o sistema normativo: a coacção do Estado, a ordem da coacção.

O positivismo jurídico exprime-se hoje de diversas maneiras; uma das suas expressões principais é a que se pode apelar de formalismo normativo e de que o porta-voz mais conhecido é Hans Kelsen (³).

6. *A teoria pura do direito* constitui uma contribuição técnica considerável à ciência jurídica e a sua abordagem científica do direito projecta uma luz não negligenciável sobre os aspectos técnicos das normas jurídicas. Contudo, o seu empenho em afastar todo o critério universal de justiça, que possa servir de pedra de toque para a avaliação do conteúdo da norma, levou-a a estabelecer uma pirâmide normativa que é, de facto, truncada e a deixar o legislador sem bússola.

(³) Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduzida da 2.ª edição alemã por Chs. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. As críticas a esta teoria têm sido numerosas. Ver, por ex: M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 337-347; A.P. D'Entreves, *Natural Law*, Londres, Hutchinson University Library, 1967, p. 106-108 e passim; Lloyd's Introduction to Jurisprudence, 5.ª ed., por Lord Lloyd of Hampstead e M.D.A. Freeman, Londres-Toronto, Steven & Sons/Carswell, 1985, pp. 330-344; J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 5-6, 18-19, 26-29; J.A. Casaubon «Hans Kelsen y la teoría pura del Derecho» (1961), *III Revista de Estudios teológicos y filosóficos* (Buenos Aires), pp. 129-148 e 213-223; J.A. Marquez Gonzalez, «Hart Y Kelsen: Regla de reconocimiento y norma básica», 12 (1985) *Persona y Derecho*, 163-188.

1) *Uma pirâmide normativa truncada*

7. Um dos princípios fundamentais do sistema de Kelsen é a hierarquização das normas. A validade de cada norma positiva está enraizada no preceito hierarquicamente superior e assim até ao cume da pirâmide, onde se encontra a norma fundamental.

Mas esta norma, fundamento de validade de toda a pirâmide do direito positivo, está, ela própria, fora dos limites deste direito positivo.

Para Kelsen, Estado, direito positivo, ordem jurídica positiva e ordem de coacção, são sinónimos ⁽⁶⁾. Esta ordem só existe por criação do legislador ou do costume e deve comportar a característica da eficácia geral ⁽⁷⁾. Ora o fundamento da validade desta ordem de coacção, a *norma fundamental*, é uma hipótese; ela não é além disso uma norma jurídica positiva, mas antes uma proposição normativa ⁽⁸⁾. É esta hipótese, aliás jamais demonstrada, esta proposição normativa mas não jurídica, que se torna para Kelsen «a condição *lógica transcendental necessária* para que uma ordem de coacção criada pela legislação ou pelo costume, e eficaz de uma maneira geral, seja considerada válida, objectivamente válida» ⁽⁹⁾. Ela só determina, *na teoria pura do direito*, «o *fundamento da validade* e não o conteúdo do direito positivo» ⁽¹⁰⁾.

8. Assim, para fundar uma ciência do direito, Kelsen tem de recorrer a uma hipótese não científica. O seu encarniçamento para se libertar de todo o elemento meta-jurídico leva a fundar

⁽⁶⁾ Cf. H. Kelsen, «Justice et droit naturel», in *Le droit naturel*, Annales de philosophie politique, n.º 3, Paris, PUF, 1959, p. 121

⁽⁷⁾ Cfr. *Ibidem*.

⁽⁸⁾ Para Kelsen, a norma fundamental é pois a hipótese seguinte: «se o direito positivo for considerado válido, supor-se-á que todos se devem comportar como prescreve a constituição primitiva, conformemente à qual a ordem jurídica positiva é criada. É esta hipótese que a «teoria pura do direito» qualifica de norma fundamental. É uma proposição normativa (Soll-Satz), mas não uma norma jurídica (Rechts-Norm) positiva, nem uma proposição jurídico (Rechts-Satz) servindo para descrever uma norma jurídica positiva». *Id.*, p. 122. *itálicos no original*.

⁽⁹⁾ *Ibidem*, *itálicos acrescentados*.

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*, *itálicos no original*.

a ciência jurídica sobre uma norma não jurídica. Trata-se de uma hipótese que se torna necessária para completar a sua pirâmide normativa. Mas, olhando de perto, verifica-se que o cume da sua pirâmide é nem mais nem menos do que uma hipótese, talvez mesmo uma miragem, e que, portanto, a sua pirâmide está, na realidade, truncada. Além disto, a norma fundamental só tem uma *utilidade formal*, no sentido de que não pode intervir, de modo algum, na sindicância do conteúdo das normas. Deste modo o legislador, o Estado, torna-se senhor absoluto do direito positivo. Não está sujeito a nenhum princípio que o ultrapasse. Pode e deve erigir-se em senhor supremo. Eis porque esta teoria deixa o legislador sem bússola.

2) *Um legislador sem bússola*

9. ...Pois para Kelsen só uma coisa interessa, que a norma seja válida; ela sê-lo-á irremediavelmente se o processo fixado pela Constituição for respeitado. Se as formas forem observadas, o direito positivo será válido e não poderá contradizer a norma fundamental. Poderá, em contrapartida, estar em contradição com o Direito natural, que se apresenta como o direito justo, já que a norma fundamental não é uma norma de Justiça ⁽¹¹⁾.

Segundo esta teoria pura do direito, a questão de saber se um direito positivo é justo ou injusto não se põe, pura e simplesmente. Em resumo: a questão não é pertinente.

10. Paremos um instante. Nesta teoria, pois trata-se bem de uma teoria, o direito positivo é «uma ordem de coerção criada

(11) Para Kelsen o «fundamental da validade é independente do conteúdo das normas válidas. Para determinar o conteúdo do direito positivo, a norma fundamental remete-se para o *processo* (definido pela Constituição) de criação positiva do direito. Determinar o conteúdo do direito positivo é a função própria do processo. Para a validade do direito não importa saber se o conteúdo, tal como foi determinado no processo do direito positivo, é justo ou injusto. A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é uma norma de justiça. Também o direito positivo, (...), não poderá nunca estar em contradição com a sua norma fundamental, enquanto que uma tal ordem pode muito bem estar em contradição com o Direito Natural, que se apresenta como o direito justo». *Ibidem*.

pelo legislador ou pelo costume, e eficaz de um modo geral» (12). É interessante sublinhar que Kelsen emprega o verbo *criar*. Para ele, «o Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada» (13). É preciso que ele institua órgãos especializados para a criação e a aplicação das normas (14). Isto implica que pertence ao Estado reconhecer e determinar o que é jurídico. Pensemos, neste contexto, na *pessoa*. Como ela não existe por ela mesma, não tem direitos. É o Estado, através do direito positivo, que a constitui como sujeito de imputação de normas. Nesta perspectiva, que é feito dos direitos fundamentais e dos direitos da pessoa? Os direitos serão fundamentais por estabelecidos numa carta criada pelo Estado? Ou serão previstos nesta carta por serem fundamentais? Voltaremos a este ponto.

Poderão imaginar-se os estragos irremediáveis que esta teoria, que ignora completamente a noção universal de justiça, seria susceptível de causar se fosse manejada por um déspota hábil ou, mesmo, somente aplicada por um governo democraticamente eleito mas gozando de uma maioria parlamentar esmagadora e pouco preocupada com os direitos fundamentais?

Se a única bússola de que dispõe o legislador é o *formalismo* da norma, se a Justiça não é o seu guia, se o conteúdo da norma jurídica lhe pertence exclusivamente, se não admite nenhum princípio transcendente, se a pessoa não existe senão segundo a sua vontade, se não tem de respeitar o conjunto da natureza criada, corre-se a risco de se ver instaurar, se as circunstâncias o permitirem, o reinado do *Big Brother*.

11. É certo que é necessário levar ao extremo limite a lógica inerente à teoria de Kelsen para chegar até aí, mas não é menos certo que ela contém em si mesma a possibilidade de justificar um regime que transforme o ser humano num escravo. Pois a liberdade da pessoa fica à mercê do poder estadual.

(12) Ibidem. Kelsen retoma esta frase sempre que emprega a expressão «direito positivo», a fim de explicar o que quer dizer.

(13) H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, supra, p. 379.

(14) Cf. ibidem.

Mas o positivismo jurídico exprime-se também através de outras correntes que embora possam, à primeira vista, situar-se nos antípodas do formalismo normativo de Kelsen, não são na realidade mais do que um sub-produto deste. Refiro-me nomeadamente ao sociologismo jurídico.

B — O MITO DO SOCIOLOGISMO JURÍDICO

12. Há quase tantas formas de sociologismo jurídico, como de autores associados a este modo de abordar o ordenamento jurídico, já que o *relativismo* é a sua regra de ouro. Não entra, pois, no meu propósito estudá-los um a um.

Contentar-me-ei, pois, em esboçar alguns traços que lhes são comuns, chamando a atenção para dois aspectos: o seu discurso pretensamente científico em relação com o direito, e a sua tendência para erigir os factos em normas jurídicas.

1) *O direito pseudo-científico*

13. Augusto Comte foi o primeiro a pretender aplicar o método científico aos fenómenos sociais. Também pretendeu que a ciência autorizava a negação da existência de Deus. Podia-se, segundo ele, ignorar tudo o que não era mensurável nos termos da metodologia das ciências puras e naturais. Mas, ironia da sorte, para o fim da sua vida abandona o seu discurso científico para elaborar os seus próprios dogmas e fundar a sua própria religião⁽¹⁵⁾. O erro fundamental deste percurso pseudo-científico consiste em pretender medir tudo com os mesmos instrumentos. Os métodos científicos, aplicados às realidades físicas, biológicas, etc., não são contudo sempre os mesmos. O erro do positivismo não é o de pretender que não se pode conhecer senão o

⁽¹⁵⁾ Para um estudo notável destas questões num contexto mais geral, vd. M. Artigas, «Ciencia, finalidad y existencia de Dios», 17 (1985/1), *Scripta Theologica*, (Pamplona), 151-189.

que é mensurável e quantificável, que tudo o resto só releva da subjectividade?

14. O sociologismo jurídico rejeita, para todos os fins úteis, a permanência de uma norma. E, embora admita a existência de valores, pretende que estes não têm outro fundamento ontológico que não seja a sua aceitação pelos membros da colectividade. O que conduz a uma relativismo quase absoluto. O legislador deve, pois, auscultar esta sociedade, tomar o seu pulso; desgraçadamente, os métodos para o fazer estão longe de ser científicos. Multiplicam-se, é certo, os livros verdes, as audiências públicas e as comissões parlamentares no nosso País, enquanto que em certos países de além Atlântico a sondagem se tornou o instrumento querido do legislador. Estuda-se a opinião pública esquecendo talvez a frase de Winston Churchill: «There is not public opinion, there is only published opinion». O método pretende-se científico. Mas sê-lo-á verdadeiramente? Conduz quase irremissivelmente a erigir o facto em direito, a erigir como princípio que o que *deve ser* é o que *já é*.

2) *O facto erigido em direito* ⁽¹⁶⁾

15. Este método não admite uma noção transcendente do bem. Um certo comportamento é bom ou mau? É a opinião pública que decide. O que era bem ontem poderia hoje ser mal e vice-versa. Consequentemente, o legislador sente-se incapaz de desempenhar o seu verdadeiro papel: o de fazer leis para o *bem comum* da sociedade. A noção de bem comum não tem, aliás, qualquer sentido numa perspectiva positiva. O legislador só pode responder aos desejos da população, fazer o que as pessoas que-rem, sobretudo nos domínios atinentes à família e aos bons costumes.

⁽¹⁶⁾ Ver, no contexto do direito francês, os estudos pertencentes de C. Atias e D. Linotte, «Le mythe de L'adaptation du droit au fait», D. 1977, *Chron.* 251-258; C. Atias, «Le mythe du pluralisme civil en législation», 13 (1982), *R.R.J.* 244-253. Ver as observações saborosamente satíricas e não sem fundamento de Ph-Rémy, «Le mythe du pluralisme civil en législation: observations complémentaires», 15 (1983), *R.R.J.* 91-92.

A sociedade, ajudada nisso pelo legislador, altera os seus *tabus* e as suas raízes: outrora, eram religiosos; hoje são sociais; um comportamento ontem obscuro, torna-se hoje um direito garantido pela lei fundamental, ou, pelo menos, alguns pretendem-no... mesmo se o roubo ainda continua um delito.

16. Faz-se assim direito rasteiro, cultivado no terreno fertilizado pela hipocrisia legislativa. Mas abandonemos os mitos, e passemos às realidades.

II — SOBRE ALGUMAS REALIDADES

17. Numerosas são as realidades que se poderiam opor aos mitos. Permitti-me ir ao essencial: na ordem do direito, a *realidade primeira* corresponde aos valores absolutos. Estes constituem o cunhal de todo o direito digno deste nome. Servem também, aos legisladores, de pedra de toque para os juízos de valor que têm inevitavelmente de emitir. Sem estes valores absolutos não pode haver nem bom direito, nem bom legislador.

A — A REALIDADE DOS VALORES ABSOLUTOS

18. Sim, há *valores absolutos* que transcendem e informam simultaneamente a realidade sensível. Pode fazer-se como se não existissem. Mas nem por isso cessam de existir. A nossa miopia pode obscurecer a percepção que temos deles, mas não lhes retira a realidade.

O essencial desta realidade dos valores situa-se ao nível do Ser Supremo e da pessoa humana. Eis porque a supremacia de Deus e a dignidade da pessoa humana aparecem como os dois grandes pilares de qualquer ordem jurídica. Tudo o resto decorre delas.

1) *A supremacia de Deus.*

A supremacia de Deus é reconhecida nos textos legislativos solenes do nosso ordenamento jurídico.

Assim, o preâmbulo da *Declaração canadiana dos direitos*, de 1960, começa por estas palavras: «O parlamento do Canadá *proclama* que a nação canadiana repousa sobre os princípios que reconhecem a supremacia de Deus, a dignidade e o valor da pessoa humana, bem como o papel da família numa sociedade de homens livres e de instituições livres». (17).

De maneira mais sóbria, mas não menos evidente, a *carta canadiana dos direitos e liberdades*, de 1982, começa por estas palavras: «Atendendo a que o Canadá é fundado sobre princípios que reconhecem a supremacia de Deus» (18). Como no sistema parlamentar britânico não se presume que o legislador escreva para não dizer nada (19), este reconhecimento deve ter consequências específicas no ordenamento jurídico canadiano.

Há, pois, uma incompatibilidade radical entre o nosso ordenamento jurídico e a afirmação de Kelsen, segundo a qual: «Uma teoria científica do direito contentando-se em constatar que se não se crê numa natureza criada por um Deus justo, não se poderá *logicamente* admitir a existência de um direito justo, inerente à natureza» (20).

20. De facto, a negação de um Deus criador, que se revestiu quase sempre de pretensões científicas, foi denunciada pelos sábios de todos os tempos.

(17) S.C. 1960, c.44. Vd. Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. c. Pelletier, (1976). c.s. 296; na pág. 313. o juiz Deschênes, depois de ter citado este texto, afirma: «O Estado em que vivemos não é pois nem ateu nem amoral, e não há que ter vergonha em reconhecer que se inspira nos valores cristãos. Ora, estes valores, para além da idade média e dos inícios do cristianismo, ligam-se a contatações que datam da mais alta antiguidade».

(18) *Lei constitucional de 1982*, parte I

(19) Ver, num contexto mais geral, P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1982, pp. 234-235 e as referências.

(20) H. Kelsen, loc-cit., supra, nota 6, p. 73-74. *itálicos no original.*

Começemos pelo Livro da Sabedoria:

«Sim, fundamentalmente vão todos os homens que ignoram Deus e que, através dos bens visíveis, não foram capazes de o reconhecer.

O que é,

e não reconheceram o Artesão vendo as Obras.

[...]

a grandeza e a beleza das criaturas fazem, por analogia, contemplar o seu Autor.

[...]

vivendo entre as suas obras, esforçam-se por as penetrar, e deixam-se levar pelas aparências, tão belo é o que vêem!

Eles mesmos não são perdoáveis:

se foram capazes de adquirir suficiente ciência para poder perscrutar o universo,

como não descobriram mais cedo o Mestre?» (21).

Com efeito, o método científico, não tendo Deus por objecto, não pode provar ou negar a sua existência, o que não impede numerosos cientistas — e, de entre os mais sérios, Einstein (22), por exemplo — de aperceberam, pela via do conhecimento e do aprofundamento da realidade, a necessidade de um Ser supremo.

21. Além disso, o ser humano submete-se de boa vontade às leis da natureza que partilha com os objectos materiais e com outros seres vivos. É assim que aprendeu, por ex., a não desafiar a lei da gravidade, pois, embora a queda não seja nela mesma dolorosa, a aterragem pode ser mortal. Do mesmo modo, submete-se às leis biológicas, sabendo que ninguém se priva, sem risco, de uma alimentação sã. É assim, para não prolongar esta ilustração, que a relação sexual entre a mulher e o homem é necessária

(21) Sab., 13, 1, 5, 7, 9.

(22) Cf. A. Einstein, *Lettres à Maurice Solovine*, Paris Gauthier-Villars, 1956, em especial a carta de 30 de Março de 1950, nas páginas 114-115.

para a procriação, mesmo se, nos nossos dias, alguns tentam realizá-la através de uma proveta...

22. Mas quando se trata das leis da natureza que só se aplicam ao ser humano, as que guiam o seu comportamento de ser livre e responsável, por outras palavras, quando se trata do Direito natural, então os indivíduos, os legisladores, as sociedades, encontram mil e uma maneiras de as contrariar. A sanção neste contexto é sem dúvida menos dolorosa e menos eminente do que o é no caso das leis físicas e biológicas, mas não é menos real.

As nossas sociedades sabem, aliás, algo nesta matéria, desde que se deixaram seduzir pelos mitos no domínio do direito.

23. Alguns pretendem que o Direito natural releva, não da natureza, mas da religião. Apontam como prova o facto de se citar frequentes vezes o texto de S. Paulo na sua *Epístola aos Romanos* onde, falando dos gentios, ele afirma que eles não receberam a revelação, mas que «cumprem naturalmente os preceitos da Lei; eles que não têm a Lei são para eles mesmos uma Lei, eles mostram que as determinações da Lei estão gravadas no seu coração, do que é testemunho a sua consciência, bem como os seus pensamentos que, por sua vez, os acusam ou os desculpam»⁽²³⁾. Também se invoca o facto de ser nos escritores católicos, e nomeadamente nos Papas⁽²⁴⁾, que se encontram as exposições mais completas e mais autorizadas de Direito natural.

24. Esta teoria ignora, contudo, o facto de a Grécia antiga ter uma noção bem precisa de um Direito natural de origem divina.

⁽²³⁾ Rom. 2, 14,15

⁽²⁴⁾ Os textos dos Papas e dos Concílios são muito numerosos. Ver sobre Pio XII os estudos seguintes: J. Brethe de la Gressaye, «Un Pape juriste: Pie XII et le droit naturel», *Mélanges J. Dabin*, Bruxelles — Paris, Bruylant-Sirey, 1963, p. 19-26; Ph. André-Vincent, «Pie XII et la Philosophie du droit», 1985-2, *R.R.J.*, 531-537. Ver a título de exemplo: Leão XIII, Enc. *Libertas praestantissimum* de 20 de Junho de 1888, AL 8, p. 219; Pio XI, Enc. *Mit brennender Sorge*, de 14 de Março de 1937, AAS 29 (1937), p. 159; Pio XII, Discurso *Con vivo Compiacimento*, de 13 de Nov. de 1949, AAS 41 (1949) pp. 604-608; João XXIII, Enc. *Pacem in terris*, de 11 de Abril de 1963, AAS 55 (1963) pp. 269 e segs.; Conc. Vaticano II, Const. *Gaudium et Spes*, n. 36 e passim, Conc. Vaticano II, Dec. *Dignitatis humane*, n. 3 e passim; Paulo VI, Enc. *Humanae Vitae*, de 25 de Julho de 1968, n. 4 e passim; João Paulo II, Discurso à *União de juristas católicos italianos*, de 5 de Dezembro de 1982, *Osservatore Romano*, de 5 de Dezembro de 1982; etc.

Uma das expressões mais vivas desta noção é a que Sófocles atribui a Antígona. Lembrar-se-ão talvez do texto: Creonte publicou um édito vedando a sepultura ao traidor. Antígona ignora o édito e presta ao seu irmão, Polinício, o traidor, a homenagem funerária proibida. Presa em flagrante delicto, é conduzida diante de Creonte. O diálogo é marcante:

Creonte — Conhecias o meu édito?

Antígona — Como poderia desconhecê-lo? É público.

Creonte — E ousaste violar as minhas leis?

Antígona — Sim, pois não foi Zeus que as proclamou, e o tribunal que se reúne junto dos deuses subterráneos não definiu tais normas para os homens. Não julgava que os teus éditos tivessem poder a ponto de permitirem a um mortal violar as leis divinas: leis não escritas, estas, mas infalíveis. Não é de hoje nem de ontem que elas entraram em vigor; são de todos os tempos e ninguém as viu nascer. Desobedecer-lhes não seria, por causa de um cobarde respeito pela autoridade de um homem, cair sob a sanção divina? (...) Consideras, não é verdade, que agi como uma louca? Diria o mesmo de ti ⁽²⁵⁾.

Não será este um eco do Salmo 52: «O insensato disse no seu coração 'Não há Deus'» (S. 52.2)

Este diálogo não confirma a afirmação de S. Paulo de que as normas do Direito natural estão gravadas nos corações? Além disso, em Aristóteles a referência à natureza dos seres é quase constante e, em relação ao direito, começa o capítulo VII do livro V da *Ética a Nicómaco*, nos seguintes termos: «Uma parte do direito político é de origem natural; a outra é fundada na lei. A que é de origem natural é o que em, todos os lugares, tem

(25) *Théâtre de Sophocle*, t. I trad. por R. Pignarre, Paris, Garnier 1947, p. 105-7.

o mesmo efeito e não depende das nossas diversas opiniões ⁽²⁶⁾». É certo que Aristóteles tinha uma concepção incompleta do Direito natural, pois nem a igualdade nem a dignidade do ser humano eram para ele universais.

25. Cícero confirma também a afirmação de S. Paulo: «Homens sábios julgaram tomar a lei como ponto de partida; tiveram razão? Tiveram, se, como pressupõem, a lei é a razão suprema, gravada na nossa natureza, que prescreve o que se deve fazer e proíbe o que se deve evitar. Esta mesma razão solidamente estabelecida na alma humana, com as suas consequências, é a lei ⁽²⁷⁾».

Liga-a também ao Criador, quando afirma: «Existe, é certo, uma lei verdadeira, que é a justa razão; é conforme a natureza, presente em todos os homens; é imutável e eterna; (...) esta lei única, eterna e imutável, impor-se-à a todas as nações e a todos os tempos, e um só Deus comum a todos seria como que o educador e o chefe de todos. Foi ele que fez esta lei, que a interpreta e nela propõe. O homem que recusar obedecer-lhe deverá fugir a ele mesmo e, dado que desprezou a natureza humana, sofrerá os castigos mais cruéis» ⁽²⁸⁾.

26. A supremacia de Deus deve, pois, reflectir-se no direito positivo. Nestes termos, Santo Agostinho, ao comentar o tratado *Da República* de Cícero, afirma: «onde não há justiça, não há república. Ora, a justiça é a virtude que dá a cada um o que lhe pertence. Que justiça humana então é essa que afasta o próprio homem do verdadeiro Deus (...)? Será isto dar a cada um o que lhe pertence? (...) O homem que se subtrai ao poder de Deus, seu criador, para se tornar escravo dos espíritos do mal, será justo? ⁽²⁹⁾». S. Tomás reforça estas ideias com energia e

⁽²⁶⁾ Aristote, *Éthique à Nicomaque* V, cap. VII, trad. por J. Voilquin, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, pág.138. Vd. também Aristote, *Politique*, liv. I, cap. I, e liv. III, cap. XII, trad. M. Prelot, Genève, Gonthier (1964), pp. 22 e 136 passim.

⁽²⁷⁾ Ciceron, *De Legibus*, I, VI, trad. por Ch. Appuhn, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 132.

⁽²⁸⁾ Ciceron, *De Re Publica* III, XXII. 33, trad. por E. Breguet, T.II Paris, «Les belles lettres», 1980, p. 67.

⁽²⁹⁾ Saint Augustin, *La cité de Dieu*, liv. XIX, C. XXI, trad. por L. Moreau, t. 3, Paris, Garnier, s.d., p. 244.

razão: «Qualquer lei criada pelos homens só tem valor de lei na medida em que derivar da lei natural». Uma vez que se desvie, em qualquer ponto, da lei natural, *non est lex, sed legis corruptio*, já não é lei, mas corrupção da lei ⁽³⁰⁾. E é perante as leis injustas, face à corrupção da lei, quando esta se desvia do Direito natural, que os maiores filósofos e juristas têm justificado ou explicado a desobediência civil e, mesmo, a revolta contra o tirano.

Esta supremacia de Deus e as suas manifestações lógicas no ordenamento jurídico, levam-nos naturalmente a pôr em evidência esta outra realidade do binómio Criador-Criatura: a dignidade da pessoa humana.

2) *A dignidade da pessoa humana* ⁽³¹⁾

Tocamos aqui o problema essencial dos direitos fundamentais. A multiplicação das Declarações dos direitos do homem — segundo a terminologia mais antiga — ou das Cartas dos direitos da pessoa — segundo a denominação contemporânea — conduzem a interrogarmo-nos, no começo deste Ano Internacional da Paz, sobre os alicerces destes direitos fundamentais. São fundamentais por figurarem numa Carta? Ou figuram numa carta por serem fundamentais?

28. Segundo o positivismo jurídico, o que dá aos direitos fundamentais o seu carácter fundamental é unicamente a vontade do legislador. Mas isto não equivale a deixar a dignidade da pessoa humana à mercê do legislador? Que sucederia aos direitos, inerentes à pessoa, que o legislador tivesse afastado? Será que

⁽³⁰⁾ Saint Thomas d'Aquin, *Sum. Theol.* I — II, al. q. 96 a. 2, trad. por M. J. Laversin, Paris, Desclée p. 143.

⁽³¹⁾ Ver, neste contexto, a exposição notável de J. Hervada, «Problemas que una nota esencial de los Derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho», 9 (1982), *Persona y Derecho*, 243-256, e a tradução de A. Seriaux sob o título «À propos d'un trait caractéristique de la notion des droits de l'homme», (1985-2), *RRJ*, 495-509; ver também J.M. Finnis «The Foundations of Human Rights», separata de (1979), 26, *Cooperation in Education*.

os *direitos de que o homem foi dotado pelo Criador* — para empregar a fórmula justa da Declaração de Independência dos Estados- Unidos da América, em 1776, — podem ser deixados à boa vontade de um Parlamento?

Será que estes *direitos naturais inalienáveis e sagrados*, que o Assembleia Nacional francesa proclamou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, poderiam depender de um texto legislativo? Será que a personalidade jurídica do ser humano (concebida, seja qual for a sua raça, a sua casta, a sua religião, quer tenha nascido ou esteja ainda no seio da sua mãe) pode depender de uma lei positiva? Será que o direito à vida pode estar sujeito à vontade de um legislador? Será que a igualdade e a liberdade, nas suas diferentes manifestações e sempre associadas à responsabilidade, ⁽³²⁾, podem existir somente quando um texto as reconhece? Fazer estas perguntas é responder-lhes. E é responder-lhe por um *NAO* categórico! Aliás, todas as Declarações e todas as Cartas *declaram* ou *reconhecem* estes direitos. Estes textos nunca empregam os verbos criar, outorgar, ou conceder. Os direitos fundamentais existem, são inatos, naturais, inerentes a todo o ser humano e pre-existindo a todo e qualquer reconhecimento do direito positivo.

29. Os positivistas retorquir-nos-ão que, se a lei positiva não os outorgou, não há direitos fundamentais. O que significa que a Declaração da Independência dos Estados Unidos não deveria mais falar *dos direitos de que o homem foi dotado pelo Criador*, mas, antes, dos direitos de que o homem foi dotado pelo legislador. Não estariam eles em vias de lesar a liberdade, a justiça e a paz no mundo? Em qualquer caso, não se poderia pretender que os direitos da pessoa dependem da boa vontade do Estado sem declarar a falsidade da Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948. Esta começa, com efeito, pela seguinte afirmação: «A liberdade, a justiça e a paz no mundo têm por fonte o *reconhecimento* da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da

⁽³²⁾ Sobre esta noção vd. J. Hervada, «Liberdad, autenticidad y Derecho natural», (1976) III, *Persona y Derecho*, 515-521.

família humana»; devem ser, continua a Declaração, «*protegidos pelo Estado-de-Direito, a fim de que o homem não seja constrangido ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e a opressão*». O artigo primeiro declara por sua vez: «*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*»; o que equivale a dizer que o ser humano é portador de tais direitos por si mesmo e não em virtude de uma concessão da lei.

30. Assim, pois, a supremacia de Deus e a dignidade da pessoa humana são as realidades sobre as quais deve repousar o direito.

A junção desta realidade ao binómio Criador-Criatura leva ao reconhecimento do Direito natural ⁽³³⁾, pedra de toque que deve servir ao legislador para proferir os juízos de valor necessário para fazer bom direito.

B — A REALIDADE DOS JUÍZOS DE VALOR

31. O juízo de valor é uma realidade inegável. Todos os legisladores emitem um juízo de valor quando exprimem a sua vontade política fazendo uma lei. O problema não se põe ao nível do juízo mas, antes, ao nível dos valores. O positivismo jurídico pretende não se pronunciar sobre o carácter justo ou injusto de uma norma; mas, na realidade repousa, inteiramente, sobre um juízo de valor. Neste sistema o que conta é a validade da norma segundo o processo formalista e não a sua justiça. O sociologismo jurídico estabelece, além disso, um conjunto de valores que

⁽³³⁾ Ver as observações pertinentes do juiz J. Deschênes no caso Nissan Automobile Co. (Canada) c. Pelletier (1976) C.S. 296, pp. 312-320. Depois de ter exposto as ideias principais do positivismo, o juiz afirma: «O Tribunal não poderia aderir a esta visão materialista das coisas, imagem deformada de um universo sem alma habitado por uma humanidade sem modelo. Aliás se a descrição positivista correspondesse à realidade íntima e milenária da humanidade, porque se teriam consagrado tantas energias, particularmente nos dois últimos séculos, ao combate ao Direito natural? Como observava com humor o famoso Professor Henri Batiffol, «a quantidade de esforços desenvolvidos pela negação pura e simples da ideia de Direito natural, deixa subsistir o problema de saber por que motivo o cadáver não acaba por morrer». (pag. 312-313).

não são absolutos, mas relativos, já que variam ao sabor da interpretação que o poder da altura propõe à vontade do povo. Deste modo, os juízos de valor actuam a dois níveis: primeiro, para decidir quais são os valores a promover; e, em seguida, para escolher o veículo legislativo, administrativo ou outro que servirá para os promover. Este discurso repousa sobre um outro mito: o do pluralismo. Com efeito, como se pretende que não há valores absolutos, todos os valores são colocados ao nível das opiniões, todas igualmente respeitáveis, cada governo podendo escolher as que lhe convém. Argumento falacioso, sem dúvida, pois, tratando-se de opiniões, com que autoridade um governo pode impor uma delas, e não as outras, ao povo que o elegeu? Quando se está efectivamente em face de uma opinião, ou ainda perante uma multiplicidade de soluções respeitantes a um problema preciso, aceita-se geralmente que o legislador possa intervir, quanto mais não seja para estabelecer uma certa ordem na sociedade.

Pensemos, por exemplo, nas leis da circulação (mas, então já não se trata de valores).

32. Contudo, os valores absolutos, os que se ligam à natureza própria do ser humano, não podem depender do humor mais ou menos eleitoralista de um governo. Se o legislador pretende fazer verdadeiras leis, deve procurar seriamente o bem comum, e assentar solidamente a sua legislação nesse Direito natural que permite distinguir entre o bem e o mal, que ajuda a dar o seu a seu dono, que procura não lesar ninguém, que encoraja os cidadãos a viver honestamente; nesse Direito natural que deduz do ser o seu *dever-ser*.

Alguns comprazem-se em sublinhar as contradições nesse tal comportamento que, outrora Aristóteles qualificava como concordante com o Direito natural e que, numa outra época, considerava contrário a este mesmo Direito natural. Em certos casos, salienta-se como os acórdãos dos mais altos tribunais de certos países decidiram que os negros não eram pessoas ⁽³⁴⁾, que as

⁽³⁴⁾ Cf. *Dred Scott v. Sandford* (1856) 18 Howard's Reports 393, *speciatim* 402-407, 477, 480-482. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos conclui assim na pág. 481: «The correct conclusions upon the question here considered would seem to be these: that,

mulheres também o não eram ⁽³⁵⁾; enfim, que a criança concebida não é uma pessoa, ao menos durante certo tempo ⁽³⁶⁾. Para concluir que o Direito natural é uma noção fluida que não pode servir de guia seguro ao legislador.

33. Os que utilizam estes argumentos contra o Direito natural negligenciam tomar em consideração o facto de, normalmente, se tratar de um aprofundar do conhecimento, mais do que uma contradição. Um conhecimento mais completo do ser humano leva a uma melhor determinação do seu dever-ser. Assim, a *igualdade* outrora qualificada de contrária ao Direito natural, torna-se doravante uma das suas manifestações mais brilhantes e o ordenamento jurídico que não a integre no seu direito positivo é olhando com suspeita ou, mesmo, com desprezo. Paralelamente, a escravatura, outrora considerada natural, é hoje objecto de condenação universal. O respeito da vida humana, desde a sua concepção e até à morte, não recebia uma protecção absoluta nas sociedades que, por insuficiente aprofundamento da dignidade e do valor do ser humano, aceitavam naturalmente a desigualdade das pessoas e a escravatura. Será que, nos nossos dias, regredimos no conhecimento e no reconhecimento da dignidade e do valor do ser humano? ⁽³⁷⁾.

in the establishment of the several communities now the States of this Union, and in the formation of the Federal Government, the African was not deemed politically a person».

⁽³⁵⁾ Cf. Re: Meaning of the Word «persons», in section 24 of B.N.A. Act, 1867 (1928), R.C.S., 276. O juiz-chefe Anglin conclui as suas notas na pág. 290: «We are, for these reasons, of the opinion that women are not eligibles, for appointment by the Governor General, to the Senate of Canada under section 24 of the British North America Act, 1867, because they are not qualified persons within the meaning of that section».

⁽³⁶⁾ Cfr. *Roe v. Wader*, 410 V.S. 113; 93 S. Ct. 705 (1973). O tribunal afirma: «All this (a argumentação desenvolvida), (...) persuades us that the word «person», as used in the fourteenth amendment, does not include the unborn», na p. 792, (12), 158. Para os desenvolvimentos posteriores, vd. P. Monaghan, «Hermane Provisions for Aborted Human Remains», (1985) 25 Catholic Lawyer, 365-374. O autor afirma na página 366: «It is the contention of this article that *Roe v. Wader and its «progeny», Akron*, are examples of the technique of lying, repeating the lie and continuing to lie».

⁽³⁷⁾ Ver João Paulo II, «Discurso ao VI Simpósio dos bispos europeus», em *L' Osservatore Romano*, edição em língua francesa, 22 de Outubro de 1985, págs. 1, 4 e 5; no nr. 10, p.4 o Papa diz: «A introdução de uma legislação permissiva sobre o aborto

34. Mas há mais. A fim de defender o sociologismo jurídico e afastar o Direito natural, alguns apoiam-se sobre o facto de que este Direito, fruto de identidade absoluta do ser humano ao nível da sua natureza criada, deve ser universal. Ora, em muitos casos, encontra-se, ao nível do direito positivo, o reconhecimento bastante generalizado de comportamentos contrários ao Direito natural. Como pretender, então, que comportamentos generalizados possam ser contrários ao Direito natural? Pense-se, por exemplo, no divórcio que põe em causa a necessidade natural da estabilidade requerida para a educação das crianças, dos filhos, e, ainda, a obrigação de fidelidade livremente assumida pelos esposos. Pense-se, também, no aborto que priva um ser humano do seu bem mais precioso — a vida. A banalização do divórcio, a liberalização do aborto, podem manter-se, em contrário ao Direito natural?

35. Que direis se, antes de responder, se aplicasse a estas situações o velho adágio «a árvore conhece-se pelos seus frutos»?

Analisando estes comportamentos à luz do bem comum da sociedade, poder-se-á pretender honestamente que os frutos do divórcio são bons? Como explicar, então os traumatismos profundos nos cônjuges, os efeitos, por vezes irreparáveis, nos filhos, e tantas outras consequências, cuja menor não é o rapto dos filhos pelos pais frustrados?

Nesta mesma perspectiva, que fruto produz o aborto? O seu fruto é muito amargo para a criança que vai nascer, pois não mais poderá beneficiar da sua vida. Para a mãe, a medicina, a psiquiatria, a psicologia são unânimes em reconhecer numerosos desarranjos, tanto biológicos como psicológicos, na que sofre um aborto.

foi considerada a afirmação do princípio da liberdade (...), Mas penso que, neste fenómeno tão triste de involução, os que são verdadeiramente vencidos são o homem e a mulher (...); foi verdadeiramente vencido o Estado «secularizado» que renunciou a proteger o direito fundamental e sagrado da vida, para se tornar o instrumento de um pretenso interesse da colectividade e que se torna por vezes incapaz de salvaguardar o respeito das suas próprias leis permissivas!»

36. Sendo assim, a generalização maior ou menor de um comportamento não é sempre sinal de acordo entre esse comportamento e o Direito natural; é preciso conhecer a árvore pelos frutos. É necessário que o legislador, tal como o médico, assuma a sua responsabilidade e decida se a generalização de um comportamento é um bem ou um mal para a sociedade.

O médico, ao descobrir uma epidemia, alerta os poderes públicos, a fim de que estes tomem as medidas adequadas para a eliminar. O legislador também o faz por vezes. É assim, ainda, que, muito recentemente, o Parlamento federal interveio, com razão, para aumentar consideravelmente as penas aplicáveis aos condutores em estado de embriaguez ⁽³⁸⁾. Será permitido perguntar: porque não o faz noutros domínios?...

CONCLUSÃO

37. É mais do que tempo para concluir. As minhas reflexões pessoais, aplicadas ao mundo jurídico contemporâneo, poderiam sê-lo, muito simplesmente ao mundo contemporâneo. O nosso mundo ocidental, outrora vaso da civilização, e nomeadamente da civilização cristã, apesar dos erros próprios da natureza humana, está despedaçado. Faz figura de novo *Titanic*, sacudido, virado nas borrascas, fendido contra os escolhos destas correntes de pensamento, destas *ideosofias* que erigem a pessoa em criador, desequilibrando o cunhal de uma civilização que se encontra sem recursos para calafetar os veios de água, na sua superabundância de bens materiais.

A proliferação das *cartas dos direitos* nestes últimos tempos põe em evidência a perda do sentido de dignidade da pessoa humana, outrora não escrita mas arreigada nos corações.

Sei que as minhas reflexões estão em contra-corrente. É possível que, como Creonte ao escutar Antígona, penseis que estou louco. Não me parece. O nosso mundo contemporâneo sofre de

⁽³⁸⁾ Cf. Modificações no *Code Criminel du Canada*, S.C. 1985, cap. 19.

uma fome terrífica: e não só de alimentação. A paz é rara, a felicidade torna-se um género que se procura sem muito sucesso, a alegria parece estar presente, mas se se esgravata um pouco, descobre-se frequentemente uma grande tristeza.

Onde quero chegar? A isto, muito simplesmente: pusemos de lado a realidade do binómio Criador-Criatura; e no momento em que a sonda americana nos desvenda as maravilhas de Urano e os cientistas se interrogam sobre as maravilhas futuras, nós, no nosso pequeno planeta, parecemos querer libertar-nos deste Direito natural que nos poderia conduzir à justiça, à paz, à felicidade e à alegria.

Concluireis, talvez, que sou um acérrimo partidário do Direito natural. Ora bem, não! O Direito natural não é questão de opinião. Trata-se de uma realidade que se deve reconhecer. É certo que, mesmo perante uma realidade, é possível pretender que ela não existe. Não há, vós sabei-lo bem, pior cego do que o que não quer ver.