

COLEÇÃO
IDEIAS &
ESTUDOS
POLÍTICOS

DIREITO NATURAL E ECOLOGIA HUMANA

PARA UMA ECOLOGIA INTEGRAL

Coordenadores

MANUEL BRAGA DA CRUZ | JOSÉ MOUTINHO



Direito Natural e Ecologia Humana

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais da FCT –
– Fundação para a Ciência e a Tecnologia no âmbito do projeto
UIDB/04597/2020.

Título Direito Natural e Ecologia Humana: para uma Ecologia Integral

Coordenadores Manuel Braga da Cruz e José Moutinho

Coleção Ideias & Estudos Políticos

© Centro de Investigação do Instituto de Estudos Políticos

© Universidade Católica Editora

Revisão editorial Débora Morais, Belén Álvarez e Alessia Casciaro

Capa Velcnum.pt

Paginação Magda M. Coelho

Impressão e acabamento Papelmunde

Depósito legal 0

Tiragem 300 exemplares

Data março 2023

DOI <https://doi.org/10.34632/978972540898813>

ISBN 9789725408988

ISBN e-Book 9789725409107

Universidade Católica Editora,
Sociedade Unipessoal, Lda.
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uceditora@ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



DIREITO NATURAL E ECOLOGIA HUMANA

Direito natural e ecologia humana / coord. de Manuel Braga da Cruz e José Moutinho ; pref. e posf. de João Carlos Espada. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2023. – 124 p. ; 23 cm. – (Ideias&estudos políticos). – ISBN 9789725408988. – ISBN 9789725409107 (Ebook)

I – CRUZ, Manuel Braga da, coord. II – MOUTINHO, José, coord. III – ESPADA, João Carlos, pref. IV – Col.

CDU 342.7

574

572

Direito Natural e Ecologia Humana: para uma Ecologia Integral

Coordenadores

Manuel Braga da Cruz e José Moutinho

Índice

Introdução	7
Manuel Braga da Cruz e José Moutinho	
Palavras de Abertura	9
João Carlos Espada	
Palavras de Encerramento	13
Bartolomeu da Costa Cabral	
Diritto e Libertà	17
Danilo Castellano	
Natureza, Natureza Humana y Derecho Natural	31
Miguel Ayuso	
Direito Natural Clássico e Moderna «Razão Pública». <i>Etsi Deus non daretur?</i>	53
Pedro Ferro	
Limites Naturais de Ação Legislativa	73
Paulo Otero	
Direito Natural, Direitos Humanos e Ecologia Integral	91
António Cortês	
Direitos Humanos e Direito Natural	113
Ricardo Dip	
Direito Natural e Democracia Liberal	121
Posfácio de João Carlos Espada	

Introdução

Manuel Braga da Cruz e José Moutinho

Há uma lei inscrita na natureza do homem cuja observância é fundamental para a preservação da natureza humana. Os vários sistemas normativos que regem as sociedades e impregnam as culturas têm a antecedê-los a consideração acerca do que é o Homem. Esta reflexão filosófica impõe-se nos mais variados aspetos da vida em sociedade porque a lei natural irradia para todos os domínios que interessam ao ser humano – das estruturas políticas à promoção dos direitos humanos, das relações familiares às relações laborais, da economia ao cuidado com a casa comum. A este propósito, o Papa Francisco recorda que é necessária uma ecologia integral «que inclua claramente as dimensões humanas e sociais» e estabeleça «a relação necessária da vida do ser humano com a lei moral inscrita na sua própria natureza» (*Laudato Si'*, 137-155).

É certo que, no mundo contemporâneo, esta realidade se encontra obscurecida por correntes de pensamento que a desvalorizam ou negam – o relativismo, o materialismo e o positivismo recusam a dimensão estruturante da natureza e induzem um individualismo extremo no qual a ordem objetiva das coisas e o sentido último do Homem são desconsiderados e relegados para o foro da consciência individual. Este fenómeno afeta por vezes o próprio sentido e a razão de ser da proteção dos direitos humanos, desligando-os da conceção personalista da dignidade da pessoa humana e deixando-os à mercê de um contexto cultural e político volúvel e manipulável. Também os avanços da técnica, se por um lado trouxeram grandes benefícios para a humanidade, por outro lado descuraram os limites éticos impostos pela natureza e desligaram-se das exigências do bem comum.

É, pois, necessário e urgente que se reforce a reflexão sobre a centralidade do Direito Natural e da Ecologia Integral na estruturação da vida social, reavivando a consciência humana nas sociedades, e que ela se

traduza nas opções políticas e legislativas concretas que regem as sociedades. As instituições que se congregam para promover esta conferência pretendem contribuir para uma maior consciência dos limites da ciência e da técnica, bem como para as condicionantes da ação social e política.

O Instituto de Estudos Políticos, a Ordem Equestre do Santo Sepulcro, a Associação dos Juristas Católicos, a Faculdade de Direito, e a Sociedade Científica da Universidade Católica tomaram a iniciativa de promover uma reflexão sobre a necessidade de respeitar a natureza humana e o direito natural no mundo contemporâneo, para a qual convidamos todos os que estão preocupados com os desequilíbrios e ameaças ecológicas do presente.

Palavras de Abertura

João Carlos Espada

Universidade Católica Portuguesa, Instituto de Estudos Políticos

Gostaria de começar por agradecer muito enfaticamente a vossa presença nesta nossa Conferência sobre Direito Natural e Ecologia Humana – uma iniciativa em boa hora assumida pelo nosso colega e Amigo Professor Manuel Braga da Cruz, cofundador do IEP e antigo Reitor da Universidade Católica Portuguesa.

Um agradecimento especial para os nossos Oradores Convidados estrangeiros, que se deslocam a Lisboa para estar connosco nesta iniciativa – o Professor Danilo Castellano, da Universidade de Udine em Itália, o Professor Miguel Ayuso, da Universidade Pontifícia Comillas, de Madrid, e o Juiz Desembargador Ricardo Marques Dip, do Tribunal de Justiça de São Paulo – que, na impossibilidade de estar presente, participará via *zoom*. Agradecemos também a participação do Professor Paulo Otero da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, do Professor António Ulisses Cortês, da Faculdade de Direito da Universidade Católica, bem como do Professor Pedro Ferro, da AESE Business School e do IEP.

Também um agradecimento especial é devido às muito distintas instituições que se associaram a esta iniciativa: a Ordem do Santo Sepulcro de Jerusalém, representada por Coronel Bartolomeu Costa Cabral; a Associação dos Juristas Católicos, representada por Professor José Lobo Moutinho; a Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, representada pelo seu Diretor, Professor Jorge Pereira da Silva, e a Sociedade Científica da Universidade Católica, representada pela sua Presidente, Professora Luísa Leal de Faria, bem como o Centro de Investigação do IEP, o CIEP, representado pelo seu Diretor, Professor André Azevedo Alves.

É um raro prazer e privilégio poder contar com a participação de tão distintas instituições e tão distintos oradores. Gostaria também de recordar que o tema do Direito Natural e da sua importância crucial na

tradição europeia e ocidental, fundada na conversação pluralista entre Atenas, Roma e Jerusalém, faz parte integrante da identidade do nosso IEP desde a sua fundação, em 1996. Alertámos desde o início contra a equívoca tentação de entender a modernidade e a democracia moderna em rutura com a tradição do Direito Natural presente em Atenas, Roma e Jerusalém.

E alertámos enfaticamente para as tremendas consequências políticas que o abandono intelectual da tradição do Direito Natural produziu no século xx: fundamentalmente, os totalitarismos comunista, fascista e nazi. Todos os grandes falsos profetas idolatrados por certas modas intelectuais no século xx – de Marx a Nietzsche, de Lenine a Staline, de Mussolini a Hitler – procuraram ridicularizar a ideia de Direito Natural enquanto padrão objetivo de distinção entre o Bem e o Mal; por outras palavras, enquanto limite objetivo ao capricho da vontade arbitrária, designadamente enquanto limite ao capricho da vontade revolucionária de poder arbitrário e ilimitado do chamado Estado Total.

As atuais modas relativistas das chamadas patrulhas *woke* – que, em nome de uma alegada liberdade radical, pretendem abolir todas as distinções objetivas entre o que é e o que deve ser – essas modas relativistas *woke* acreditam representar uma liberdade radical. Mas simplesmente ignoram que esse mesmo entendimento radical de que tudo é simplesmente produto do capricho da vontade levou no passado à asfixia da liberdade pelos mais terríveis totalitarismos.

Gostaria ainda de recordar que, aqui no IEP, procuramos contrariar estas modas intelectuais através do debate livre e da conversação, não através da contraposição de uma doutrina monista única contra a monista doutrina única politicamente correta. Por isso nos orgulhamos de incluir nos nossos programas de Licenciatura, Mestrado e Doutoramento o estudo da Tradição dos Grandes Livros, de Platão e Aristóteles a Montesquieu, Burke e Tocqueville, passando por Santo Agostinho, São Tomás e pela Escola de Coimbra e Salamanca, entre muitos outros.

Através desta conversação atenta e tranquila entre várias vozes em busca da Verdade, do Bem e do Belo, procuramos vivenciar a Ideia de Universidade tão sublimemente recordada pelo Cardeal John Henry Newman:

«Uma Universidade é um lugar onde o inquérito é promovido, e as descobertas verificadas e aperfeiçoadas, e a rudeza é tornada inócua, e o erro

exposto, através da conversação de mente com mente, e de conhecimento com conhecimento.» (1854)

É neste espírito universitário de busca da Verdade, do Bem e do Belo que vos damos as boas-vindas e agradecemos a vossa presença e participação nesta Conferência sobre Direito Natural e Ecologia Humana.

11 de novembro de 2021

Palavras de Encerramento¹

Bartolomeu da Costa Cabral

Lugar-tenente da Ordem de Cavalaria do Santo Sepulcro de Jerusalém

Há uma lei inscrita na natureza humana e cuja observância é fundamental para a conservação da dignidade da Pessoa. Esta lei é do Direito Natural, um conjunto de princípios e regras universais, imutáveis e atemporais que, porque gravadas na essência do Homem, se impõem aos estados e aos legisladores.

Como se constatou ao longo das diversas intervenções, a reflexão sobre o Direito Natural impõe-se como condição necessária para compreender e regular os mais diversos aspetos da vida do Homem em sociedade, seja no domínio das estruturas políticas, da promoção dos direitos humanos, das relações familiares ou relações laborais, da economia ou da ecologia.

O Papa Francisco recorda que é necessária uma *ecologia integral* que «inclua claramente as dimensões humanas e sociais» e estabeleça «a relação necessária da vida do ser humano com a lei moral inscrita na sua própria natureza» (*Laudato Si'*, 137-155). Uma ecologia que nas suas distintas dimensões seja capaz de reconhecer as especificidades do ser humano.

Curiosamente, há mais de cinquenta anos, o Papa João XXIII, na encíclica *Pacem in Terris*, num momento de ameaça /crise nuclear, apresentou ao mundo católico e aos homens de boa vontade uma proposta de paz para a *casa comum*.

O Papa São Paulo VI, por ocasião do octogésimo aniversário da *Rerum Novarum*, colocou o problema da ecologia no centro da discussão, alertando para os perigos da destruição dessa *casa comum*.

¹ O texto que se publica serviu de suporte às palavras de encerramento que preferimos na Conferência Direito Natural e Ecologia Humana: para uma ecologia Integral, na Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, no dia 11 de novembro de 2021.

Na primeira encíclica de São João Paulo II, *Redemptor Hominis*, o Papa convida a uma conversão ecológica global, sublinhando o pouco empenho em salvaguardar as condições morais de uma autêntica ecologia humana.

O Papa Bento XVI, em 2007, no discurso ao corpo diplomático acreditado junto da Santa Sé, alertava para a necessidade de corrigir os modelos de crescimento incompatíveis com o respeito pelo meio ambiente, afirmando na carta encíclica *Caritas in Veritate*, «o livro da natureza é uno e indivisível, incluindo o ambiente, a vida, a sexualidade, a família, as relações sociais».

É certo que, no mundo contemporâneo, a lei natural se encontra obscurecida por correntes de pensamento que a desvalorizam ou negam – o relativismo, o materialismo e o positivismo recusam a dimensão estruturante da natureza humana e induzem a um individualismo extremo, no qual a ordem objetiva das coisas e o sentido último da Homem são desconsiderados e relegados para o foro da consciência individual.

Este fenómeno, a espaços, afeta o próprio sentido e a razão de ser da proteção dos direitos humanos, tornando-os permeáveis à influência do contexto cultural e desligando-os da sua raiz personalista e ideia de dignidade humana que os ilumina. Também os avanços da técnica, se por um lado trouxeram grandes benefícios para a humanidade, por outro lado descuraram os limites éticos impostos pela natureza e desligaram-se das exigências do bem comum.

Das intervenções nesta conferência, ficou clara a *urgência do retorno à ideia do Direito Natural como eixo fundamental da estruturação da vida do homem em sociedade e, bem assim, a necessidade de adotar opções político-legislativas consonantes com tal opção.*

A Escola de Direito de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, o Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa, Sociedade Científica da Universidade Católica, a Associação dos Juristas Católicos e a Lugar Tenência de Portugal da Ordem de Cavalaria do Santo Sepulcro de Jerusalém, congregaram-se para promover esta conferência para promover uma reflexão sobre a necessidade de respeitar a natureza humana e o direito natural no mundo contemporâneo, tendo como objetivo contribuir para uma maior consciência dos limites da ciência e da técnica, para os limites da ação legislativa que decorrem das leis da natureza humana. Creio que os objetivos que congregaram e a que se propuseram

os diversos promotores desta conferência foram sobejamente alcançados. Assim, terminamos este dia enriquecidos pelos contributos de todos os oradores, a quem muito agradeço. Permitam-me, contudo, uma palavra de especial agradecimento aos palestrantes estrangeiros: ao Professor Doutor Danilo Castelhana, da Universidade de Udine, ao Professor Doutor Miguel Ayuso, da Universidade Pontifícia de Comillas, e ao Meritíssimo Juiz Desembargador Ricardo Marques Dip, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por último, é devido um agradecimento ao Professor Doutor João Carlos Espada, Diretor do Instituto de Estudos Políticos da UCP e ao Professor Doutor Manuel Braga da Cruz, coordenador científico desta conferência e antigo reitor desta Universidade, pelo apoio que prestaram, desde a primeira hora, à organização desta conferência.

Diritto e Libertà

Danilo Castellano

Università degli Studi di Udine, Italia

1. Premessa.

La questione è in sé complessa. Essa è resa ancora più complessa dal plurisignificato che i due termini hanno attualmente assunto. Per decifrarla è, quindi, necessario premettere una chiarificazione, la quale è *condicio sine qua non* per poter illustrare, sia pure molto brevemente, il rapporto che intercorre fra diritto e libertà e per evidenziare le loro difficoltà, la loro interdipendenza o la loro contrapposizione.

2. Quale diritto?

Incominciamo con il termine diritto. Esso può essere inteso come lo definì la cultura classica (in particolare Aristotele¹) e come fu definito e applicato nel mondo romano. Aristotele affermò che il diritto è determinazione della giustizia, *rectius* determinazione di ciò che è giusto. Il diritto, perciò, è l'*epicheia* (per usare il termine della cultura greca, continuato dai giuristi nei secoli sicuramente fino alla Seconda Scolastica compresa, e conservato tuttora dal Diritto canonico) ovvero l'*equità* (per usare il termine dei giuristi dell'antica Roma). Il diritto, pertanto, è determinazione di ciò che è giusto nel caso concreto: *id quod semper aequum ac bonum est* (come sentenziò Paolo²). Il diritto non deriva dalla regola (intesa come norma positiva)

¹ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, 1253 a, 1. Alla «questione diritto», in particolare per quel che attiene al Diritto naturale e al Diritto positivo, Aristotele dedicò le pagine del Libro V dell'*Etica Nicomachea*. È bene richiamare l'attenzione sul fatto che per lo Stagirita «Diritto positivo» non equivale a diritto semplicemente posto. Il Diritto positivo, infatti, è il Diritto legale, cioè la determinazione contingente di ciò che è giusto. In altre parole nemmeno al Diritto legale può difettare la giustizia.

² Cfr. PAOLO, D. 1. 1. 11.

ma è sua condizione: *non ex regula* – sostenne, infatti, Paolo, seguendo Sabino³ – *ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*. Va osservato, poi, che per i giuristi romani la *regola* non era la semplice prescrizione posta, talvolta imposta arbitrariamente, ma la *massima* che spiega lapidariamente una «cosa» così com'essa è. La *regola*, pertanto, non era da considerarsi come norma assolutamente «positiva», vale a dire imposta dall'uomo *ad nutum* e resa vigente dal potere. Essa postulava (e postula) come condizione della sua vigenza la sua validità ovvero la sua intrinseca razionalità, e una razionalità non esclusivamente operativa, vale a dire identificata con il *calcolo* come teorizzò, per esempio, Hobbes⁴. Il diritto, pertanto, non è un prodotto dell'uomo. Esso, essendo *ars boni et aequi* (Celso⁵), è descrittivo. In altre parole l'uomo può (e deve) solamente rilevarne l'esistenza. Non ha il potere di crearlo *ex nihilo*. Questo potere, invece, sarà rivendicato, com'è noto, dalla *modernità*. Non si deve dimenticare, infatti, quanto sostenne il Portalis, il presidente della Commissione per il Progetto del Codice civile di Napoleone del 1804. Portalis rivendicò alla legge positiva (in realtà al legislatore illuminista, in ultima analisi) il potere di distruggere la realtà e di crearne una nuova. Erroneamente affermò di aver trovato le fonti della sua *Weltanschauung* e delle sue tesi nel Diritto romano. Egli, contrario a ogni considerazione trascendente l'ordinamento positivo, sostenne che «si l'on n'eut point abandonné l'observation et l'expérience, on ne se fut jamais livré à d'aussi vaines théories»⁶. Non importa in questa sede rilevare le contraddizioni intrinseche a questa affermazione: da una parte, infatti, si negava legittimità sia alle teorie sia alla filosofia; dall'altra, si applicavano le «nuove speculazioni» arbitrariamente definite (o almeno ritenute) filosofiche. Tutta l'opera giuridica di Napoleone lo dimostra: di fatto egli, teorizzando il «laicismo giuridico», altro non fece che applicare la «metafisica dell'antimetafisica» la cui origine nel campo del diritto andrebbe cercata – come sostenne, per esempio, Opocher⁷ – nella dottrina di Grozio. Si comprendono,

³ D. 50. 17. 1.

⁴ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, I, 5.

⁵ Cfr. CELSO, D. 1. 1. 1 pr.

⁶ J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique*, Parigi, Moutardier, 1834, II, pp. 308-309.

⁷ Cfr. E. OPOCHER, *Prolusione al suo insegnamento di Filosofia del diritto all'Università di Padova*, 14 marzo 1949.

perciò, le *rationes* del nuovo Codice civile dei Francesi del 1804. Basterà, a dimostrazione, osservare che le tesi del Portalis trovarono un'immediata e piena applicazione per quel che attiene al matrimonio: il Codice civile di Napoleone ignorò totalmente la sua natura (quella «reale») e presunse di poterne costituire una nuova (quella «giuridica»⁸). Quelli giuridici non sarebbero istituti basati sull'ordine naturale delle «cose». Al contrario sarebbero le condizioni per la «natura» delle «cose»; natura soggetta continuamente ai cambiamenti imposti dalla volontà dello Stato anche quando questa è la volontà della sovranità popolare. Successivamente anche Autori (almeno a parole) «aperti» al Diritto naturale, ritennero che gli istituti giuridici altro non fossero (e non siano) se non «complessi di disposizioni che hanno per oggetto la disciplina di uno stesso rapporto»⁹. In altre parole l'istituto giuridico sarebbe «il complesso di norme coordinate per la disciplina dei singoli rapporti tipicamente previsti dall'ordinamento»¹⁰. Esso non sarebbe, per lo meno non sarebbe necessariamente, il recepimento da parte del Diritto positivo dell'ordine naturale, ma prodotto del legislatore che ne definisce la struttura considerando la funzione, la funzione operativa, non quella «naturale». Per la qual cosa è questa – la funzione operativa – che determina la struttura. L'istituto giuridico, quindi, sarebbe creato, applicato, imposto per il conseguimento di finalità di volta in volta elette considerando unicamente la necessità di regolare il fenomeno sociale. L'ordine giuridico troverebbe, così, il proprio fondamento nell'ordine pubblico sovraordinato a ogni altro ordine.

È evidente, alla luce di questa prospettiva, l'abbandono della concezione classica del diritto. La prospettiva assolutamente positivista non è vincolata all'equità e al bene. Essa postula l'assoluta volontarietà del diritto e, quindi, la sua arbitrarietà: *quod principi placuit legem habet vigorem*.

⁸ Sulla questione ha pagine illuminanti Antonio ROSMINI sia nella sua *Filosofia del diritto* (a cura di R. Orecchia, Padova, Cedam, 1969, pp. 1088 ss.), sia nel suo saggio *Del matrimonio* (a cura di R. Belti, Roma, Centro Internazionale di Studi Rosminiani-Città Nuova editrice, 1977), sia, infine, ne *Il matrimonio civile* ora in *Opuscoli filosofici* (a cura di G. Marconi, Roma, Centro Internazionale di Studi Rosminiani-Città Nuova editrice, 1978, pp. 157-168). Utile per diverse considerazioni e per particolari osservazioni a questo proposito è il volume *L'Europa e la Codificazione*, a cura di D. Castellano, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, Cedam, 1975 (xx), p. 7.

¹⁰ *Ibidem*.

Massima, questa, «letta» dalla *modernità giuridica* come fondante il diritto, il quale troverebbe la sua fonte nella sola norma positiva. Massima, perciò, «letta» di necessità nichilisticamente, poiché se il diritto dipendesse dalla volontà del principe, dello Stato o della sovranità popolare imposta per mezzo dello Stato, qualsiasi disposizione sarebbe da considerarsi «giuridica» in quanto accompagnata dalla coazione, la quale invece è strumento del diritto, non sua caratteristica essenziale. In questo caso sarebbe impossibile giudicare ingiusta una norma. Le norme, infatti, sarebbero solamente vigenti e vigenti perché accompagnate dall'effettività. Arbitrari sarebbero tutti i tribunali, in particolare quelli istituiti in contingenti circostanze come, per esempio, quello di Norimberga. La loro istituzione e le loro sentenze sarebbero atti del solo potere, del potere del vincitore, del più forte, di chi lo detiene effettivamente. Non essendo legittimo il ricorso alle «vane teorie», alla filosofia, all'etica naturale (come sostenne, per esempio, il citato Portalis), la giustizia sarebbe – lo sostennero già i Sofisti, in particolare Trasimaco, il rappresentante del radicalismo etico-politico-giuridico di questa Scuola – imposizione dell'opinione e dell'opzione del più forte. La stessa forza, però, per non rivelarsi violenza, richiede l'individuazione di un criterio dirimente; di un criterio non convenzionale: ogni criterio convenzionale, infatti, può essere al massimo solo operativamente utile. La sua convenzionalità, quindi, è sempre imposizione arbitraria, soprattutto nei confronti del dissidente. Pertanto la convenzionalità del criterio rende assolutamente inutile lo stesso criterio per la legittimazione delle scelte e per l'applicazione (talvolta anche coatta) del criterio delle azioni. La giustizia non nasce dall'utilità, ma dal riconoscimento del bene; del bene in sé ovvero del bene ontologicamente individuato.

Ci troviamo, quindi, di fronte a due modi antitetici di considerare il diritto, i quali instaurano necessariamente una diversa relazione con la libertà. Prima di procedere, però, è opportuno considerare, sia pure brevemente, che anche la libertà ha significato polisenso e che anch'essa porta a considerare il diritto rispettivamente o come suo sostegno e aiuto oppure come suo ostacolo.

3. Quale libertà?

Consideriamo, pertanto, la questione della libertà. Soprattutto la cultura occidentale considera la libertà o come caratteristica essenziale dell'essere

umano, il quale, in quanto razionale, è necessariamente responsabile dei propri atti, oppure come assoluto e insindacabile potere di autodeterminarsi¹¹. Nel primo caso la libertà è *libertà di scelta*. Nel secondo essa coincide con l'attuazione senza regole dell'individualità, intesa, questa, come sola volontà del soggetto. Nel primo caso la libertà – insistiamo – rende responsabile l'uomo delle sue scelte; nel secondo l'uomo, essendo considerato veramente libero solamente se esso agisce senza regole, è *reso responsabile* o dall'ordinamento giuridico positivo o dalla Storia (come sostenne, per esempio, assurdamente Benedetto Croce). Nel primo caso la libertà è innanzitutto *libero arbitrio*, ineliminabile capacità di scelta. Agostino d'Ip-pona affermò che il libero arbitrio è la *libertas minor*, vale a dire la libertà di cui l'uomo gode per natura, dalla quale non può liberarsi: anche per farsi schiavo, infatti, esso deve esercitarla. Nel secondo caso la libertà è concepita gnosticamente, essa cioè è considerata e usata come «negativa»: Hegel, per esempio, affermò che la libertà è il puro autodeterminarsi del volere¹²; un volere non guidato dalla ragione, reso razionale dalla sua realizzazione, vale a dire dal fatto che esso è diventato effettivo. Tutto ciò che è effettivo è razionale¹³, disse Hegel, scambiando la realtà con l'effettività e facendo di questa l'essenza e il metro della verità. Tutto ciò che è effettivo è da ritenersi «positivo», un bene quindi. La Storia sarebbe disvelamento di questa razionalità che è epifania di Dio. La «libertà negativa», pertanto, sarebbe la sola vera libertà. Con una felice espressione giornalistica un Autore, esponendo il pensiero massonico a questo proposito, afferma che la libertà in questa prospettiva coincide con (e, quindi, sarebbe) l'«espansione della coscienza»¹⁴, che come aveva già scritto Rousseau – un Autore dalle volubili e «oscillanti» adesioni religiose ma sostanzialmente sempre protestante – non ci inganna mai: «tutto ciò che sento essere bene è bene, tutto

¹¹ Sul problema dell'autodeterminazione come l'intende la modernità, si cfr. R. DI MARCO, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. Si veda, inoltre, il volume *La autodeterminación: problemas jurídicos y políticos*, a cura di M. Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2020.

¹² Cfr. G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, trad. it. vol. IV, a cura di G. Calogero e C. Fatta, Firenze, La Nuova Italia, 1941, 1965, pp. 197-198.

¹³ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Prefazione (Roma-Bari, Laterza, 1974, p. 16).

¹⁴ F. PINOTTI, *Potere massonico*, Milano, Chiarelettere, 2021, p. 625.

ciò che sento essere male è male»¹⁵. In altre parole, l'uomo ritiene di avere il potere – e rivendica con forza questo potere – di essere legge a se stesso¹⁶, aborrendo così non solo i dogmi ma anche l'ordine naturale. L'antropocentrismo gnostico, infatti, è rifiuto dell'ordine del creato. Esso pone al centro l'uomo come fa anche la dottrina del personalismo contemporaneo, la quale concepisce il diritto, il Diritto positivo, come mero strumento per la piena realizzazione della volontà, di qualsiasi volontà, dell'individuo umano¹⁷. Non è, questa, una novità del nostro tempo. Sin dall'origine del mondo, infatti, essa è emersa. Attualmente è condivisa dalla cultura occidentale egemone. Non solamente dalla cultura laicista ma anche da una parte – da una parte rilevante – della (cosiddetta) cultura cattolica. L'«espansione della coscienza», magistralmente teorizzata – lo si è appena ricordato – da Rousseau, viene riproposta, infatti, da istituzioni e da personalità (anche di primo piano¹⁸) del mondo cattolico.

4. Su talune necessarie conseguenze.

I due modi d'intendere sia il diritto sia la libertà hanno (ovviamente) conseguenze rilevanti.

La «concezione» moderna del diritto lo riduce alla legge, anzi alla sola norma positiva. Per la qual cosa il diritto starebbe tutto ed esclusivamente nelle norme «positive», ovvero nelle norme poste dall'uomo sulla base della sola sua volontà/potere. La legge, così, non è partecipazione del diritto in quanto determinazione della giustizia (come perspicacemente osservato e

¹⁵ J. J. ROUSSEAU, *Emilio*, IV (professione di fede del Vicario savoirdo).

¹⁶ Lo sottolineò Leone XIII con l'Enc. *Libertas* del 1888 (cfr. n. 10).

¹⁷ Sulla questione si cfr. D. CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

¹⁸ Jorge Mario BERGOGLIO, non in quanto Papa anche se già Papa, in una lettera a Eugenio Scalfari, pubblicata dal quotidiano «La Repubblica» (Roma, 11 settembre 2013), sostiene – pare – la medesima tesi: «il peccato [...]» scrisse, allora, Bergoglio «c'è quando si va contro coscienza. Ascoltare ed obbedire ad essa significa, infatti, decidersi di fronte a ciò che viene percepito come bene e come male. È su questa decisione» concluse «che si gioca la bontà o la malvagità del nostro agire». Certamente un peso importante per la responsabilità morale soggettiva viene giocato dall'intenzione e dalla capacità di conoscere la natura dell'atto. Non sembra lecito, però, ridurre tutto alla «percezione» dell'agente, poiché va considerata – e considerata attentamente – anche la natura dell'atto, la quale resta anche in presenza di un'ignoranza legittimamente invincibile del soggetto.

autorevolmente affermato¹⁹), ma sua fonte. Si ignora, in questo modo, che ciò che la legittima è solamente questa partecipazione. La legge viene ritenuta sovraordinata al diritto, il quale, quindi, può essere cercato solamente nell'ordinamento (definito) giuridico positivo. L'ordinamento, però, – a parte altre considerazioni – cambia costantemente. Il che evidenzia che esso è prodotto della volontà sovrana, la quale si autodetermina come vuole e quando vuole, cioè irrazionalmente. Tanto che si è dovuto elaborare il criterio ermeneutico secondo il quale *lex posterior derogat priori*.

La «concezione», poi, della libertà come «libertà negativa» implica che per essa il diritto è sempre un «inconveniente», un ostacolo alla sua possibilità: ove, infatti, ci sono norme da rispettare la libertà non può essere mai piena. Sotto questo profilo aveva ragione Hobbes²⁰: la libertà, la «libertà negativa» può trovare riconoscimento e spazio solamente in presenza del silenzio della legge, vale a dire solo in sua assenza. Ciò, però, è impossibile. Non solo perché questa tesi impone di mettere nel nulla la stessa natura umana (che, per esempio, Dante Alighieri giustamente considerò fonte normativa²¹), ma anche perché l'assenza della legge, di ogni legge, renderebbe brutale l'ineliminabile convivenza umana. Si rese conto di ciò, per esempio, Rousseau, il quale cercò di trasformare le catene delle norme in strumenti di liberazione. Come? Affermando che le norme medesime sono rappresentazione della volontà dei cittadini²². L'affermazione non è conseguenza dell'accoglimento della democrazia come forma di governo. Essa, al contrario, è via alla democrazia come totalitarismo. Va osservato, infatti, che condizione della cittadinanza è lo Stato, lo Stato moderno, la *persona civitatis* creata dal contratto. L'essere cittadini, pertanto, impone di pensare e volere come pensa e come vuole lo Stato. Il cittadino non può

¹⁹ Cfr. T. D' AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. XCV, a. 2, *Respondeo*. A questo proposito si può vedere per l'«aggiornamento» della questione, vale a dire per i problemi relativi alla legge posti dalle teorie giuridiche contemporanee: M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de Saint Thomas à Suarez*, Parigi, PUF, 1990; M. AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

²⁰ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, I, 14 e ID., *De Cive*, II, 21.

²¹ D. ALIGHIERI sostenne fondatamente nel trattato *Monarchia*, la sua opera più significativa dal punto di vista politico e giuridico, che Dio ha posto tre autorità: la prima è quella dell'assenza umana, che è regola di vita per il conseguimento (possibile) della perfezione umana.

²² Cfr. J. J. ROUSSEAU, *Del contratto sociale o principi del diritto pubblico*, L. II, C. 6.

avere altra volontà che quella dello Stato: non solo, quindi, deve agire in conformità alle norme; esso – lo ripetiamo – deve piuttosto pensare e volere in conformità alle norme. Il diritto che nasce dalle norme positive, anche quand'esse sono considerate rappresentazione della volontà dei cittadini, è pertanto strumento di dominio delle coscienze. Esso non è strumento di liberazione dal potere (che non è la *potestas*, la quale è potere intrinsecamente qualificato e naturalmente regolamentato), ma condizione per la sua piena attuazione. Il diritto, postulato dalla *modernità giuridica*, è l'autostrada della piena realizzazione della volontà dello Stato che, anche per chi nega la sua origine contrattuale (come, per esempio Hegel), è «la realtà della libertà concreta»²³. Rousseau pone, così, le premesse per il pensiero giuridico di Hegel, per il quale il diritto è l'etica che lo Stato crea, *rectius* recepisce e, recependola, la riconosce e la rende in tal modo «oggettiva»; è l'etica che lo Stato impone attraverso l'effettività delle norme positive. In altre parole lo Stato con il suo ordinamento giuridico opera la sintesi tra libertà, la «libertà negativa» (le cui determinazioni si leggono nel costume), e necessità (ovvero l'effettività del costume), rendendo così effettiva la razionalità che altro non sarebbe se non la libertà pienamente realizzata nell'*ethos* storicamente e necessariamente recepito dallo Stato: lo Stato, infatti, «è la volontà divina, in quanto attuale spirito *esplicantesi* a forma reale e ad organizzazione di un mondo»²⁴. Non si tratta, dunque, della *libertas maior* di Agostino. Agostino, infatti, osserva che il libero arbitrio (la *libertas minor*) è ciò che consente al singolo di scegliere. Nella misura in cui egli sceglie il bene e lo mette in pratica si rende libero dal male, dalla «cattiveria», che, come dice l'etimologia del termine, è condizione di schiavitù: chi è cattivo è prigioniero del male, non è libero. Per Hegel, questa definizione non vale, perché la libertà, come si è ricordato, è pura autodeterminazione del volere: l'unico male, pertanto, sarebbe il limite a questa autodeterminazione. In altre parole la libertà sarebbe *autenticità* (in senso heideggeriano) e, perciò, assenza di regole e di limiti imposti alla volontà che, nell'effettività della volontà dello Stato ovvero nell'*ethos* recepito dallo Stato, diventa razionalità sia pure in perenne evoluzione. È stato osservato (per esempio da Benedetto Croce, che considera questo un merito del filosofo tedesco) che così Hegel avrebbe eliminato il

²³ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, par. 260 (*Op. cit.*, p. 246).

²⁴ *Ivi*, par. 270 (*Op. cit.*, p. 255).

problema del male. Si può, inoltre, osservare che così la ricerca della natura del diritto sarebbe compito della sociologia e non della filosofia²⁵.

Non è il caso di insistere su queste questioni, rilevanti teoricamente e ancora più rilevanti per quel che attiene ai problemi della prassi. Qui basterà un richiamo alla principale aporia nella quale finisce la moderna concezione del diritto: il diritto, dipendendo dalla volontà sovrana (sia essa dello Stato o del popolo), è lasciato in balia dell'arbitrio di questa. Per la qual cosa anche la ricercata e proclamata certezza si rivela mero *flatus vocis*²⁶. Soprattutto, però, è opportuno sottolineare che il diritto, come inteso dalla *modernità giuridica*, è in ultima analisi via all'anarchia. Esso, pertanto, conclude in un'eterogenesi dei fini, sia quando è mera volontà dello Stato sia quando esso è volontà del popolo. Tanto più quando esso viene concepito come strumento per la realizzazione di qualsiasi volontà dell'individuo umano come sostengono le diverse teorie dei personalismi contemporanei. Per rendere chiara (o maggiormente chiara) l'affermazione si porterà un esempio. Prima, però, è opportuno accennare brevemente alla funzione della legge secondo il pensiero giuridico classico, cioè perenne. La legge deve prescrivere o vietare ovvero deve ordinare una condotta conforme al bene e impedire, punendole, le azioni intrinsecamente malvagie. Essa – è vero – non può ordinare tutto il bene né può impedire tutto il male. Ci sono, infatti, beni o mali che sfuggono alla sua sfera. Per esempio certi beni e certi mali morali: il diritto è legato alla morale ma non la riassume totalmente. Per prescrivere e vietare, comunque, rispettivamente i beni o i mali che hanno una generale rilevanza sociale o taluni beni o mali che riguardano l'*honeste*

²⁵ È questione che sta, in ultima analisi, anche al fondo delle recenti dottrine intorno al «diritto vivente», che, per esempio, la Corte Suprema di Cassazione italiana collega spesso alla «coscienza sociale». Il diritto – dicono queste dottrine – va cercato esclusivamente nelle sentenze, cioè nella giurisprudenza (soprattutto in quella «consolidata»). Essa, infatti, dimostrerebbe la sua vigenza e la sua vigenza sarebbe la sua essenza. Per questo il diritto andrebbe individuato nell'effettività «giuridica» attraverso un lavoro di costruzione teorica della giurisprudenza. Questa, a sua volta, altro non sarebbe che imposizione di disposizioni «costruite» sulle norme ordinali positive, considerate – le norme positive – il materiale dal quale ricavare, appunto, le disposizioni. L'effettività del diritto, costruito per via ermeneutica, sarebbe due volte «sociologica». Sotto un primo aspetto in quanto ricavata esclusivamente da contingenti norme positive; sotto un secondo aspetto in quanto mera registrazione della «coscienza sociale».

²⁶ Considerazioni a questo proposito sono già state svolte. Cfr. D. CASTELLANO, *Del diritto e della legge*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 35-43.

vivere individuale di ulpiana memoria²⁷, è necessaria l'individuazione del bene e del male in sé. Altrimenti si rimarrebbe prigionieri dell'opinabile; si finirebbe nelle sabbie mobili del relativismo; si reputerebbero (erroneamente) sufficienti le assunzioni ideologiche per offrire fondamento al diritto e alla legge. È evidente che in questi casi, prescrivendo o vietando, si eserciterebbe violenza nei confronti di chi non condivide le scelte, soprattutto nei confronti del dissidente che, a sua volta, potrebbe dissentire sulla base della propria opinione o sulla base di un'ideologia da lui condivisa. È quanto avviene, per esempio, con l'obiezione *di* coscienza (che non è l'obiezione *della* coscienza) riconosciuta come diritto soggettivo da diversi ordinamenti giuridici contemporanei: la propria opinione e la propria coerenza non sono sufficienti, però, a legittimare né il diritto né il diritto soggettivo. Quindi nemmeno il loro esercizio.

5. Un esempio che rivela la matrice comune a due prospettive.

Veniamo all'esempio preannunciato. Parlando all'Università Cattolica di Lisbona (nella quale ha esercitato il suo magistero l'indimenticabile Mário Emílio Forte Bigotte Chorão) e nell'ambito dei lavori di un convegno dedicato al Diritto naturale con particolare riferimento alle questioni ambientali, sembra opportuno considerare il problema del Diritto e della Libertà tenendo presente l'Enciclica *Laudato Si'* di papa Francesco²⁸. Questo documento (molto articolato e, a prima lettura, apparentemente non sempre coerente) pone la questione della legittimità dell'uso del diritto e della libertà secondo la dottrina della sovranità e, simultaneamente, considera il problema della liceità etica di applicare criteri ideologici per quel che attiene all'ecologia. Papa Francesco, infatti, condanna l'«antropologismo dispotico»²⁹, il quale

²⁷ Cfr. ULPIANO, *Inst.*, 1. 1. 3. È stato scritto che l'*honeste vivere* ulpiano è «regola soltanto morale» (A. TRABUCCHI, *Op. cit.*, p. 11). Questa affermazione sembra ignorare norme di diritto attualmente (2021) vigenti. Per esempio l'art. 5 C.C. italiano e il D.P.R. n. 211/2003 dell'ordinamento della Repubblica italiana, ma anche diverse disposizioni del C.P. italiano. Se si risale in dietro nel tempo, si deve constatare che diversi ordinamenti punirono l'ubriachezza (non solamente quella molesta), il concubinaggio, l'adulterio e via dicendo. L'*honeste vivere*, pertanto, ha avuto e ha rilievo anche essenzialmente giuridico, sebbene la sua portata sia stata notevolmente ridotta dalla cultura liberale, in particolare per influsso di Locke, di Kant e della attuale *Weltanschauung* radicale.

²⁸ Roma, 24 maggio 2015.

²⁹ Enc. *Laudato Si'*, n. 68.

deriva e porta simultaneamente a una concezione morale secondo la quale tutto può essere utilizzato in maniera irresponsabile, cioè liberamente. L'uomo secondo questa concezione potrebbe disporre come vuole dei beni che il Creatore gli ha affidato. Egli avrebbe il diritto di usare e abusare del creato. È, questa, la concezione della proprietà illuministica, lontana da quella del Diritto romano secondo la quale la proprietà è diritto di usare e consumare, non di abusare: lo *ius utendi et abutenti* della codificazione giustiniana, infatti, non abbandona la proprietà al sovrano, né a quello detentore del potere pubblico (il solo vero sovrano) né al sovrano entro la limitata sfera della sua proprietà (il proprietario privatisticamente considerato). L'«antropocentrismo dispotico» espelle dal proprio orizzonte la considerazione che l'uomo è amministratore responsabile. Pretende di usare la scienza secondo criteri di volta in volta arbitrariamente stabiliti per il conseguimento di qualsiasi fine (la scienza, così, si fa scientismo). L'«antropocentrismo dispotico» postula, pertanto, il diritto di usare con assoluta libertà della natura: quello che conta è il conseguimento del fine, di qualsiasi fine, arbitrariamente prestabilito. In un altro passo della medesima Enciclica papa Francesco definisce questa *Weltanschauung* «antropocentrismo deviato»³⁰. Nello stesso tempo, però, papa Francesco «respinge» le ideologie ecologistiche, secondo le quali la natura sarebbe un «sistema che si analizza, si comprende e si gestisce»³¹ e, pertanto, esclude la legittimità di ogni intervento umano. L'uomo, secondo questa ideologia, avrebbe sempre violentato la natura. La sua esistenza – quella dell'uomo – sarebbe un «inconveniente» per la natura. Trattasi di una visione «romantica», razionalmente assurda, la quale tende a instaurare un biocentrismo sostitutivo dell'antropocentrismo. Il che comporta, da una parte, l'interdizione per l'uomo di usare dei beni a sua disposizione e, dall'altra, la negazione radicale della libertà. Quello che è paradossale è il fatto che ciò avviene sulla base di una libera assunzione, la quale è epifania di un potere sovrano.

L'esempio portato evidenzia, ci sembra, che la visione del mondo immanentistica e secolarizzata della *modernità* è combattuta tra Scilla (assoluta libertà di individui, gruppi, popoli di usare e abusare della natura) e Cariddi (l'ideologia paralizzante ogni intervento umano sulla natura anche se ciò

³⁰ Cfr. n. 119.

³¹ Cfr. n. 76.

avvenisse nel rispetto delle sue finalità). Il volontarismo nichilistico con i cui criteri è impossibile affrontare la questione ecologica come, del resto, ogni altra questione, non può trovare un punto di equilibrio stabile. Soprattutto è assolutamente inidoneo a risolvere qualsiasi problema politico e giuridico. L'esempio portato, comunque, intende evidenziare che le due prospettive, cui si è accennato, hanno una matrice comune. Esse, infatti, rivendicano il potere di costituire l'ordine delle «cose». Non intendono né conoscerlo né rispettarlo. Condividono entrambe, pertanto, innanzitutto la *Weltanschauung* della «libertà negativa», la quale sta alla base della dottrina della sovranità (intesa come supremazia). Condividono, inoltre, necessariamente la teoria assolutamente giuspositivistica del diritto che, pertanto, è ostacolo per l'esercizio della libertà, della «libertà negativa», di tutti coloro che sono sottoposti al suo imperio. Dall'altra essa è strumento, invece, di libertà, di libertà anarchica, per chi detiene il potere di rendere effettiva la propria volontà. Trattasi delle due facce della stessa medaglia. Entrambe «chiuse» alla realtà metafisica, che è condizione della verità, il cui rispetto rende veramente liberi³².

La questione ecologica interpella attualmente l'uomo sia sotto il profilo teoretico sia sotto il profilo etico, perché l'attuale degrado della natura dipende dalla cultura eretta a modello di vita e di convivenza umana. La cultura liberale egemone, che postula l'identificazione della libertà con la «libertà negativa», ispira tutte le scelte. Essa impone opzioni che siano slegate da verità indiscutibili³³, sostituite però dalla «verità» ideologica. L'interpello è la messa in mora della *modernità*, che può considerarsi ormai finita. La sua fine impone una scelta soprattutto per quel che riguarda la sua concezione del diritto e della libertà messe in crisi dall'esperienza contemporanea.

6. Difficoltà e «aperture» di fronte a una nuova situazione.

La pandemia da COVID-19, diffusasi a livello mondiale, ha fatto emergere, infatti, molte difficoltà e diverse aporie della *modernità* a proposito di diritto e libertà. Le normative varate in questa occasione, infatti, hanno imposto la necessità di un approfondimento (quasi sempre mancato) della questione. Da una parte sono stati invocati i diritti costituzionali relativi alle

³² GIOVANNI, 8, 32.

³³ Cfr. Enc. *Laudato Si'*, nn. 6 e 56.

libertà (di circolazione, di rifiuto delle vaccinazioni, di libertà di scelta e persino di autodeterminazione, di libertà *di* coscienza e via dicendo). È stato invocato il loro legittimo e pieno esercizio generalmente senza distinguere fra diritti considerati fondamentali solo perché «posti» nelle Costituzioni (liberali) e diritti naturali di per sé inalienabili. Diversi di questi diritti sono stati, infatti, limitati, talvolta temporaneamente sospesi, altre volte sono stati direttamente o indirettamente pesantemente condizionati. Dall'altra, si è affermato che diverse libertà (non si è arrivati a sostenere esplicitamente che tutte le libertà) non debbono trovare riconoscimento quando il loro esercizio è di pregiudizio e/o di danno per la salute degli «altri». La questione è, ovviamente, delicatissima. In occasione della pandemia sono ridiventate attuali diverse teorie che sembravano – ma non erano mai state definitivamente – abbandonate; teorie che, identificando in ultima analisi la fonte del diritto nel potere, aprono la via al totalitarismo politico (sia esso aperto o mascherato) e alla rinnovata concezione del diritto quale neutrale ed efficace strumento di coazione, di coazione persino delle coscienze. La questione non è di poco conto. Essa porta al cuore del problema «diritto e libertà». Trattasi di una questione teoretica ed etica la cui soluzione non può essere cercata per via empirica alla quale si è fatto, invece, ricorso: incentivare ad accettare limiti, cambiamenti di vita, pratiche subite «per necessità» attraverso incentivi o minacce. Il problema resta anche se lo si dichiara risolto su basi statistico-sociologiche. Vanno riconsiderate a fondo, infatti, la natura e il fine del diritto e l'essenza della libertà: né il diritto né la libertà possono essere quelli che negli ultimi secoli sono stati (erroneamente) considerati tali. La pandemia ha aperto nuovi orizzonti. Essa impone di uscire dalla gabbia della *modernità giuridica* per restituire al diritto dignità e funzione naturale e alla libertà il suo reale e insostituibile valore.

7. Conclusione.

Arrivati alla conclusione di un'analisi condotta considerando prevalentemente un particolare aspetto della relazione intercorrente fra Diritto e Libertà, sarebbe necessario, per completare (sia pure per cenni) il discorso, portare l'attenzione su un secondo aspetto: quello che postula la necessità della libertà del soggetto come condizione del Diritto. Il Diritto, infatti, sarebbe impossibile se l'essere umano non fosse libero; più precisamente se non fosse signore dei propri atti: sia la responsabilità che sta alla base del

Diritto civile, sia l'imputabilità che è condizione del Diritto penale, verrebbero, infatti, meno. Alla questione è stata dedicata attenzione con un lavoro pubblicato nel volume *Cuestiones fundamentales de derecho natural*³⁴, al quale si rinvia per alcune tesi essenziali a proposito di questa in proposito.

³⁴ Si tratta del volume degli Atti de las III Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, curato da Miguel Ayuso (Madrid, Marcial Pons, 2009).

Naturaleza, Naturaleza Humana y Derecho Natural

Miguel Ayuso

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

1. *Incipit*

En este texto me propongo presentar de manera nuclear la doctrina clásica del derecho natural, que obliga a considerar con atención, primero separadamente y luego en su interrelación, las realidades de la naturaleza y la naturaleza humana. Pero antes quisiera explicar por qué estas cuestiones se hallan hoy, quizá como nunca, en el centro de la trágica experiencia y del debate contemporáneos. Lo que nos lleva a meditar en la relación entre la naturaleza y el naturalismo, éste condenado por la Iglesia que, no lo olvidemos, custodia la santidad del derecho natural, y aquella en cambio base del orden sobrenatural.

He ahí, expuesto sintéticamente, el camino que vamos a transitar seguidamente.

2. Naturaleza y sobrenaturaleza

Aunque sea un lugar común, no se puede comenzar a abordar el asunto sin la cita oportuna de quien siempre acierta a formular escueta y precisamente las verdades. Dice así: «*Cum gratia non tollat naturam, sed perficiat, oportet quod naturalis ratio subserviat fidei; sicut et naturalis inclinatio voluntatis obsequitur caritati*»¹.

La frase del Aquinate resulta en este punto de especial trascendencia, porque en ella se encuentra en germen todo su pensamiento o, por lo menos, la orientación fundamental del mismo. Y la conclusión que se impone es que la naturaleza humana, a pesar de su caída por el pecado original,

¹ Santo Tomás de Aquino, *S. th.*, I, 1, 8, ad 2: «Como la gracia no destruye la naturaleza, sino que la perfecciona, es necesario que la razón se ponga al servicio de la fe, como la inclinación natural de la voluntad rinda obsequio a la caridad».

con la pérdida consiguiente de los dones sobrenaturales y preternaturales, no quedó por ello enteramente corrompida o destruida, sino que no perdió nada de lo que le era esencial, viéndose tan sólo disminuida en su inclinación a la virtud. De manera que, por lo que hace a las luces de la razón humana, puede con algún esfuerzo alcanzar la verdad especulativa absoluta y aun la verdad práctica en alguna medida².

Se trata de una postura intermedia, verdadera, entre los errores del naturalismo y del fideísmo. Si el primero niega el orden sobrenatural, reduciéndolo al desarrollo progresivo de las fuerzas de la naturaleza, el segundo desconoce el natural, que entiende destruido totalmente por el pecado, reconociendo tan sólo el sobrenatural de la gracia, al que ha de atribuirse cuanto de bueno y verdadero queda en el hombre. Así, concretando lo anterior, debe afirmarse primeramente que el orden de la gracia es completamente gratuito y añadido por Dios al orden natural; así como que, a continuación, ese orden de la gracia no va en contra del de la naturaleza, sino que es perfectamente congruente con él, pues lo prolonga al elevar y perfeccionar la naturaleza misma en una línea en la que ésta es capaz de ser perfeccionada, con una potencia pasiva, no activa. Tenemos, pues, por una parte, a la naturaleza que tiene una capacidad intrínseca de ser elevada (o completada o perfeccionada) por el orden de la gracia, totalmente sobrenatural o gratuito, es decir, no exigido en modo alguno por la naturaleza; y, por otra parte, tenemos ese orden de la gracia³.

Hay en lo anterior una rotunda afirmación de la naturaleza humana, que tiene exigencias propias en su línea y está abierta a un perfeccionamiento que ya no le es debido, porque es gratuito, pero para el que es apta⁴.

3. Naturaleza y naturalismo

Acabamos de abocetar en lo anterior, como un error, el naturalismo. Porque además del reconocimiento de la naturaleza humana en su propio plano y con las posibilidades de perfeccionamiento que posee en medio de tantas dificultades, hay que reconocer también el orden de la gracia, la

² Véase Jesús GARCÍA LÓPEZ, *Tomás de Aquino, maestro del orden*, Madrid, Cincel, 1996, pp. 37-53, al que sigo a continuación.

³ *Ibid.*, pp. 37-38.

⁴ José GARCÍA LÓPEZ, «Verdad racional y orden natural en el Reino de Cristo», *Cristiandad*, año LXII, n. 891, Barcelona, 2005, pp. 36-40.

elevación gratuita del hombre al plano sobrenatural, aun después de la caída, por la obra redentora de Jesucristo: «En este punto hay que condenar también otros posibles excesos que consisten en suponer, bien que la gracia es verdaderamente exigida por la naturaleza humana, bien que aquélla no es superior a ésta, sino la misma naturaleza plenamente desarrollada. En ambos casos hay una supervaloración de la naturaleza humana, que recibe el nombre común de “naturalismo”. Y contra ese naturalismo Santo Tomás se ha pronunciado en múltiples ocasiones»⁵.

La armonía y subordinación de lo natural respecto de lo sobrenatural no se da sólo en la vida individual de cada hombre, sino también en la vida colectiva de los hombres agrupados y constituidos en sociedad perfecta. También aquí la gracia supone la naturaleza y la eleva y perfecciona, sin anularla o mutilarla. Porque lo que es la gracia para la naturaleza en el individuo, eso es la Iglesia, el Reino de Cristo, para la sociedad civil en la colectividad. Es precisamente en este orden en el que el «naturalismo» se ha hecho patente singularmente en la edad contemporánea, de resultados del desarrollo de la ideología *moderna*⁶. Naturalismo que aparece abrazado con el racionalismo en el liberalismo.

Éste, que posee orígenes remotos, de cuyas fuentes beben los que son considerados padres del liberalismo político, como Locke y Rousseau, afirma la neutralidad del orden social y político, su desligamiento respecto de una instancia trascendente del hombre y de la sociedad, su estructura meramente cívica o laica. Frente a la sociedad medieval cristiana –comunidad en una fe religiosa–, el liberalismo afirma la sociedad como coexistencia de grupos o de individuos en la que teorías y creencias religiosas son asunto meramente privado⁷. Pero el liberalismo encarna el naturalismo negador de toda trascendencia o sobrenaturalidad. De ahí que fuera combatido sin cuartel por la a la sazón doctrina social de la Iglesia, verdadera

⁵ *Ibid.*, p. 37.

⁶ Véase Danilo CASTELLANO, «La modernité est-elle divisible?», en Bernard Dumont, Miguel Ayuso y Danilo Castellano (eds.), *Église et politique. Changer de paradigme*, Perpiñán, 2013, pp. 259-290. Así como, desde el ángulo negativo, Miguel Ayuso (ed.), *Antimodernidad y clasicidad*, Madrid, Itinerarios, 2019.

⁷ La observación es de Rafael GAMBRA, *Eso que llaman Estado*, Madrid, Montejuorra, 1958, pp. 217.

«contestación cristiana del mundo moderno»⁸, y por el pensamiento político tradicional⁹.

El jesuita Henri Ramière, a finales del ochocientos, deudor de ambas tradiciones, quería proponer al mundo –en el seno de la espiritualidad del Apostolado de la Oración– el ideal del Reinado de Cristo contra el liberalismo y el culto al Corazón de Jesús como antídoto contra toda actitud práctica de naturalismo¹⁰. Liberalismo y naturalismo, que podían aparecer a algunos los enemigos menos violentos del orden cristiano, eran en cambio los más insidiosos y aptos para minar, bajo apariencia de prudencia, las convicciones de los católicos. Su intención, pues, no era tanto la de combatir «en su radicalidad y coherencia los errores liberales y naturalistas, cuanto de defender la conciencia católica contra la práctica contaminación, efecto de pretendidas vías medias entre la doctrina católica y los sistemas inspirados en filosofías anticristianas»¹¹.

Años después, mediando ya el siglo XX, un compañero de orden, el padre Ramón Orlandis, sobre sus huellas, insistía en la necesidad de trabajar sin cesar «para mantener despierta la conciencia católica sobre el peligro de una connivencia práctica, que toma su pretexto del “mal menor”, el “posibilismo” o el “realismo político” dejase indefensa la sociedad cristiana ante el ataque desintegrador del orden natural mismo y cegador de la acción de la gracia redentora sobre las realidades humanas, ejercido por medio de los sistemas políticos, expresión práctica de filosofías anticristianas, que ha logrado eficazmente la descristianización de la humanidad contemporánea»¹².

⁸ Jean MADIRAN, *L'hérésie du XX siècle*, París, NEL, 1968, p. 299. Puede verse también mi libro *La constitución cristiana de los Estados*, Barcelona, Scire, 2008.

⁹ Donoso Cortes, por ejemplo, hizo de tal desarrollo un leit-motiv obsesivo a mediados del siglo XIX. Véase Miguel AYUSO, «Donoso Cortés, ¿pensador español o europeo?», *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, n. 16, Madrid, 2010, pp. 99-103.

¹⁰ Henri RAMIÈRE, S. J., *Les doctrines romaines sur le libéralisme envisagées dans leurs rapports avec le dogme chrétien et avec les besoins des sociétés modernes*, París, Librairie Jacques Lecoffre, 1870; *Le Cœur de Jésus et la divinisation du chrétien*, Toulouse, Messenger du Cœur de Jésus, 1891.

¹¹ Francisco CANALS, «Para sobrenaturalizarlo todo: entrega al amor misericordioso del Corazón de Jesús», *Cristiandad*, n. 644-645, Barcelona, 1984, p. 457.

¹² *Ibid.*, p. 458. Sintentiza Canals en ese párrafo lo desarrollado por el padre Orlandis en varios de sus escritos y, en particular, «Sobre la actualidad de la fiesta de Cristo Rey» (1945)

Estas palabras se engarzan en el quehacer de una teología de la historia que resulta de aplicar una comprensión teológica sobrenatural a la corriente de la historia, atendiendo principalmente a las leyes providenciales por las que Dios rige el mundo, a las tendencias e ideales de los espíritus y las sociedades tales como aparecen en la actividad cultural, social y política de los últimos siglos, y a las promesas explícitas de Dios, formuladas ya en el Antiguo, ya en el Nuevo Testamento, y en otras hechas a los santos y autorizadas por la Iglesia¹³.

Esta observación sobre el combate sostenido por la Iglesia contra el naturalismo, así como sus implicaciones políticas, contempladas desde la teología de la historia, nos lleva derechamente a considerar la inflexión producida en nuestros días dentro de lo que cabría llamar «pseudoprofetismo».

4. La inflexión del «pseudoprofetismo»

Reputados exégetas vieron en el fin del Imperio Romano la remoción de «lo que detiene» la acción en el mundo del que San Pablo llamó «misterio de iniquidad» (*II Tes.*, 2, 7), por mejor decir misterio de la anormalidad o a-legalidad, carencia de ley y orden interno en la vida de los hombres¹⁴. Es decir, se trataría del fin del ejercicio práctico del principio de autoridad en todos los órdenes de la sociedad humana, hecho de algún modo contemporáneo a nosotros, y que es el que permite la manifestación del «hombre del pecado», que combate a «todo lo que se llame Dios o reciba culto» (*II Tes.*, 2, 4). Expresión referida no sólo al verdadero Dios, sino también a toda proyección idolátrica de los hombres que se alce por encima de ellos, esto es, a la idea de lo divino, pues de lo que se trata es de remover en la humanidad la búsqueda de una norma superior. Este ejercicio colectivo y

y «¿Somos pesimistas?» (1947), publicados originalmente en la revista *Cristiandad* y recopilados en el volumen *Pensamientos y ocurrencias*, Barcelona, Balmes, 2000.

¹³ Véase, de nuevo, Henri RAMIÈRE, S. J., *Les espérances de l'Église*, Paris-Lyon, Librairie Catholique et classique de Périsse frères, 1861.

¹⁴ Véase *Sagrada Biblia*, 6ª ed., Madrid, BAC, 1961, p. 1416. Se trata de la edición conocida como Bover-Cantera, pues la versión crítica sobre los textos hebreo y griego la realizaron el padre José María Bover, S. J., que es precisamente a quien se deben las notas al Nuevo Testamento, y el catedrático Francisco Cantera Burgos. Puede verse una profunda y detallada explicación en Leonardo CASTELLANI, *El Apokalypsis de San Juan*, 4ª ed., Buenos Aires, Vórtice, 1990. Así como son de interés las páginas del padre Ramón ORLANDIS, S. J., «Advertencia previa», *Cristiandad*, n. 27, Barcelona, 1945, pp. 193-195.

universal de antropocentrismo antiteístico, que anuncia la Sagrada Escritura como imperio del Anticristo, ha sido visto como la culminación en la historia de la tiranía soberbia del poder político, enfrentado al gobierno de Dios sobre el mundo y las sociedades, lo que podría llamarse «poder político antiteocrático», sucesiva y gradualmente emancipado de la autoridad de Dios¹⁵. Apostasía de un mundo cristiano que se ha negado a aceptar el suavísimo dominio de Cristo Rey, proclamado por Pío XI en *Quas primas*¹⁶, y que se ha realizado, con la máxima eficacia y penetración en todas las dimensiones de la vida de los hombres, actuando contra Cristo desde el Estado separado de Él, primeramente por la influencia descristianizadora de la escuela y ahora también por los medios de comunicación social en función desintegradora del orden cristiano y del orden natural, característica de la *anomia* o iniquidad. Que actúa, no ya contra el imperio de la gracia sobre la naturaleza, sino contra el orden mismo de la naturaleza, que es obra de Dios, y a la que está destinada para redimirla y regenerarla la propia gracia redentora. Lo humano, incluso o precisamente caído en el pecado, es el destinatario de la Redención¹⁷.

La suma hostilidad antiteística y anticristiana del misterio de iniquidad primero empezó combatiendo la idea de la redención, haciendo creer al hombre que no necesitaba ser redimido, ponderando la bondad de su naturaleza humana, fomentando humanismos y racionalismos; y en nuestro tiempo actúa ya destruyendo la naturaleza en todos los órdenes: combate la autoridad en la familia, combate también una comprensión correcta de la tradición científica y el progreso de la ciencia, y va produciendo –lo que no se explica de una manera simplemente cultural y humana sino preternatural y diabólica– una alergia contra lo normal en el orden de la naturaleza, que según la doctrina católica (frente al luteranismo o el jansenismo) no está totalmente corrompida sino que aun en el estado de naturaleza caída mantiene inclinaciones legítimas. Si fuera de otro modo desaparecería la noción de ley natural en todo hombre no creyente o en todo hombre pecador. San

¹⁵ FRANCISCO CANALS, *Mundo histórico y Reino de Dios*, Barcelona, Scire, 2005, p. 107.

¹⁶ Véase RAMÓN ORLANDIS, S. J., «Sobre la actualidad de la idea de Cristo Rey», *Cristianidad*, n. 39, Barcelona, 1945, pp. 465-468.

¹⁷ FRANCISCO CANALS, «De la modernidad a la postmodernidad. Inflexión del pseudopropetismo», *Verbo*, n. 329-330, Madrid, 1994, pp. 1141-1149., texto que seguimos de cerca en todo el epígrafe.

Pablo decía que la ley natural estaba inscrita, por lo tanto vigente, en los corazones de los hombres (*Rom.*, 2, 14-16), también de aquellos gentiles podridos. Ahora se trata de extirparla de los mismos y hacerla aborrecer, introduciendo una alergia contra la naturaleza y dirigiendo el ataque contra todo lo que quede de bien natural en los hombres, en las sociedades, en la cultura, en la ciencia, en el arte.

Este carácter anárquico, «antinomista», que incita al elogio de toda locura y a la crítica de cualquier actividad rectamente ordenada, constituye el núcleo central del mensaje del pseudopofetismo, entendido desde la teología de la historia, esto es, en los términos en que el Apocalipsis nos presenta la segunda bestia. Recordemos que ésta, que sube de la tierra con «dos cuernos semejantes a los de un cordero, mas habla con palabras de dragón» (*Ap.*, 13, 11), lleva a la adoración de la primera, la que sale del mar y simboliza la potestad política antiteocrática. El pseudopofetismo, que algunos identificaron con la intelectualidad irreligiosa o pseudorreligiosa¹⁸, viene caracterizado por dos rasgos: parece un cordero que habla como un dragón. Esto es, se nos anuncia que la humanidad va a ser empujada y sugestionada bajo apariencia cristiana a adorar al hombre en el lugar de Dios, a adorar lo humano enfrentado a todo lo divino suprahumano... No es infrecuente en nuestros días que un lenguaje, diríamos que evangélico en apariencia, como el elogio de la pobreza o de la no violencia, se torne en una predicación ciega y falsa contra toda sociedad cristiana tradicional o lo que queda de ella. Puede empezar así exhortando contra los fariseos para concluir dirigiéndose contra la moral católica y sus preceptos. Lo que, por cierto, no es nuevo. En los primeros siglos, en el tercero sin ir más lejos, en Asia Menor, una multitud de marcionitas se acogían a la autoridad de San Pablo contra la ley de Moisés, esto es, contra la pervivencia en el Nuevo Testamento de la ley divina. La tradición y la ortodoxia católicas se presentan, así como simples subproductos farisaicos o legalistas

5. La defensa necesaria de la naturaleza frente al antinaturalismo

El autor, en quien nos hemos inspirado a lo largo del epígrafe anterior, ha explicado con enorme precisión y agudeza cómo el falso profetismo ha tenido una vigencia profunda en el pensamiento cristiano a lo largo de

¹⁸ *Sagrada Biblia*, cit., p. 1488.

los últimos siglos, desde el injerto del mensaje católico-liberal en el «movimiento católico», al subordinar la tarea social y política de los cristianos al falso mesianismo del «advenimiento» de la democracia universal y del socialismo. Al poner la fe cristiana al servicio de «otras cosas», obviamente entendidas como superiores a ella: «cristianos para...». Al quebrar y descentrar de su perspectiva teocéntrica el pensamiento teológico, la pastoral, la predicación y la catequesis. Hoy, en cambio, se nos sugiere que nos encontramos en una «situación nueva», con la que pareciera que el mensaje cristiano habría de resultar congruente, pues ya no partiría de «dogmatismos» infundados e instalados en falsas certezas, sino que más bien se caracterizaría por la inseguridad cultural, la crisis de las ciencias, el desprestigio de las filosofías, la desconfianza social en las perspectivas de futuro ofrecidas por sociólogos o economistas. Esto es, «quebradas ya las instalaciones seculares de la modernidad occidental en el racionalismo, el cientificismo, el progresismo liberal, el optimismo sobre el desarrollo técnico y económico, o la acción de la providencia humana universal del “Estado del bienestar”», se insinuaría que el «pasotismo» de las nuevas generaciones o la anarquía cultural y estética resultarían aproximaciones al orden cristiano: «Según esto, y con una invitación parecida a la que se dio a los católicos con la consigna “Dios y libertad”, se vendría ahora a sugerirnos una alianza entre la penetración del espíritu cristiano en la sociedad y los movimientos “contraculturales”, “anticientíficos”, que desde pretextos “ecologistas” o a través de corrientes musicales vienen a combatir, en un orden social profundamente descristianizado y “antinatural” e inhumano, casi las únicas cosas que pudiésemos todavía hallar como vigentes y reconocibles como dignas de no ser destruidas. Porque por este nuevo profetismo “pseudo-evangelizador”, seríamos invitados a ponernos en vanguardia, en nombre de la “no discriminación de los sexos” y de la “libertad de la mujer”, de todas las aberraciones que ven como un progreso la legislación que defiende el divorcio, el aborto, el homosexualismo y la total inversión de la moral cristiana y católica sobre el matrimonio y la familia»¹⁹. De manera que puede concluirse: «Nos hallamos ante el olvido y desprecio de la Divina gracia, y, más extensa y ruidosamente; nos hallamos inmersos en

¹⁹ FRANCISCO CANALS, «De la modernidad a la postmodernidad. Inflexión del pseudoprofetismo», *loc. cit.*, p. 1146.

el torbellino desintegrador de la naturaleza humana y del orden social. En este torbellino, que se originó en la etapa romántica de la modernidad, y que parece haber estallado en la postmodernidad, tiende a ser visto como ya caducado irremisiblemente, todo el pensamiento milenario ejercido asumiendo la filosofía verdadera bajo la fe cristiana, por los Santos Padres y muy especialmente por los grandes Doctores escolásticos».²⁰

Así pues, quienes combatieron en su día el naturalismo se ven hoy obligados a defender la naturaleza contra el antinaturalismo. Y la razón contra el fideísmo al tiempo que contra el racionalismo. Por ahí va a discurrir nuestra reflexión sobre el derecho natural, que vuelve a resultar de plena actualidad sin perder un ápice de su vigencia perenne²¹.

6. Naturaleza y derecho natural

Dos son las fuentes de conocimiento para el hombre: la fe y la razón. La primera se apoya en la confianza sobre el saber de otro, de manera que quien oye (*fides ex auditu*) las enseñanzas de otro y las cree sin comprobarlas aumenta su conocimiento basado en la fe. La razón, por el contrario, sólo se fía de sí misma y no acepta sino lo que le parece evidente de primeras o lo que tras una demostración rigurosa se hace tal²². Podría parecer que es más fácil creer que razonar, pues el hombre posee una inclinación natural a confiar en los demás. De ahí la gravedad de la mentira, que destruye la confianza y con ella toda la vida social. Y es que, con frecuencia sabemos porque hemos creído, aunque la creencia –en todo caso– no excluya la razón, pues tendemos a confiar en aquellos a quienes reconocemos primeramente un saber.

La búsqueda de la inteligencia de las cosas se orientó desde los griegos en dos direcciones principales: el de la física (y, más allá de ella, la metafísica) y la ética. Por ésta vamos a encontrar el derecho natural. La sabiduría griega, buscando los fundamentos de la distinción del bien y del mal, de lo

²⁰ *Ibid.*, pp. 1147-1148.

²¹ Miguel Ayuso, «Las aporías presentes del derecho natural (de retorno en retorno)», *Verbo*, n. 437-438, Madrid, 2005, pp. 553-574, así como –anotado y con el título de «La tan necesaria como difícil rehabilitación del derecho natural» – en Miguel Ayuso (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 201-223.

²² Alain SÉRIAUX, *Le droit naturel*, 2ª ed., París, PUF, 1999, pp. 3 y ss., que sigo en el párrafo siguiente.

justo y lo injusto, da con un criterio que a la vez le parece objetivo y decisivo: la naturaleza. La obra Santo Tomás, que reconcilia Aristóteles (y por lo mismo Platón) con las enseñanzas de Cristo, es el esfuerzo más acabado para medir la Revelación divina a la luz de la razón. Pues ésta no es sino un destello de la Inteligencia, de manera que lo que descubrimos con aquélla no puede sino reforzar las enseñanzas divinas. Como se ha explicado, cuando Santo Tomás se atreve a preguntar si los mandamientos de la Ley de Dios (el Decálogo) están bien formulados, es para subrayar de inmediato que deben estarlo sin duda pues es Dios mismo quien los ha formulado. Pero no le impide mostrar a continuación que tal formulación es razonable, por lo que cabe extraer la conclusión de que la fe ayuda a la inteligencia²³.

Pasemos, pues, al derecho natural. La expresión se refiere a la juridicidad y a la naturaleza, esto es, a una juridicidad ínsita en la naturaleza. Es la relación entre ambos términos la que explica su significado. Aunque es en la naturaleza donde se esconden las mayores necesidades de precisión. Y la naturaleza remite, de un lado, a un conjunto (*natura rerum*), de otro, a cada ser (*natura rei*) y, dentro de éstos, finalmente, al hombre, esto es, a la naturaleza humana (*natura hominum*).

Derecho natural que se ha entendido como objeto y como ciencia. Nos interesa más la primera acepción, dentro de la que se distingue el ser, el deber ser y el método. Que, en la segunda acepción, componen las tres partes de la disciplina: ontología, criteriología y metodología jurídica. Como es natural, en estas breves páginas no podemos agotar, ni siquiera aboecar, toda la temática, sino tan sólo ofrecer algunas reflexiones, referidas a los problemas de nuestros tiempos.

6. El orden óntico como criterio

Antes de cualquier otra consideración se impone el carácter «dado» de los seres. Las cosas reflejan un orden del ser que se presenta como un *dato* para la inteligencia del hombre, independiente de su voluntad²⁴.

Para empezar ha de registrarse, pues, lo que es y el orden de lo que es. En eso consistió la filosofía realista de Aristóteles y Tomás de Aquino. Pero

²³ *Ibid.*, pp. 5-6.

²⁴ Danilo CASTELLANO, «Introduzione», en Danilo Castellano (ed.), *Eutanasia, un diritto?*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 17-18.

la naturaleza no se reduce a una realidad puramente material y estática. De un lado, a las causas materiales han de sumarse las eficientes, pero también –sobre todo– las formales y las finales²⁵. De otro, la naturaleza es dinámica y la inteligencia se esfuerza por encontrar el orden en el mundo del devenir y el cambio, pues –como indicó Aristóteles– hay cosas naturales que se mudan, aunque no todas²⁶.

La primera consideración enlaza con la distinción entre el hecho y la norma, o sea, el ser y el deber ser. Es sabido que Hume denunció el paso insensible e indebido entre ambos, lo que se ha llamado luego «falacia naturalista»²⁷, que convirtieron expresamente en un ariete contra el derecho natural primero Bergbohm y más tarde Kelsen o Bobbio.

Bergbohm, a fines del siglo XIX, en un plano aún más radical, negó que hubiera principios fundamentales atemporales de naturaleza moral, pues tan sólo se dan juicios sociales condicionados por las situaciones históricas, así como opiniones personales y subjetivas sobre cuestiones morales²⁸. Sin embargo, en el derecho natural cabe discernir lo permanente de lo histórico. Hay, así, leyes morales con validez absoluta y universal, que no toleran excepción alguna, por más que puedan perder universalidad las conclusiones que de ellas se deducen por razón de la mutabilidad y variabilidad de las circunstancias individuales o de las contingencias de los casos concretos a los que deben adaptarse las conclusiones. Aunque hay también otras leyes morales que desde el inicio carecen de universalidad, a consecuencia de las circunstancias accidentales a que circunscriben su contenido concreto, que se refiere tan sólo a determinadas soluciones²⁹. Esto es, como para el Aquinate, los primeros principios de la ley natural son absolutamente inmutables mientras los segundos pueden admitir variación por la defectibilidad de la naturaleza humana: una ley natural para seres

²⁵ Michel VILLEY, «Historique de la nature des choses», *Archives de Philosophie du Droit*, vol. x, París, 1965, pp. 267 y ss.

²⁶ ARISTÓTELES, *Metafísica*, V, 7.

²⁷ David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, III, I, 1. Puede verse Carlos I. MASINI-CORREAS, «La falacia de la “falacia naturalista”», *Persona y Derecho*, n. 29, Pamplona, 1993, pp. 47-96.

²⁸ Karl BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1892.

²⁹ Emilio SERRANO VILLAFANE, «Lo permanente y lo histórico en el derecho natural», en VV. AA., *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973, pp. 99-122.

indefectibles sería tan inmutable como sus sujetos, pero lo que es natural a una naturaleza defectible participa también de esta defectibilidad³⁰. O en la explicación de Suárez: aunque los preceptos de la ley natural, primeros o segundos, son inmutables en su respectivo ámbito, pueden experimentar en cambio modificaciones en su contenido no por variación en sí mismos sino por transformación de la materia social a la que se aplican, con el cambio consiguiente de las consecuencias mediatas de la ley natural³¹

Kelsen, por su parte, en el primer tercio del siglo XX, derechamente pretendió purificar el derecho de toda referencia a la naturaleza, denunciando el error lógico (que sería también ontológico) del derecho natural. Para él la naturaleza y el derecho pertenecen a dos órdenes distintos. La primera liga a unos elementos con otros por medio del principio de causalidad; el segundo se apoya sobre el principio de imputación o más precisamente de retribución. No pueden confundirse, pues, las ciencias descriptivas de los hechos con las ciencias normativas. Por lo que hablar de derecho natural es una contradicción *in terminis*³². Sin embargo, ¿no es más cierto, al modo del dicho clásico, que *ex facto oritur ius*? Porque las ciencias de la naturaleza no obedecen tan sólo al principio de causalidad tal y como lo describe Kelsen, esto es, reducida a la causalidad material (¿de qué está hecho el objeto?), sino que tiene en cuenta la cuádruple de que habló Aristóteles, sumando a la anterior la formal (¿cómo está hecho?), la eficiente (¿por quién o por qué cosa ha sido hecho?) y la final (¿para qué sirve o a qué tiende?). Es precisamente la última la que permite dar razón de la esencia de la cosa y por ello de la intervención de las otras tres: «La naturaleza [de una cosa] es fin. En efecto, lo que cada cosa es, un vez cumplido su desarrollo, decimos que es su naturaleza [...]. Además, aquello por lo que existe algo y su fin es lo mejor»³³.

³⁰ Santo Tomás de AQUINO, *S. th.*, I-II, q. 94, a. 4 y 5.

³¹ FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, II, 13,3. La ley natural no cambia, sino que varía la conclusión por ser otra la materia a la que se aplica en concreto: no ha cambiado el precepto, sino que al ser distinto el caso éste requiere otro precepto más concreto. Ver la síntesis de Juan VALLET DE GOYTISOLO, «El derecho natural como arte jurídico», en AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., pp. 474-475.

³² HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, vers. castellana de la 2ª ed. en alemán, Ciudad de México, UNAM, 1982, pp. 89 y ss.

³³ ARISTÓTELES, *Política*, I, 1, 1252b-1253a.

Bobbio, finalmente, entendió que la expresión natural no hace referencia al contenido del derecho natural, sino a su fuente o contenido; que resulta imposible e inútil determinar qué tendencias son naturales a la vista de la variedad de contenidos materiales que se le han asignado y de la tautología de pretender distinguir unas buenas de otras malas; y que una misma moral es susceptible de recibir (como se ha visto históricamente) fundamentaciones en el derecho natural y fuera del mismo³⁴. Pero este ataque no roza siquiera al derecho natural clásico, sino tan sólo a sus sub-productos racionalistas o idealistas³⁵.

La acción del hombre incide además –es la segunda cuestión– en la naturaleza. Ahora bien, no cualquier acción es conforme con el orden. Observa Aristóteles que la naturaleza es la que enseña que «si la buena forma [del cuerpo] consiste en la firmeza de la carne, la mala consistirá en su flaccidez; y lo que favorece la buena forma es lo que produce firmeza en la carne»³⁶. Lo que puede extenderse a los hábitos del espíritu y los hábitos sociales. Todos hemos podido ver –se ha escrito– que hay instituciones corruptoras, que producen resultados materiales y morales funestos, mientras hay otras socialmente fructíferas para el bien espiritual y moral de los pueblos. Y así como los resultados de los hábitos individuales no pueden comprenderse bajo un solo aspecto y en un solo instante, sino en la extensión de todas sus consecuencias y en el transcurso completo de la vida de las personas, y aun de sus descendientes, «tanto más los resultados de las conductas e instituciones sociales deberemos juzgarlos en toda su extensión espacial y temporal, en sí mismos y en su relación con todo lo demás, estática y dinámicamente, en el hoy –visto desde ayer y anteayer–, en después»³⁷.

³⁴ Norberto BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Communità, 1965, pp. 179 y ss.

³⁵ Vladimiro LAMSDORFF-GALAGANE, «Los dos aspectos del derecho natural: ontología jurídica y criteriología jurídica», en AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., pp. 45-71.

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 1, 1129a.

³⁷ Juan VALLET DE GOYTISOLO, «El bien común como pauta de la justicia general o social», *Revista de Estudios Políticos*, n. 153-154, Madrid, 1967, p. 52.

7. La intelección del orden de la naturaleza

La última observación abre camino al problema del conocimiento de la realidad por el hombre, siempre imperfecto y provisional. La inteligencia humana, para conocer, no puede aislarse del propio ser, ni del Principio del mismo, ni del mundo que lo rodea. De la observación de lo concreto, por la inducción puede elevarse al conocimiento de lo universal, a los grandes principios: *ab esse ad nosse valet consequentia* y no a la inversa. La realidad objeto de nuestro conocimiento y puesta a nuestro servicio puede además mejorarse con el trabajo, con nuestro esfuerzo, *ars addita naturae*, pero para ello no puede dejarse de atender a sus leyes. Tanto en lo físico como en lo humano y social.

Aristóteles se sirve de la observación –por más que necesariamente incompleta–, de una experiencia siempre cambiante y que siempre puede enriquecerse con elementos nuevos. Es, pues, imposible que un método experimental, fundado sobre la observación de lo particular, jamás lleve a resultados absolutos y definitivos³⁸. No es otro el juicio de Santo Tomás, quien afirma que el hombre no se conoce a sí mismo ni a la naturaleza sino por sus efectos, de manera indirecta y muy incompleta³⁹, más aún habida cuenta –para un cristiano– de la realidad del pecado original, que deja herida la razón.

Cabe preguntarse entonces, para qué la ciencia incierta del derecho natural, si el hombre en la búsqueda de lo justo según la naturaleza no podrá nunca alcanzar fórmulas fijas y precisas. Y la respuesta surge clara: para dotarnos de directrices de carácter muy general, flexibles, imprecisas (salvo en el caso de confirmación por la Sagrada Escritura) y provisionales⁴⁰. No es poco, desde luego. Ya había observado Cicerón que para distinguir la ley buena de la mala no tenemos más norma que la naturaleza, de manera que «no sólo lo justo y lo injusto, sino también lo que es honesto y torpe se discierne de la naturaleza»⁴¹.

³⁸ Michel VILLEY, *Cours d'histoire de la philosophie de droit*, París, Le cours du droit, 1963, pp. 51 y ss.

³⁹ Santo Tomás de AQUINO, *S. th.*, I, q. 87.

⁴⁰ Michel VILLEY, *Cours d'histoire de la philosophie de droit*, cit., pp. 129 y ss.

⁴¹ CICERÓN, *De legibus*, I-XVI, 44 y 45.

Un maestro contemporáneo lo ha explicado acertadamente: «El hombre, en su medida, es cierto que es creador de su mundo en uso de su libertad. Pero ese mundo que crea, ¿podrá sostenerse sin producir grandes conmociones y efectos desastrosos si no se adapta a los cánones del orden natural? [...]. Sin duda el hombre forma parte de la naturaleza y es, en ella, en un aspecto, una fuerza dinámica, que puede alterar alguno de sus elementos sin que pueda decirse que haya alterado la naturaleza, sino alguna de sus circunstancias. El hombre puede vencer la ley de la gravedad ayudándose en otras leyes físicas. Sólo puede arrojarse de lo alto sin estrellarse después de haber descubierto y utilizado el paracaídas. Sigue sin poder volar contra natura y sólo puede hacerlo apoyado en leyes naturales. Igual podemos decir en el campo jurídico, político y social [...]. Las ciencias aplicadas tienen muy en cuenta para sus realizaciones las leyes naturales de la física. Podemos decir que la libertad del hombre para construir, para volar, para sembrar y recolectar se mueve dentro de los cánones de dichas leyes físicas. ¿Le ocurre, por el contrario, de modo totalmente diverso ante las leyes morales y políticas que sólo él se dicta?»⁴².

Precisamente, sigue, el mayor defecto de la hora actual es la miopía, esto es, la cortedad de visión tanto en el espacio y en el tiempo: «Y resulta curioso que así, precisamente así, deviene incompatible lo que se nos hace pasar falsamente por bien común con el bien de todos. Porque se nos presenta como bien común el bien sólo de la mayoría de hoy, que es mal de todos para mañana; el bien de la ciudad que es mal del campo, etc. ¿Por qué? Porque se olvida la pauta del orden natural en su totalidad, en su dinámica transtemporal. De ahí las consecuencias nefastas, para mañana, de ciertas soluciones artificiales a problemas que hoy se creen urgentes. El bien común pide la conservación de la armonía social, que beneficia a todo el pueblo orgánicamente constituido. Así, una intervención estatal en pro de un ideal de igualar, si al constreñir la libertad disminuye la iniciativa creadora, aunque pueda ser favorable a la masa de hoy, será, en definitiva, desfavorable al bien común, como pronto o tarde lo sufrirá el país

⁴² Juan VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Madrid, Organización Sala Editorial, 1973, p. 108. Los puntos suspensivos se han introducido porque hemos alterado el orden de los párrafos, que comprenden también algunos de una nota a pie de página. Procede del artículo «De la virtud de la justicia a lo justo jurídico», *Revista de Derecho Español y Americano*, vol. 10, Madrid, 1965, uno de los textos del autor compilados en el libro citado.

entero. Recordemos cómo el beneficio concedido, hace unos años, a los inquilinos de ayer ha provocado perjuicios en cadena, que no sólo siguen sin enjugar, sino que en virtud de cada nueva medida, cada vez más esforzada, para curar cualquiera de sus consecuencias concretas, cuanto más éxito se ha logrado al tratar de curar la actual dolencia, mayores heridas y daños se han ido causando en otros sectores, cada vez más alejados del ámbito inicialmente afectado»⁴³.

La captación por la mente humana de la existencia de un orden universal, derivado de la mente del Ser de quien todo dimana, resplandece en la *Suma teológica* de Santo Tomás de Aquino. Al tratar *De gubernatione rerum in communi*, en su primera respuesta, rechaza como insostenible la pretensión de algunos filósofos antiguos de que todas las cosas suceden por casualidad, pues el orden del universo manifiesta a las claras que el mundo está gobernado y la perfección última de cada cosa se cifra en la consecución de su fin, lo que requiere su gobierno en este sentido⁴⁴.

El Aquinatense concibió este orden de un modo dinámico –pues en todo ser creado hay algo *stabile* y *aliquid ad motum pertinens*, incluyéndose la operación en el movimiento⁴⁵–, operando *suaviter* mediante causas segundas, en el cual la unidad se realiza a través de la diversidad y la libertad humana actúa como una de esas causas segundas ejecutorias, sin que la contingencia y las contradicciones de éstas lleguen a perturbar el orden total del universo. En el gobierno, sigue Santo Tomás, «se deben considerar dos cosas, a saber: el plan de gobernación, que es la providencia propiamente dicha, y la ejecución del plan». Y, en cuanto a ésta, «*Deus gubernat quaedam mediantibus aliis*»: «De tal modo Dios gobierna las cosas, que hace a unas ser causas de otras en la gobernación»⁴⁶; y «aunque las cosas contrarias disienten en cuanto a sus fines próximos, convienen no obstante, en cuanto a su fin último, estando todas dentro del

⁴³ Juan VALLET DE GOYTISOLO, «¿Puede discernirse el orden natural y con qué alcance? ¿Qué incidencia en él tiene la acción del hombre?», *Verbo*, n. 73, Madrid, 1969, pp. 209-226. Incluido también en el libro *En torno al derecho natural*, cit., pp. 50-51.

⁴⁴ Santo Tomás de AQUINO, *S. th.*, I, q. 103, a. 1, resp. El resumen, sucinto, sigue el curso de Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Perfiles jurídicos del derecho natural según Santo Tomás de Aquino», en AA. VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 707 y ss.

⁴⁵ *S. th.*, I, q. 103, a. 1, ad 2.

⁴⁶ *S. th.*, I, q. 103, a. 6, resp.

orden único del universo»⁴⁷. Es posible que algo suceda fuera del orden de una causa particular, pero no que suceda fuera de la causa universal, pues para que «algo suceda fuera del orden de una causa particular es necesario que intervenga alguna otra causa particular, la cual por necesidad está dentro del orden de la causa primera universal»⁴⁸. Moverse y obrar por un fin acontece de dos maneras: «Una dirigiéndose el agente a sí mismo hacia el fin, como se dirigen el hombre y las demás criaturas racionales; este modo exige tener el concepto de fin y de medios o de cosas para el fin. Otra, extender las cosas hacia el fin como movidas y dirigidas a él por otro »⁴⁹; debiendo advertirse que «lo que las criaturas reciben de Dios les es natural, mas lo que hace el hombre con las cosas naturales no según la condición de éstas, tiene carácter de violencia»⁵⁰ y, en consecuencia, quienes «se oponen a un bien particular que les es conveniente según su naturaleza o estado», «por eso son justamente castigados por Dios»⁵¹. Así el desorden en una causa particular provoca la reacción del castigo dentro de la causa universal.

8. La naturaleza humana y el derecho natural

Es preciso abordar la participación del hombre en el orden de las cosas. Respecto de la que se han señalado tres posiciones generales. Para la primera no tiene el menor protagonismo, sometido como se halla al determinismo universal de un *fatum* ciego o de una ley ineluctable de progreso indefinido. La segunda, en cambio, le atribuye una condición demiúrgica que le lleva a construir no sólo un mundo nuevo sino incluso un hombre nuevo. Finalmente una tercera conjuga la libertad del hombre –dotado de inteligencia, razón y voluntad, aunque limitadas y desfallecientes– con el orden ínsito por la Providencia divina en las cosas y las leyes que rigen la historia, para que discurra por sus cauces⁵².

⁴⁷ S. th., I, q. 103, a. 3, ad 2.

⁴⁸ S. th., I, q. 103, a. 7, resp.

⁴⁹ S. th., I, q. 103, a. 1, ad 1.

⁵⁰ S. th., I, q. 103, a. 1, ad 3.

⁵¹ S. th., I, q. 103, a. 8, ad 1.

⁵² Juan VALLET DE GOYTISOLO, «La naturaleza de la cosa y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. 4, Madrid, 2000, pp. 1340-1341.

En esta última explicación coinciden Santo Tomás de Aquino o Giambattista Vico. El primero, en el cuadro que acabamos de trazar, deja espacio eminente para la libertad humana dentro de las causas segundas por medio de las que gobierna Dios. El último examina la actuación de la libertad del hombre moviéndose dentro del plan de la providencia divina⁵³. En la estela de ambos se sitúa la profunda definición de otro maestro contemporáneo: un Derecho Natural resultado de la conjugación del poderío divino del Creador con la libertad de las criaturas racionales en la tensión dramática de un destino trascendente entendido por conquista de la naturaleza que razona, que decide y que asume responsabilidad personal ultraterrena en su acción de decidir dentro de unos límites propuestos por la razón que capta el orden universal por Dios querido»⁵⁴.

Al mismo tiempo, la acción del hombre provoca desastres en la naturaleza (contaminación, desertización, etc.) y, a lo largo de la historia, en sus propias sociedades (decadencias, destrucciones, conflictos, etc.), muestran que la libertad debe seguir cierto orden que no contraría el de la naturaleza exterior ni el de la propia⁵⁵.

Pero se hace preciso también aproximarnos a la naturaleza humana y divisar su relación con el derecho. Autores ha habido en el panorama del derecho natural contemporáneo que la han negado, reduciendo lo jurídico al reparto de los bienes exteriores y, de resultas, al ámbito de la justicia conmutativa⁵⁶. Otros, aun subrayando igualmente este aspecto, no han prescindido del horizonte de la justicia legal o general, donde reina la pauta del bien común, sin la que no es concebible la comunidad de los hombres⁵⁷.

Así, por ejemplo, entre los primeros, se han apuntado los riesgos de centrar el derecho sólo en el hombre y en la naturaleza del hombre. Al

⁵³ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «Giambattista Vico, filósofo cristiano de la historia», *Verbo*, n. 153-154, Madrid, 1977, pp. 395-406. Puede leerse, en particular, la «Conchiusione» de su obra *Principi di scienza nuova* (1725).

⁵⁴ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «La cuestión de la vigencia del derecho natural», en AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., p.

⁵⁵ JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «La naturaleza de la cosa y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre», *loc. cit.*, p. 1343.

⁵⁶ Es el caso del citado Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, vol. I, París, Dalloz, 1975.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, el también citado Juan VALLET DE GOYTISOLO, «El bien común como pauta de la justicia general o social», *loc. cit.*

contemplar, en la naturaleza del hombre, el derecho como la ley moral que, según San Pablo, se halla «inscrita en el corazón del hombre», que Cicerón llama *vis innata*, se dice que «la palabra naturaleza cambia de sentido» y «en lugar de designar el crecimiento natural de un orden social, viene a significar la inmediatez de ciertas máximas generales extraídas de la “naturaleza del hombre”, que van a tener la función de axiomas»⁵⁸. Los segundos, en cambio, han salvado la extremosidad de la conclusión anterior al considerar que partir de la naturaleza de las cosas, en el sentido clásico del orden de la naturaleza, o hacerlo de la naturaleza del hombre, son «dos vías complementarias, puesto que el universo se observa desde el intelecto humano; y para éste es necesario conocer las cosas exteriores, en su orden universal, para poder emitir juicio de alguna de ellas»⁵⁹. Lo fundamental para un conocimiento correcto «consiste en no perder la panorámica total, ni dejarse deslumbrar por visiones parciales, incompletas, unilaterales, como son las que suministran las ideologías, en el sentido estricto de esta palabra»: «La perspectiva de la naturaleza de las cosas es adecuada si en el orden de las cosas incluimos al hombre en el lugar preminente que en el mismo ocupa, en sus relaciones con Dios, con los otros hombres, como ser naturalmente social, y con todas las cosas; observando al hombre en sí mismo y, en concreto, en el medio geográfico, climático, social y económico-político en el que vive. – Y, también es correcta la segunda vía, si la naturaleza del hombre la centramos en el hombre entero. Perspectiva que no sería completa ni estaría correctamente contemplada si se limitara y circunscribiera al hombre abstracto o tan sólo a su esencia disecada, olvidando no sólo lo demás que se halla insisto en su naturaleza, sino también su existencia concreta y su naturaleza social. Así, es incorrecto el extraerla aislándola e independizándola de sus circunstancias, y reduciéndola a su conciencia, hecha autónoma, prescindiendo de cuanto la trasciende, y aislándola de las cosas, como si fuera externa a su orden y libre para configurarlas y recomponerlas, con su razón, conforme a sus apriorismos mentales»⁶⁰.

⁵⁸ Michel VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, París, PUF, 1987, p. 172.

⁵⁹ Juan VALLET DE GOYTISOLO, «Definición e interpretación del derecho según Michel Villey», *Persona y Derecho*, n. 25, Pamplona, 1991, pp. 217-218.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 218.

Por aquí se abren otras posiciones que, sin desconocer los riesgos que producían justamente aprensión a los autores que acabamos de mencionar, y aun sin advertir otros que derivan de una ideología, la *personalista*, que acaba por destruir a la persona, no excluye la relación entre persona y derecho. La naturaleza de la persona la abre a la relación, pues aquélla no es el individuo, como la consideró la Ilustración y como se realizó sobre todo por la doctrina liberal. Está abierta necesariamente a la relación, pero no está constituida por ella, sino que representa su condición. La relacionabilidad de la persona es para su bien, es decir, para el pleno desarrollo de su naturaleza y es, por tanto, vínculo natural que debe tenerse presente también para la consideración de los derechos subjetivos y el reconocimiento de su ejercicio. A la luz de ello resulta difícil demostrar que el individuo goza siempre de un derecho ilimitado a disponer de sí a su gusto. Y no sólo por su «datidad», esto es, porque es lo que es sin haber podido y sin tener el poder de ser otra cosa, sino también por los vínculos y las obligaciones surgidos desde el momento de su concepción. La persona tiene obligaciones de justicia respecto del Creador, de sí misma y de los demás⁶¹.

9. ¿Es posible la defensa del derecho natural sin un defensor?

La pregunta, con la que nos encaminamos hacia la conclusión, puede parecer esotérica o, por lo menos, rebuscada. Sin embargo, alude a un asunto fácil de comprender aunque quizá hoy difícil de aceptar.

Hemos comenzado recordando la condena del naturalismo para pasar a continuación, en lo que se ha llamado con acierto «la inflexión del pseudo-profetismo», reivindicando la naturaleza. Pero resulta arduo sostener la naturaleza sin la sobrenaturaleza, sobre todo sin la autoridad en que ésta se apoya. De ahí que volvamos al principio...

En otra ocasión destacué que el discurso del derecho natural se presenta en ocasiones en muchos ambientes (principalmente eclesiásticos,

⁶¹ Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporáneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. 46-47. A partir de una famosa frase de Rosmini, que definía la persona como derecho humano subsistente (*Filosofía del diritto*, vol. I, Padua, Cedam, 1967, pp. 191-192), la explica negando que el derecho encuentre su fundamento en la voluntad (en este caso la persona tendría derechos y no sería el derecho) y afirmando, contrariamente, que en el origen de su normatividad se halla en su naturaleza actualizada, esto es, en su «espesor» metafísico.

pero también simplemente «clericales» (de matriz liberal-católica o democrata-cristiana) como una sustitución del orden político cristiano⁶².

No se trataba de una afirmación del fideísmo, que es donde concluye una gracia que no perfecciona la naturaleza. Santo Tomás, es bien sabido, consideraba que la ley natural es algo razonable que conduce las criaturas hacia su fin, que es su bien, considerado en su conjunto como el bien común del universo. En el caso del hombre, al estar dotado de autodeterminación, éste no sólo se somete a la ley, sino que también se gobierna según su dictamen. Tal ley natural es teóricamente cognoscible por la razón, pero existencialmente casi siempre fracasa ese poder teórico, por causa (al menos en parte) del pecado, que ha herido a la razón humana. También porque se necesita tiempo y sabiduría para descubrir el contenido de la ley. Como rara vez los hombres lo alcanzarían, Dios lo ha revelado a todos los hombres, para que logren en último término la salvación. El contexto teológico y apologetico de la obra tomasiana conducen al entronque de la ley natural con su Legislador. Si bien desde la filosofía se alcanza una conclusión semejante, pues la ley natural, por natural que sea, exige un intérprete y ese intérprete constituye una autoridad en cuanto al contenido de la misma ley⁶³.

Haciendo converger ambos aspectos podemos concluir que la ley sólo puede encontrar su interpretación «autoritativa» en su propio autor, Dios, que habla por medio de su Iglesia, si bien ésta –que custodia la santidad del derecho de gentes– remite a razones filosóficas cuando habla definitivamente sobre un asunto que cae dentro del ámbito de la ley. Igualmente, la ley natural, en cuanto se aplica al bien común de una sociedad, necesita de un intérprete autoritativo, de un defensor del derecho natural. El régimen de Cristiandad, que la Iglesia parece dar por cancelado definitivamente (y no sólo por exigencias de la indigencia de nuestro tiempo, esto es, como decían los polemistas decimonónicos, por hipótesis, sino por tesis), entre dificultades aseguraba tal interpretación personal y de autoridad. La

⁶² Miguel Ayuso, «La tan necesaria como difícil rehabilitación del derecho natural», en Miguel Ayuso (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 201-224.

⁶³ Frederick D. WILHELMSSEN, «El derecho natural en el mundo anglosajón del siglo XX», en AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., pp. 209 y ss.

laicidad o el laicismo, que no son sino dos modalidades de una misma ideología, en cambio, la excluyen⁶⁴.

Por eso, podemos decir con el autor que acabamos de citar: «Por bien intencionados que sean los hombres en un ámbito secularizado, no hay –nunca podría haberlo– un defensor autoritario de lo que pertenece al hombre por su propia naturaleza, sea aquel hombre cristiano o pagano. Estamos llegando [...] al momento en que el derecho natural va a desaparecer totalmente, y en que una tiranía suave y eficaz, dulce y cruel se va a apoderar del orden político. Frente a ello sólo hay un remedio: la resacralización de aquel orden mediante el reconocimiento público del único soberano que hay, del único defensor de la integridad del hombre que hay: su autor, Cristo Rey. Humanamente hablando, yo no veo ninguna manera de conseguir esa meta. No vivimos en los tiempos de San Juan de la Cruz, de Santa Teresa de Jesús ni de Felipe II. Pero, eso sí, siempre vivimos en un tiempo, y en todos los tiempos llama Dios al hombre para que haga su deber, cueste lo que cueste»⁶⁵.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 225-229.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 228-229.

Direito Natural Clássico e Moderna «Razão Pública».

Etsi Deus non daretur?

Pedro Ferro

AESE Business School

Universidade Católica Portuguesa, Instituto de Estudos Políticos

Iniciarei esta apresentação com uma breve referência à transformação moderna do Direito Natural clássico. Depois, centrar-me-ei em dois tópicos do embate da ideia de Direito Natural com a modernidade. No primeiro, tratarei do confronto entre essa ideia e o conceito de «razão pública». No segundo, abordarei as razões pelas quais a ideia de direito natural, na atualidade, foi praticamente expulsa do espaço público, em articulação com o processo de secularização. O ponto de vista adotado será predominantemente político, ou de teoria política, mais do que de filosofia moral ou de filosofia do direito. Por fim, gostaria de avisar – para uma boa gestão de expectativas – que este texto apresentará talvez mais perguntas do que respostas. Ou seja, por outras (e mais pomposas) palavras, terá um cunho sobretudo tentativo e aporético, mais do que apodítico e demonstrativo.

Breve referência à transformação moderna do Direito Natural

Como sabemos, Leo Strauss tratou deste assunto com bastante insistência, nomeadamente no seu livro *Direito Natural e História* e, antes, n'*As Conferências de Annapolis*, e pode servir como ponto de partida para a nossa reflexão. A posição de Strauss pode ser resumida, para o efeito agora pretendido (embora com o risco das simplificações), nos seguintes termos: «o direito natural é aquele direito que não depende da arbitrariedade humana. A alternativa à aceitação do direito natural parece ser a asserção de que todo o direito depende da arbitrariedade humana, ou é posto pelo homem, i. e., o direito positivo. Esta asserção, conhecida como positivismo jurídico, é difícil de manter»¹. Porque, se não existisse nenhum outro direito

¹ Cf. Leo STRAUSS, *As Conferências de Annapolis sobre o «Direito Natural»* (1946), in

senão o direito positivo, não poderíamos falar de leis substancialmente injustas, todas as noções de justiça seriam meramente convencionais, e não haveria nenhum critério para distinguir entre bem e mal, entre fins sublimes e depravados, entre regimes legítimos e totalitários. «Ora é evidente que faz sentido, e por vezes é mesmo necessário, falar de leis “injustas” ou de decisões “injustas”. Assim, tornamos implícito que existe um padrão de justiça ou de injustiça que é independente do direito positivo e que lhe é superior.»² «Precisamente porque é assim, o problema do Direito Natural é o nosso mais sério problema» e é tão antigo quanto a filosofia política³.

Strauss enfrentou, de modo particular, aqueles que ele julgou serem os principais inimigos do Direito Natural: o relativismo historicista, e o que resulta da particular interpretação da distinção entre factos e padrões operada pelo moderno cientismo social. Strauss considera o primeiro como um regresso à antiga visão convencionalista, numa versão requentada, embora mais pobre. Quanto ao segundo inimigo, a posição de Strauss pode ser sintetizada pelo seu veredicto sobre Max Weber. Embora o considerasse «o maior cientista social do [nosso] século», Leo Strauss afirmou que «a tese de Weber [que Strauss considera paradigmática da modernidade] leva necessariamente ao niilismo e à visão de que ao ser julgada perante o tribunal da razão, qualquer preferência, conquanto maléfica, animalesca ou louca é tão legítima como qualquer outra preferência»⁴.

Segundo Strauss, a doutrina clássica do Direito Natural teve a sua origem em Sócrates e foi desenvolvida por Platão e Aristóteles, pelos estoicos e pelos pensadores cristãos medievais (especialmente por S. Tomás de Aquino)⁵. Entretanto, a partir do século XVII, a visão clássica e cristã do Direito Natural teria sido radicalmente transformada, dando lugar a uma outra, também natural, doutrina. Essa rutura teria sido espoletada pelo impulso filosófico político nascido de Maquiavel, Francis Bacon e Thomas

José COLEN, «As conferências de Annapolis sobre o *Direito Natural*: um texto inédito de Leo Strauss», *Diacrítica. Filosofia e Cultura*, 2012, p. 519.

² Cf. Leo STRAUSS, *Direito Natural e História*, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 4.

³ Cf. Leo STRAUSS, *As Conferências de Annapolis*, p. 519.

⁴ Cf. Leo STRAUSS, *Direito Natural e História*, pp. 34 e 39.

⁵ *Ibidem*, p.106.

Hobbes, e pelo seu epicurismo e «furor antiteológico»⁶ (e antiteleológico). Nomeadamente, radicaria no materialismo, empirismo e «hedonismo político» hobbesiano, e no respetivo conceito – demasiado rasteiro, estreito e hirto – de bem humano, marcado pelo direito natural absoluto e incondicional do homem à autopreservação (no estado de natureza), que seria também a sua mais poderosa paixão. Daí, resultariam o cancelamento da vocação da pessoa humana para o seu fim ou perfeição, de acordo com a sua natureza (a *vida boa* ou o *summum bonum* dos clássicos e cristãos), e respetiva «degradação de padrões». Daí a substituição da antiga «lei natural» pelos «direitos naturais» modernos, e pelo «pequeno catecismo dos direitos do homem» (cujas inferências estão nas paixões, como dirá Burke⁷), depois; e na conseqüente prioridade do interesse próprio e dos direitos do indivíduo sobre os deveres perante Deus e os outros⁸. Daí a convicção de

⁶ Cf. Leo STRAUSS, «The Three Waves of Modernity», in *An Introduction to Political Philosophy*, Detroit, Wayne State University Press, 1989, pp. 84 ss.

⁷ Cf. Edmund BURKE, «Thoughts on French Affairs», in *The Works of the Rights Honorable Edmund Burke*, vol. IV, ed. revista, Boston, Little, Brown, and Company, 1866, p. 342.

⁸ Segundo STRAUSS, «o direito natural pré-moderno seria essencialmente uma doutrina de deveres». Só na segunda metade do séc. XVI, a escolástica teria começado a laborar sobre a ideia de direitos naturais enquanto distintos de deveres ou obrigações naturais, uma alteração de ênfase que determinou o pensamento político e social até aos dias de hoje. A partir daí, a sociedade política passou a ser concebida, pela primeira vez, como estando principal ou exclusivamente «ao serviço do objectivo de garantir os direitos naturais, e não de garantir o desempenho dos deveres naturais do homem». Esta mudança fundamental encontraria a sua mais impressionante expressão no ensinamento de Hobbes. Seria igualmente visível no ensinamento de Rousseau, ou no de Espinosa. As doutrinas de Direito Natural de Kant e Fichte seriam também essencialmente doutrinas dos direitos do homem. PAINE exprimiria essa visão mais claramente no título do seu livro, *Rights of Man*. «A primazia do direito sobre o dever significa[ria] a negação de qualquer ordem, ou vontade, sobre-humana. Por outro lado, a completa ausência ou, pelo menos, a relativa fraqueza da doutrina dos direitos do homem antes do séc. XVII, [teria] sido devida a esmagadora influência do ensinamento bíblico.» Enfim, «o clima espiritual favorável a insistência nos direitos do homem é caracterizado por uma visão inteiramente diferente, não bíblica, da relação do homem com Deus. [...] Enquanto o direito natural pré-moderno era uma doutrina da obediência ou, pelo menos, de conformidade com uma ordem não originada pela vontade humana, o direito natural moderno é uma doutrina da liberdade» (cf. STRAUSS, *As Conferências de Annapolis*, pp. 528-529, 531 e 533). Recentemente, Pierre MANENT, em *La loi naturelle et les droits de l'homme*, apresenta uma narrativa que tem várias zonas de coincidência com a de Strauss. Simplificando muito, antes de 1789 o quadro em que o homem vivia não era o da criação humana; o homem vivia *sub lege Dei*. Posteriormente, a revelação da Lei de Deus foi substituída pelos «Direitos do Homem» (em maiúscula). Com o Iluminismo, o homem teria atingido a sua maturidade – adotando o lema de Kant: *sapere aude* – e passado da heteronomia (ou

que o homem é um animal apolítico; e de que as obrigações e valores humanos significativos têm um fundamento somente contratual, consensual e autonomista. Daí, finalmente, decorreria uma concepção puramente negativa de liberdade (entendida como ausência de coerção externa), desconsiderando quer a bondade intrínseca do objeto das escolhas humanas – i.e., o valor positivo do exercício de liberdade –, quer os obstáculos internos à liberdade (por fraqueza moral), desvalorizando a virtude e descaído no subjetivismo e na arbitrariedade⁹.

«Razão pública» e Direito Natural

Tudo isto é bem conhecido e poderia, a meu ver, ser matizado quer no que respeita ao que Strauss denomina «doutrina clássica do direito natural», quer no que toca à caracterização do Direito Natural moderno. Por exemplo, conquanto não se possam excluir reminiscências e se possa falar de uma tradição, suponho ser discutível que o Direito Natural, no entendimento medieval cristão, descenda de Sócrates, menos ainda de Platão, e que ele provenha de Aristóteles é um assunto, tanto quanto sei, furiosamente discutido pelos modernos filósofos aristotélicos. Neste momento, contudo, gostaria de deixar em suspenso a questão propriamente filosófica da crise ou transformação da doutrina clássica do Direito Natural, para me centrar na questão da relação (tensa) desta doutrina com a ideia moderna de «razão pública», não no seu sentido estrito, rawlsiano, ainda em voga, mas num sentido mais genérico, «bem entendido», conotado com a especificidade da justiça política e da filosofia pública política.

Essa especificidade resulta do reconhecimento de uma dupla distinção (embora não completa independência): aquela que existe entre o bem da

teonomia) para a autonomia. A filosofia dos direitos humanos teria nascido contra a ideia de direito natural» (cf. José A. COLLEN, «“What Is Wrong with Human Rights?” Book Review: Pierre Manent, *La loi naturelle et les droits de l’homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2018», em *Interpretation*, vol. 44, 3.^a ed., p. 461). Esta posição sobre a acentuação bíblica dos deveres face aos direitos será talvez unilateral ou, pelo menos, poderia ser matizada pela consideração do carácter pedagógico e libertador da ação de Deus no Antigo Testamento. Ver também Ernest L. FORTIN, «The Natural Wrong in Natural Rights – and the Problem With Communitarianism», *Crisis Magazine*, 1 de maio, 1994. Disponível em <https://www.crisismagazine.com/1994/the-natural-wrong-in-natural-rights-and-the-problem-with-communitarianism> (2019-05-30).

⁹ Ver Pedro Rosa FERRO, *Política, Ciência e Consciência*, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 121-122.

pessoa e o bem da comunidade, por um lado, e, por outro lado, a distinção entre o «bem comum integral» e o «bem comum político». Por outras palavras, essa especificidade assenta na consideração de que existe uma diferença real entre a esfera particular dos bens últimos e a esfera pública dos bens políticos (protegidos pelo poder coercivo do Estado). Essa distinção e especificidade não surgem do nada com Maquiavel, Jean Bodin ou Thomas Hobbes. Obviamente, não parecem ter sido reconhecidas ou valorizadas por Aristóteles. Por S. Tomás de Aquino, sim, embora de forma talvez minimalista. Depois, é sugerida por Marsílio de Pádua. Mas tornou-se mais inteligível na modernidade, com a rutura da «totalidade ética» e do consenso moral e religioso que se podiam presumir no mundo antigo ou medieval.

Como sabemos, do ponto de vista sociológico, a comunidade política moderna não é uma comunidade ética, em sentido forte: é uma ordem de cidadãos livres e igualmente dignos de respeito que – embora com valores e interesses diferentes, por vezes objetivamente inconciliáveis – criam uma estrutura legal e institucional viabilizadora da convivência política. E o chamado «facto do pluralismo» – o facto do desacordo ou conflito moral – típico das sociedades modernas, embora não seja filosoficamente problemático, é politicamente muito relevante. E as razões de direito natural – mesmo reclamando inteligibilidade universal – não só não escapam à controvérsia, como estão frequentemente no seu centro, por ação de vários fatores epistemológicos e morais que não importa agora discutir.

Ora, precisamente, a «razão pública» pode ser definida como o tipo de razoabilidade pela qual as instituições políticas básicas da sociedade, e o seu sistema legal – legitimamente imposto pelo poder coercivo do Estado sobre uma multidão de cidadãos com valores discrepantes –, podem ser justificados de uma forma capaz de suscitar consentimento, favorecer a cooperação social e assegurar a estabilidade social, política e social básica. É a razoabilidade que se refere ao bem comum político estrito da sociedade humana, assim definido¹⁰. Neste sentido, a atividade política tem a sua verdade prática própria, a sua própria lógica interna e uma ra-

¹⁰ Cf. Martin RHONHEIMER, «The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's "Political Liberalism" Revisited» (Notre Dame Law School, Natural Law Lecture 2005), *The American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 2 ss.

cionalidade moral específica – assente naquela diferenciação entre o bem individual e o bem da comunidade – e que corresponde em grande parte a uma ética institucional¹¹. E é essa razoabilidade que, em grande parte, subjaz ao Estado constitucional liberal democrático, como sendo sobretudo uma «ordem de liberdade e de paz» (que julgo fazermos bem em prezar e proteger), mais do que uma «ordem de verdade e virtude», de acordo com a conhecida formulação de Ernst-Wolfgang Böckenförde¹².

Assim, o Direito Natural e a razão pública não são como que dois princípios rivais de legitimidade na especificação do bem humano: um princípio *liberal*, que gravitaria em torno do critério da reciprocidade entre indivíduos livres e iguais, recorrendo à «razão pública» e à razoabilidade política; e um princípio dito *perfeccionista*, assente no que é justo por natureza, invocando a «reta razão». A meu ver, esses dois princípios não são incompatíveis, mas não se situam ao mesmo nível. A interação entre os dois desenvolve-se em duas dimensões, entre outras: a primeira, respeitante ao reconhecimento social e validação jurídica e política das razões do Direito Natural; a segunda, associada à abrangência deste último, ao seu espectro e âmbito, face ao da razão pública.

Quanto à primeira dimensão, podemos começar por recordar que é possível formular dois tipos de perguntas políticas acerca da bondade de um governo. O primeiro corresponde a indagar se as leis ou decretos emanados pelas autoridades são decentes, úteis e favoráveis aos cidadãos, coerentes com o Direito Natural, digamos. O segundo questiona se essas leis ou decretos são politicamente legítimos: isto é, se são verdadeiramente representativos, se são processualmente justos. Hobbes terá sido o primeiro a sustentar a precedência política da segunda questão; ou, uma formulação mais moderna, a precedência das regras da política sobre os fins da política. O problema formal sobre como organizar o poder na Cidade tornou-se o principal, em urgência e em dignidade, relegando a questão

¹¹ *Ibidem*, pp. 5-7.

¹² Cf. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, «Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation», *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1976, pp. 42-64, referido por Martin RHONHEIMER em «The Democratic Constitutional State and the Common Good», in *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching*, William F. Murphy, Jr. (trad.), Washington, DC: Catholic University of America Press, 2013, pp. 74 ss. Ver Pedro Rosa FERRO, *Política, Ciência e Consciência*, p. 22.

direta acerca do bem e do mal substantivos. Para Hobbes, o governo representativo é precisamente aquele que está autorizado a tomar decisões sobre o bem e o mal em política (de modo a preservar a paz civil), centrando o problema político nos procedimentos de autorização, em detrimento da pergunta sobre os fins e bens humanos¹³. Nestes termos (já fora do esquema hobbesiano, mas aproveitando a sua intuição), podemos dizer que a verdade da lei natural não depende da sua aceitação pública, mas que o seu reconhecimento como razão politicamente relevante sim. A justiça natural «objetiva» só adquire legitimidade política através do processo político justo. *Auctoritas, non veritas, facit legem*, reza um famoso *dictum* de Hobbes, que – embora problemático – exprime a primazia institucional, legal e prática do âmbito político sobre o âmbito metafísico e sobre as pretensões de verdade moral; ou – em chave rawlsiana – a primazia política do justo sobre o bem. O Direito Natural – ou qualquer outro princípio último de justiça – para ser politicamente operacional terá de ser socialmente ratificado e juridicamente validado: tem de ser legitimamente positivado¹⁴. Para que as razões de Direito Natural sejam razões válidas na esfera da razão política e pública, elas terão de ser justificadas, aplicadas, restringidas ou concretizadas, de acordo com a lógica da política, que é também uma lógica de exequibilidade em condições de desacordo e conflito¹⁵.

Ao mesmo tempo, contudo, a primeira pergunta, a pergunta direta sobre a justiça natural da política, nunca pode ser esquecida ou ignorada. A solução de Hobbes – submergir inteiramente a verdade e a justiça na factualidade da lei positiva – não é aceitável. Para abordar este ponto, voltemos agora a nossa atenção para a segunda dimensão referida da interação entre o Direito Natural e a razão pública – a diferença de âmbito.

S. Tomás de Aquino antecipou de algum modo a ideia de razão pública quando afirma que as leis humanas estão, por princípio, limitadas a questões de justiça, bastando que proíbam o que é destrutivo da convivência

¹³ Cf. Harvey C. MANSFIELD, «Hobbes and the Science of Indirect Government», *The American Political Science Review*, vol. 65, n.º 1, mar. 1971, pp. 97, 98 e 107. Ver Pedro Rosa FERRO, *Política, Ciência e Consciência*, pp. 22-23.

¹⁴ Ver Martin RHONHEIMER, «Christian Secularity and the Culture of Human Rights», *Symposium "A Growing Gap – Living and Forgotten Christian Roots in Europe and the United States"*, 2006, p. 6. Ver Pedro Rosa FERRO, *Democracia Liberal: a política, o justo e o bem*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 93.

¹⁵ Cf. Martin RHONHEIMER, «The Political Ethos...», p. 9.

humana, sem o qual a preservação da sociedade não seria possível; o resto da aplicação da lei natural seria deixado ao julgamento de Deus¹⁶. A lei natural não é um critério suficiente para identificar o que pertence ao bem comum político e, portanto, para ser imposto coercivamente pela lei sobre a totalidade dos cidadãos. A política não trata das questões derradeiras ou das mais elevadas e sublimes, que conferem sentido e plenitude à vida das pessoas. O domínio da política não é totalizante; é instrumental e *menor*: visa a paz e a segurança, a cooperação social, um módico de justiça e um máximo de igual liberdade. Isto não significa indiferença ou relativismo quanto à verdade sobre o homem. Significa uma tentativa de limitar o poder coercivo do Estado ao mínimo razoavelmente exigido pelo funcionamento pacífico da fábrica da sociedade e pela convivência política. Do mesmo modo, o conceito liberal clássico de liberdade é fundamentalmente *negativo*, não porque presuma forçosamente qualquer irrelevância ou arbitrariedade no que respeita aos fins humanos que tornam a liberdade significativa, mas porque corresponde a uma concepção *política* de liberdade: porque visa proteger uma esfera de não interferência externa que preserve a autonomia da pessoa, uma vez que ela é uma condição imprescindível para o agir moral. É certo que uma vida boa não é a mesma coisa que uma vida que subjetivamente se considera ser boa¹⁷. O valor da autodeterminação não decorre de que ela seja condição suficiente para atuar bem, mas de que ela é certamente uma condição necessária¹⁸.

Por outro lado, a lei natural é anterior à razão pública, de forma que as razões políticas, embora difiram das razões da lei natural, incluem a lei natural, na medida em que esta seja politicamente relevante. E, nessa medida, embora a lei natural, como tal, não possa alegar ser razão pública, a correspondência da razão pública com a lei natural é uma condição necessária para que a razão pública seja plenamente razoável¹⁹. É por isso que o poder da lei positiva para criar ou reforçar obrigações morais depende não só da autoridade constitucional do órgão que pretende promulgá-la, como

¹⁶ Cf. S. Tomás de AQUINO, *Summa Theologica*, I-II, q. 100, a. 2.

¹⁷ Ver Will KYMLICKA, *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 202-205.

¹⁸ Cf. Pedro ROSA FERRO, *Política, Ciência e Consciência*, pp. 132-133.

¹⁹ Cf. Martin RHONHEIMER, «The Political Ethos...», p. 2.

também da justiça material – da razoabilidade substancial – da lei²⁰: no limite, o direito positivo só é legítimo e vinculante para a consciência quando é *justo*, quando respeita os direitos naturais das pessoas.

Até aqui a teoria. Mas, chegados aqui, deparamo-nos com vários problemas práticos.

Em primeiro lugar, mesmo entre aqueles que reconhecem o Direito Natural, há diferenças de opinião sobre o seu conteúdo ou sobre as suas implicações, em matérias importantes. E, em segundo lugar, embora a demarcação entre o que pertence ao âmbito privado e o que corresponde à razão pública ou à esfera pública seja necessária (nomeadamente, para circunscrever o poder coercivo) e seja também teoricamente possível, nunca o é completa e definitivamente. Consequentemente, o próprio conteúdo da razão pública e o âmbito do «politicamente relevante» são, eles próprios, controversos. Aliás, a própria determinação do que é razoável não é, politicamente, nada evidente. E muito do que é tido hoje como razoável, não o era há cem anos, como sabemos.

Em teoria, o conceito de razão pública admite um amplo pluralismo moral e existencial, e descansa nos mecanismos constitucionais para o acomodar pacificamente, considerando a justiça processual e o processo político democrático como instâncias de legitimação. Todavia, uma sociedade aberta não pode ser completamente aberta e moralmente *neutral*: esse pluralismo e dissenso não podem ser ilimitados. A assepsia moral não é, pura e simplesmente, possível, atendendo à referida porosidade das fronteiras entre o âmbito privado e o público, à imprecisão da demarcação entre o justo e o bem, ou à fluidez da distinção entre a ética pessoal e a ética institucional, ou entre o «bem comum integral» e o «bem comum político»²¹. A ideia de que uma qualquer sociedade pode subsistir sem

²⁰ Ver Robert P. GEORGE, *Choque de Ortodoxias. Direito, Religião e Moral em Crise*, Tenacitas, 2008, pp. 193-197.

²¹ Recorde-se, por exemplo, ambiguidade dos esforços de John Gray para fundamentar a existência de «bens universais», valores objetivos e uma moralidade mínima universal que refletem a «permanência da natureza humana», bem como as suas declarações de rejeição do ceticismo, subjetivismo ou relativismo, apelando às «experiências comuns da humanidade», por um lado, e a sua concomitante recusa de uma ética universal, por outro. Ver John HORTON, «John Gray and the Political Theory of *Modus Vivendi*», in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 9, n.º 2, junho 2006, pp. 157 ss. Ver John GRAY, *Two Faces of Liberalism*, pp. 63, 66, 67, 138. Ver Pedro Rosa FERRO *Política, Ciência e Consciência*, p. 136.

consenso geral sobre um núcleo de valores fundamentais é uma ilusão. Qualquer «acordo no desacordo» pressupõe uma concordância prévia relativamente ao desacordo que não pode ser tolerado. Por exemplo, podemos presumir que, na opinião de Lincoln (por ocasião da chamada questão da «casa dividida contra si mesma», em 1858), a partir do momento em que o povo americano concordasse em discordar sobre o princípio da igual dignidade de todos os seres humanos, independentemente da sua cor, esse povo deixaria de constituir uma nação, e menos ainda a nação livre e justa prenunciada na Declaração de Independência²².

Por outras palavras, a política – e, portanto, qualquer conceção política de justiça política e razão pública – está ao serviço de alguns bens básicos que são anteriores à política e definem o horizonte do bem comum político. Estes bens incluem as liberdades e direitos fundamentais da pessoa, mas também a consideração das características elementares e naturalmente dadas da sociedade humana. Assim, por exemplo, o respeito pelos outros cidadãos como «livres e iguais» depende do reconhecimento do que é a cidadania, de que os cidadãos são pessoas humanas, e do que são as pessoas, enquanto seres naturalmente sociais. A razão pública não pode ignorar (sob qualquer véu) alguns «factos da vida» pré-políticos e algumas propriedades naturais da sociedade, quando politicamente relevantes. Não é possível construir uma conceção política de justiça *ex nihilo*, independentemente das raízes mesmas da vida humana social. Por outras palavras, não é possível, nem desejável, imunizar a «razão pública» face a qualquer exigência básica da lei natural²³.

Enfim, não parece exequível fundar uma comunidade política funcional sem uma conceção particular de bem, ainda que débil, e sem uma ideia mínima de bem comum. A demarcação dos direitos pressupõe sempre uma noção moral sobre o *quid* humano, sobre o que é devido à pessoa para que ela se «cumpra»²⁴. É difícil desligar completamente a reflexão sobre o que é justo da reflexão sobre os fins do homem.

²² Cf. Harry V. JAFFA, *Crisis of the House Divided: An Interpretation of the Issues in the Lincoln-Douglas Debates* [1959], The University of Chicago Press, 1982, pp. 334, 335.

²³ Cf. Martin RHONHEIMER, «The Political Ethos ...», pp. 26, 42 ss. e 67 ss. Ver Pedro Rosa FERRO *Política, Ciência e Consciência*, p. 140.

²⁴ Ver John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Law Series, pp. 219-220.

Vejam: grande parte das nossas obrigações político-morais surge do reconhecimento dos outros como seres humanos, iguais a nós, com a mesma dignidade (humana). Sendo assim, como se pode discutir razoavelmente aquilo a que tem direito uma pessoa e qual é o seu dever, se não há um entendimento mínimo sobre o que é um ser humano, ou se a concepção de natureza humana – a nossa comum humanidade – for despojada de qualquer alcance normativo? E, nesse caso, como se pode conversar sobre o valor da vida (humana), ou sobre a cidadania, liberdade, igualdade e justiça? E como se pode debater a relevância pública do casamento e da família (que constitui um dos pilares de uma sociedade decente), se não se assenta sobre o que é um homem e o que é uma mulher, ou se não se distingue entre os dois (como acontece agora)? Não é possível negar que se possa conhecer algo de significativo sobre os seres humanos e, ao mesmo tempo, carregar de «direitos humanos» esses mesmos indivíduos; indivíduos cuja natureza seria desprovida de profundidade ou finalidade, ou tomada como incognoscível, ou algo, em qualquer caso, de que aqueles deveriam emancipar²⁵.

Note-se, portanto, que a questão que enfrentam hoje as sociedades liberais não é apenas a de quão mínima pode (ou deve) ser a sua «teoria moral» sobre a pessoa humana, mas também a de qual deve ser essa restrita teoria. Ou, por outras palavras, quais os assuntos em que se requer uniformidade – em que não pode haver «acordo no desacordo» – e aqueles em que o desacordo é tolerável, razoável ou desejável. Francamente, não vejo que este problema tenha uma solução política, para além do consenso constitucional, embora esta não seja uma solução cabal, porque a maioria e a justiça processual não produzem necessariamente a justiça substancial (conquanto sejam uma parte indispensável dela). Mas, pelo menos, podemos interrogar-nos sobre quais as razões pelas quais a doutrina clássica do Direito Natural – enquanto candidato verosímil a constituir essa «teoria moral» mínima – foi radicalmente desacreditada pela filosofia moderna e é atualmente ininteligível, hostilizada – e mesmo intolerada – pelo pensamento progressista «iluminado», como um resíduo arcaico, extremista e escandaloso, relíquia de remotos tempos obscuros, inimiga do

²⁵ Ver FRANCISCO CARPINTERO, *La Ley Natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008, p. 31.

reconhecimento e ampliação de novos «direitos humanos», e proscrita da razão pública²⁶.

Etsi Deus non daretur?

Para isso, voltemos a Strauss. A seu ver, «a transformação do direito natural no século xvii não pode ser descrita como uma secularização do direito natural»: a separação entre direito natural e direito revelado era algo adquirido em toda a filosofia clássica, e não teria sido rejeitada na filosofia medieval; tampouco haveria qualquer conexão necessária ou óbvia entre o direito natural de Platão e Aristóteles e qualquer teodiceia ou ideia de Deus; e a declaração de Grotius (segundo a qual o direito natural seria válido ainda que não existisse Deus) seria de ascendência escolástica²⁷.

Mais uma vez, isto poderia ser disputado. Quando Strauss fala da escolástica, em geral, está talvez a generalizar em demasia. Quando ele afirma, acertadamente, que a distinção entre direito natural e direito revelado era algo assumido na filosofia cristã medieval, poderia também ter observado que o Direito Natural, nessa filosofia moral, tinha, em qualquer caso, uma fundamentação racional em Deus: o conhecimento de Deus e a fundamentação da legitimidade da razão em Deus eram tidos como algo acessível à razão natural, e não precisavam da revelação para isso. Mas estavam fundados em Deus. E quanto à filosofia antiga, é difícil não vislumbrar o «divino» por detrás das leis não escritas de Antígona, ou no estoicismo, ou em Cícero. Aliás, o próprio Strauss reconheceu que o «direito natural moderno não pode ser compreendido se não temos em conta as suas implicações teológicas»²⁸, e vale a pena refletir sobre o assunto.

O referido *dictum* de Grotius, segundo o qual o Direito Natural seria válido *etsi Deus non daretur* – i.e., *mesmo que Deus não existisse*, ou *para o caso de Deus não existir* – apresentava-se como uma tentativa de preservar os valores morais essenciais a partir de princípios cognoscíveis e aceitáveis por todos, substituindo a fundamentação religiosa que até então, supostamente, os legitimava. Procurava-se assim assegurar as bases de uma convivência pacífica e civilizada, ao abrigo de controvérsias

²⁶ Ver José A. COLEN, «What Is Wrong with Human Rights?», p. 452.

²⁷ Cf. LEO STRAUSS, *As Conferências de Annapolis*, p. 525.

²⁸ *Ibidem*, p. 531.

confessionais, potencialmente sangrentas. Isso seria possível porque as normas morais – e a distinção básica entre o bem e o mal – pertenceriam à lei moral natural; seriam, portanto, suscetíveis de uma fundamentação puramente racional, e seriam, por conseguinte, universalmente compreensíveis e comunicáveis, sem necessidade de uma qualquer revelação sobrenatural. E, paradoxalmente, a irrelevância de Deus para o assunto seria mesmo uma demonstração do sucesso da Sua criação, cuja boa ordem poderia ser mantida mesmo na eventualidade de que não fosse conhecido um Senhor do mundo²⁹.

Em várias ocasiões³⁰, Joseph Ratzinger evocou o aforismo de Grotius, que Dietrich Bonhoeffer, numa das suas cartas de cativo, contribuiu para popularizar. A posição de Bonhoeffer tem obviamente um contexto e sentido diferentes da do humanista holandês, embora as duas perspectivas não sejam talvez inteiramente dissociáveis. Bonhoeffer supunha que o homem moderno, autónomo e adulto, devia deixar Deus de fora dos seus enredos quotidianos, estruturando a sua vida terrena inteiramente por sua conta e risco³¹, embora, paradoxalmente, «diante de Deus e com Deus»³². O próprio Deus nos obrigaria a admiti-lo: «ao tornarmo-nos adultos, [seríamos] levados a reconhecer de uma forma mais verdadeira a nossa situação diante de Deus. Deus [far-nos-ia] saber que devemos viver como pessoas que conseguem viver sem Deus, e que o Deus que está connosco é aquele que nos abandona (Mt 15, 34)»³³!

Em qualquer caso, na posição de Grotius e de Bonhoeffer, Ratzinger via um vislumbre do projeto moderno, da esperança iluminista assente na suficiência da razão ilustrada, como única «estrela e bússola», emancipada da tutela divina³⁴.

²⁹ Ver Eberhard JÜNGEL, *Dieu mystère du monde. Fondement de la théologie du crucifié dans le débat entre théisme et athéisme*, tomo 1, Paris, Cerf, 1983, p. 26.

³⁰ Cf. Joseph RATZINGER, *A Europa de Bento na Crise das Culturas*, Alêtheia Editores, 2005, pp. 38-40; *Dogma e Anúncio*, Edições Loyola, 2007, p. 386.

³¹ Cf. Joseph RATZINGER, *Dogma e Anúncio*, p. 386.

³² Cf. Dietrich BONHOEFFER, *Résistance et Soumission, Lettres et notes de captivité*, vol. 1, Labor et Fides, 2006, p. 431.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Grotius não questiona a lei natural, mas desenvolve uma conceção empírico-racional da natureza do ser humano. Seria a capacidade dos homens em sociedade de livre e voluntariamente se obrigarem, celebrando pactos, que determinaria a associação natural da

A pretensão de Grotius parecia exequível e razoável, numa cultura predominantemente cristã, e em que havia, além disso, «religião a mais», por assim dizer. O que aconteceu desde então? Aparentemente, já não parece alcançável o consenso básico ou a certeza partilhada nos princípios essenciais, não apenas sobre a «vida boa» (a tal «ordem de verdade e virtude»), mas nem mesmo sobre o que poderia ser uma sociedade justa e funcional (a tal «ordem de liberdade e de paz»). Aparentemente, a reconfortante e radiosa autosssegurança da modernidade colapsou. Aparentemente, o projeto iluminista fracassou – na tentativa baldada de fundar a razoabilidade moral de modo universal e definitivo, na certeza de uma *razão científica* e antiteológica, meramente calculadora, desencarnada. Grotius não podia por certo imaginar que uma tal confiança do homem moderno nas suas

humanidade. O novo Direito Natural – um direito natural autónomo – não assenta numa construção metafísica, mas no laço entre a natureza humana – capaz de razão e discurso, *ratio* e *oratio* – e a ordem jurídica. O homem teria capacidade para se limitar através daquilo que ele próprio cria, nomeadamente, o pacto. Os pactos exprimiriam o duplo potencial do espírito humano para ser simultaneamente um princípio de ordem – *ratio* – e um princípio de relacionamento com base no compromisso da sua palavra – *oratio* (cf. Christophe BOUREUX, «Etsi Non...Veluti Si...Deus Daretur: Une Relecture après la Modernité», *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2009/3, n.º 255, pp. 50 ss). Há aqui uma ideia de autonomia que encontra eco numa corrente da teologia moral contemporânea por vezes denominada «autonomia teónoma». Trata-se da tese segundo a qual Deus criou o homem, mas delegou nele a ordem moral: o estabelecimento, sob a sua própria razão e responsabilidade, das normas do bem e do mal. Se fosse assim, a razão seria completamente independente e soberana na criação da lei moral, uma vez que lhe foi encomendada por Deus a sua livre configuração; «desta lei, Deus não poderia de modo algum ser considerado Autor, salvo no sentido de que a razão humana exerceria a sua autonomia legislativa por força de um mandato original e total de Deus ao homem» (cf. JOÃO PAULO II, *Veritatis Splendor*, n.º 36); a «teonomia» ficaria reduzida à ideia de que o sujeito autónomo tem em Deus o fundamento da sua autonomia (que teria a sua origem num acontecimento emancipador); a obrigação moral esgotar-se-ia na obediência ao mandato de agir racionalmente, sem incorrer em contradição; e a «lei natural» no homem não seria senão a inclinação natural da razão prática para uma atividade normativa em ordem à sua perfeição e cumprimento. Nesta conceção, afirma-se não apenas a capacidade da razão humana para conhecer o bem e o mal, mas também a tese de que só mediante o processo da invenção humana de normas teria lugar o discernimento entre o bem e o mal [cf. Martin RHONHEIMER, «Autonomía y teonomía moral según la *Veritatis splendor*», 2002, *Almudi.org*. Disponível em <https://www.almudi.org/articulos-antiguos/7910-autonomia-y-teonomia-moral-segun-la-veritatis-splendor> (2021-11-13)]. Deste modo, transforma-se em mandamento a proibição genesíaca de «comer do fruto da ciência da árvore do bem e do mal» (Gn 2, 17), não haveria uma ordem moral objetiva, e seria difícil distinguir racionalidade de «autenticidade», e distinguir liberdade de conformismo social e cultural ou de mero impulso.

próprias forças poderia propiciar o naufrágio ideológico, social e moral do século xx, por exemplo.

De acordo com Ratzinger, o que acontecera entretanto foi que a fundamentação do valor humano e do direito natural deixou progressivamente de ser clara, ao longo do processo de secularização, e aí residiria precisamente a raiz do problema. A universalidade, incondicionalidade e indisponibilidade dos direitos naturais não se entenderiam por si mesmas. Exigiriam uma imagem do ser humano, uma opção moral e uma ideia de Direito que a desancoragem ao Criador – sob o Estado secular puro, baseado apenas na racionalidade e vontade dos cidadãos, recusando a acreditação e normatividade divinas – teria obscurecido decisivamente.³⁵ Nos últimos trezentos anos, o Estado secular moderno teria vivido à custa dos rendimentos do *stock* de capital espiritual acumulado no passado. Agora, com a corrosão do travejamento cultural judaico-cristão, essas reservas parecem estar esgotadas, e o sistema parece estar falido, descambando na bancarrota ética.

De um ponto de vista diverso, Elizabeth Anscombe asseverou «que os conceitos de obrigação, e de dever – isto é, obrigação *moral* e dever *moral* –, e do que é moralmente certo e errado, e do sentido moral do *ought*, deviam ser descartados se isso fosse psicologicamente possível; porque são sobreviventes, ou derivados de sobreviventes, de uma conceção anterior de ética que geralmente já não sobrevive, e só são prejudiciais sem ela»³⁶. E Ivan Karamazov (de Dostoiévski) sugeriu – embora não o tenha dito expressamente – que «se Deus não existe, tudo é permitido». Pelo menos, foi assim que Smerdiakov o entendeu³⁷. Daqui, talvez se possa retirar que a noção de dever tem um fundo teológico³⁸, num sentido convergente com o de Ratzinger.

³⁵ Joseph RATZINGER, «The Spiritual Roots of Europe: Yesterday, Today and Tomorrow», in Joseph Ratzinger and Marcello Pera, *Without Roots: The West, Relativism, Christianity, Islam*, Nova Iorque, Basic Books, 2006, pp. 74-75.

³⁶ Cf. Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, «Modern Moral Philosophy», *Philosophy*, vol. 33, n.º 124, janeiro 1958, p. 1.

³⁷ Cf. Fiodor DOSTOIÉVSKI, *Os Irmãos Karamazov*, 1879, algures.

³⁸ Ver «Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2018 Edition), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/anscombe/>. De facto, o texto de Anscombe pode ser interpretado também como uma crítica à «ética de dever», a favor de alguma forma de eudemonismo aristotélico.

No entanto, a doutrina clássica do direito natural sustenta que certos deveres morais básicos – os mais fundamentais – são acessíveis a todos, crentes e não crentes, através do exercício da razão despojada. Essa lei natural terá sido inscrita por Deus no coração do homem. Por outras palavras, a lei natural poderia ser conhecida, e poderia conformar a nossa conduta, recorrendo apenas à capacidade humana natural de deliberação, juízo e escolha. Segundo Paulo de Tarso, «quando os gentios, que não têm Lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, esses, não tendo a Lei, a si mesmos servem de Lei; e mostram que o que a Lei ordena está escrito nos seus corações, dando-lhes testemunho disso a própria consciência e os seus pensamentos, que os acusam ou defendem» (Rm 2, 14-15). Ao mesmo tempo, contudo, essa capacidade humana natural de regular moralmente a própria conduta era vista, tradicionalmente, como uma participação do ser racional na ordem da inteligência criadora, da razão ordenadora, enfim, da lei eterna de Deus (que é a própria sabedoria de Deus que criou e orientou cada criatura para o seu fim). Mas, e se não for vista assim?

Será que o direito natural pode mesmo constituir uma «gramática ética comum» – no que é politicamente relevante –, prescindindo da referência a um Deus criador e providente, da reverência à sacralidade da vida humana e à sua liberdade encarnada? Se dispensarmos a inteligência criadora, encobrimo o sentido e *logos* ínsitos na natureza, poder-se-á ainda fundar algum direito? Sem Deus, a «lei natural» distinguir-se-ia da lei da selva? Noutros termos, será que a Segunda Tábua se aguenta de pé, sozinha, desamparada da Primeira³⁹? Será que o homem pode ser nobre e bom, e constituir uma sociedade livre e decente, sem se ajoelhar diante de Deus – e de mais ninguém – como sugeria também Dostoiévski noutra ocasião⁴⁰. Ratzinger lembrou que, para o homem, o «*unum necessarium*» é Deus. Tudo muda se Deus está ou não está presente⁴¹. E, como disse Chesterton, «ao destruir a ideia de autoridade divina destruimos em grande parte a ideia daquela autoridade humana [i.e., a da razão] [...]. Com um puxão

³⁹ Cf. Pedro Rosa FERRO, *Democracia Liberal: a política, o justo e o bem*, p. 96.

⁴⁰ Cf. Fiodor DOSTOIÉVSKI, *O adolescente*, 1875, algures.

⁴¹ Cf. Joseph RATZINGER, *A nova Evangelização*, Congresso dos Catequistas e dos Professores de Religião, 10 de dezembro de 2000.

demorado e constante, procurámos tirar a mitra do pontífice; e com a mitra saltou também a sua cabeça»⁴².

Reparemos. Atualmente, a grande maioria (embora não totalidade⁴³) dos teorizadores da lei natural tradicional são teístas. Pessoas que «acreditam que a moral ordem, como qualquer outra ordem na experiência humana, é o que é porque Deus a cria e sustenta como tal. Da indagação da inteligibilidade da ordem criada, inferem a existência de uma inteligência livre e criadora, um Deus pessoal»⁴⁴. E, já no início do século passado, Jellineck registara candidamente que a cultura jurídica do seu tempo se debatia entre crentes e ateus, e que as respetivas teorias jurídicas dependiam das suas pressuposições face a Deus⁴⁵. Será por acaso?

Os autores da Declaração de Independência dos EUA, na esteira de Locke, ainda se referiam às «leis da natureza» e ao «Deus da natureza», e ainda consideravam como sendo autoevidente que Deus dotara o homem de certos direitos iguais e inalienáveis. Mas, realmente, esses direitos serão assim tão autoevidentes? Se Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin pensavam desse modo – apesar da sua peculiar e ambígua religiosidade –, não seria porque estavam ainda imersos numa cultura impregnada pela ideia cristã de dignidade humana e o cristianismo nutria ainda as convicções morais fundamentais dos cidadãos? A inalienabilidade desses direitos será concebível numa cultura que perdeu o sentido da verdade sobre o homem e ignora o seu fundamento sacral⁴⁶? Será que precisamos de crer para poder entender – *credo ut intelligam*, como Agostinho de Hipona e Anselmo de Canterbury propunham – não só no que respeita ao conhecimento de Deus, mas também no que respeita ao conhecimento da pessoa humana, enquanto ser social e político?

Recapitulemos. A convivência política numa ordem justa e livre parece exigir uma certa teoria sobre a pessoa humana: uma teoria necessariamente

⁴² Cf. G. K. CHESTERTON, «The Suicide of Thought», *Orthodoxy*, III.

⁴³ Ver, por exemplo, Michael S. MOORE, «Good without God», *Natural Law, Liberalism, and Morality: Contemporary Essays*, pp. 249- 259, Robert P. George ed., 1996.

⁴⁴ Cf. Robert P. GEORGE, «Natural Law», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 3, pp. 180-181.

⁴⁵ Cf. Francisco CARPINTERO, *La Ley Natural*, p. 31.

⁴⁶ Cf. Martin RHONHEIMER, «Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta», *Acta Philosophica*, vol. 1, 1992, p. 256.

imperfeita e restrita, mas minimamente adequada à realidade do homem, da natureza e da sociedade, correspondente às razões de direito natural contidas na razão pública, quando politicamente relevantes. Mas, será que o acesso a essa verdade minimalista sobre o homem é possível sem a remissão a um Deus criador e providente, conhecido seja pela luz da Fé ou pela luz natural da razão? Empiricamente, parece que isso não está a verificar-se – pelo contrário. Não estou a advogar nenhuma espécie de fideísmo. Não nego que essa cognoscibilidade natural seja filosoficamente possível, e menos ainda que o seu fracasso seja prova de que o não é. Digo apenas que não é realista esperar que isso aconteça, no contexto atual. E, como pensava Aristóteles, a política não pode ignorar a opinião comum. Mas, se for assim, o que restará da esperança de uma ética universal, ou de uma linguagem ética comum, precisamente agora, num contexto retórico em que as questões perenes sobre o bem e o mal são hoje mais urgentes do que nunca, e assumem uma dimensão global, reclamando uma renovada consciência da nossa humanidade comum e um sentido da responsabilidade planetário⁴⁷?

Que fazer?

Todos conhecemos a resposta de Ratzinger⁴⁸, inspirada na aposta de Pascal e nos postulados da razão prática de Kant: para fundar as bases da vida pública de modo decente seria preciso inverter o axioma dos teóricos do Direito Natural racional e agir «*veluti si Deus daretur*», como se Deus existisse. Em suma, «agirmos livres e iguais como se fôssemos todos filhos de Deus; respeitarmo-nos uns aos outros como se fôssemos feitos à imagem de Deus»⁴⁹. Que podemos dizer de semelhante provocação?

Francamente, a aceitação da hipótese e de viver como se Deus existisse não parece nada conjeturável. Essa proposta baseava-se na esperança de que a razão despojada pudesse talvez aceder à conclusão de que a razão despojada e curvada sobre si própria não é suficiente. Mas contraria

⁴⁷ Ver INTERNATIONAL THEOLOGICAL COMMISSION, «In Search of a Universal Ethic: A New Look at the Natural Law», 2009. Disponível em: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_en.html#2.3._The_discovery_of_the_precepts_of_the_natural_law:_universality_of_the_natural_law (2021-09-03).

⁴⁸ Cf. Joseph RATZINGER, *A Europa de Bento ...*, pp. 39 e 40.

⁴⁹ Cf. Marcello PERA, em Joseph Ratzinger, *A Europa de Bento ...*, p.15.

a tese imperante de que o ateísmo hipotético ou o agnosticismo devem ser considerados como a posição *default* no discurso público de um Estado secular⁵⁰. De resto, viver como se Deus existisse é precisamente o que grande parte das pessoas não quer.

Sendo assim, julgo que não é razoável apontar para algo mais do que um *modus vivendi* – e mesmo esse, frágil. Conforme já referi, devemos procurar preservar a «ordem de liberdade de paz», cujas instâncias de legitimação são as regras democráticas constitucionais e a justiça processual. Aliás, essa liberdade nunca está garantida. E estamos precisamente num momento em que a liberdade dos defensores das razões de direito natural – liberdade de expressão, de educação e de profissão, nomeadamente – estão a ser canceladas, no mundo livre, em nome de pretensões de verdade, a meu ver falsas. E devemos querer para todos a mesma liberdade que queremos para nós. Entretanto, a «ordem de verdade e virtude» não está ao alcance do Estado. O Estado não pode (não consegue) e não deve ambicionar garantir o bem comum *integral*, mas *apenas* o bem comum político, parcial⁵¹, restrito àquele âmbito. O bem comum integral compete à sociedade como um todo e às pessoas que a compõem. As razões de direito natural e a consciência da relação entre a verdade sobre o homem e a sua liberdade devem, antes, ser reforçadas e cultivadas no plano pré-político: familiar, educativo, mediático, cultural⁵². Só a esse nível se poderão conciliar as duas ordens a que se referia Böckenförde. Mas essas razões, em parte, também devem ser avançadas na arena política. Recorde-se que os valores políticos nunca são completamente imunes a considerações morais. E se não houver bons argumentos morais, prevalecerão maus argumentos morais⁵³. As razões de direito natural podem ser controversas, mas não podem ser marginalizadas numa razoável

⁵⁰ Todavia, essa ideia carece de demonstração. Ver John FINNIS, *Economy or Explication? Telling the Truth about God and Man in a Pluralist Society*, 2004, pp. 3-4. Disponível em: <http://web.princeton.edu/sites/jmadison/calendar/conferences/1004%20Conf-Finnis%20paper.pdf>

⁵¹ Cf. Martin RHONHEIMER, «Perché una filosofia politica?», pp. 252-255.

⁵² Cf. Martin RHONHEIMER, «Christian Secularity ...», 2006, p. 7.

⁵³ Cf. George F. WILL, *Statecraft as Soulcraft. What Government Does*, Nova Iorque, Simon & Schuster, 1983, p. 92.

concepção política de justiça⁵⁴, desde que politicamente relevantes, passíveis de articulação racional e debate público, e tramitadas em processo político legítimo. Ao contrário de Rawls, julgo que não devemos desejar – nem devemos esperar – eliminar do espaço público o conflito moral. Aliás, «não há nenhuma maneira de lidar politicamente com o problema do desacordo razoável que não seja, ela própria, pelo menos potencialmente, objeto de desacordo razoável»⁵⁵. A condição permanente da política é a da procura das soluções mais plausíveis, através da reflexão, debate e deliberação sobre estas questões. Todavia, como não há guardiões politicamente legítimos, quer da razoabilidade, quer da racionalidade, teremos sempre de regressar ao consenso realmente existente na sociedade como derradeiro padrão político.

Em todo o caso, convém reter que se prescindirmos da razão no processo de descoberta da justiça natural, ou se admitirmos que ela não existe, banindo do espaço público a referência à verdade sobre a pessoa humana, restará apenas o poder bruto e a vontade arbitrária, mesmo que maioritária.

⁵⁴ Ver Martin RHONHEIMER, «The Political Ethos...», p. 43.

⁵⁵ Cf. Charles LARMORE, «What Is Political Philosophy?», *Journal of Moral Philosophy*, 2012, p. 21.

Limites Naturais de Ação Legislativa¹

Paulo Otero

Professor Catedrático de Direito da Universidade de Lisboa

1. A ideia de que a atuação jurídico-positiva do poder encontra limites naturais observa-se já claramente formulada nas civilizações clássicas.

Na Grécia Antiga, em *Antígona*, é sublinhada a ideia, a propósito da proibição do rei a que fosse dada sepultura a um cadáver, de que as leis não têm o poder de obrigar, se violarem preceitos não escritos e imutáveis, que «não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram»².

Se em Heráclito a inteligência humana resulta da inalação da razão divina³, Platão reconduz a natureza a um produto dos Deuses⁴, sendo esses mesmos Deuses que impõem as leis aos homens⁵, utilizando a ideia de um «reto raciocínio»⁶.

Em Aristóteles, aquilo que todos proclamam como sendo a ordem de Deus traduz o que é justo ou injusto por natureza na vida social⁷, tendo a justiça natural uma validade universal, e que ninguém a pode aceitar ou

¹ Texto de uma intervenção integrada na Conferência Direito Natural e Ecologia Humana: para uma ecologia integral, realizada na Universidade Católica Portuguesa, em 11 de novembro de 2021.

² Cfr. SÓFOCLES, *Antígona*, 450 ss.

³ Cfr. G. S. KIRK, J. E. RAVEN e M. SCHOFIELD, *Os Filósofos Pré-Socráticos*, 4.^a ed., Lisboa, 1994, p. 213; Alessandro LAMI (org.), *I Presocratici. Testimonianze e frammenti*, 6.^a ed., Milão, Rizzoli Libri, 2005, pp. 199 ss.

⁴ Cfr. PLATÃO, *As Leis*, X, 886b-c.

⁵ Cfr. PLATÃO, *As Leis*, X, 888d.

⁶ Cfr. PLATÃO, *As Leis*, X, 890d.

⁷ Cfr. ARISTÓTELES, *Retórica*, I, 13, 1376b6-17.

rejeitar⁸, pois «o que é por natureza é imutável e tem o mesmo poder em toda a parte»⁹, salientando que «o sentido de justiça é único e universal»¹⁰.

Mas será em Cícero, porém, que maior desenvolvimento encontra a temática da lei natural e a sua projeção sobre a lei positiva:

- (i) Reconhece-se, por um lado, a existência de uma lei que, sendo expressão da «reta razão»¹¹, é conforme à natureza, sendo comum a todos os homens, imutável e eterna, insuscetível de alteração, derrogação ou dispensa de obediência, traduzindo-se o seu desrespeito numa negação da natureza do próprio homem¹²;
- (ii) É na natureza do homem, identificada esta com a «propensão natural que temos para amar os homens»¹³, levando ao agir para a «defesa da salvação comum»¹⁴, que se fundamenta o Direito¹⁵: se o Direito se fundamentasse na vontade da maioria ou da autoridade investida de poder, tudo poderia ser Direito¹⁶;
- (iii) A lei natural, sendo «razão soberana»¹⁷ e tendo como autor Deus¹⁸, encontra-se gravada na natureza do homem¹⁹, «impressa nas

⁸ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134b18-20.

⁹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1134b25-30.

¹⁰ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1135a5-10.

¹¹ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15. A expressão «reta razão», tendo a sua origem mais remota no pensamento de Platão (v. *supra*), seria depois acolhida por S. Tomás de AQUINO e, por essa via, entrará no património cultural da Igreja Católica, cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.93, a.3.

¹² Cfr. CÍCERO, *De Republica*, Liv. III, 22.

¹³ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15. Retoma-se aqui, curiosamente, a afirmação de Antígona dirigida a Creonte, «não nasci para odiar mas sim para amar», in SÓFOCLES, *Antígona*, 523.

¹⁴ Cfr. CÍCERO, *De Republica*, Liv. I, 1.

¹⁵ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15.

¹⁶ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 16.

¹⁷ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 6.

¹⁸ Cfr. CÍCERO, *De Republica*, Liv. III, 22.

¹⁹ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 6. Santo Agostinho dirá existir uma lei por Deus «indelevelmente gravada nos corações dos homens», in *Confissões*, II, n.º 4. Este entendimento viria a ser acolhido pela Doutrina Social da Igreja, designadamente no Concílio Vaticano II, cfr. *Constituição Pastoral «Gaudium et Spes»*, de 7 de dezembro de 1965, n.º 16. Igualmente Bento XVI, a propósito do Direito Natural, fala em verdadeira «gramática» escrita no coração do homem pelo seu divino Criador», cfr. BENTO XVI, *Mensagem para a Celebração do Dia Mundial da Paz*, de 1 de janeiro de 2007, n.º 3.

- almas»²⁰, sendo lei suprema e comum a todos os tempos²¹, «precede toda a lei escrita e a constituição de qualquer Estado»²²;
- (iv) O ser humano, «nascido para a justiça»²³, tendo sido criado por Deus²⁴ e tendo pela alma uma ligação celestial²⁵, participa através da razão no divino²⁶, existindo nessa parcela em cada homem um «santuário da divindade»²⁷, motivo pelo qual «os homens estão unidos com os deuses também pela lei»²⁸;
- (v) A razão, fazendo do homem um ser superior a todos os restantes animais²⁹ e relacionado diretamente com o divino, surge configurada como algo de comum a todos os homens³⁰, falando-se até em «inteligência comum»³¹, determina a ausência de diferenciação no género humano³²: o ser humano goza de uma universalidade que o faz «cidadão de todo o mundo»³³ e o Direito Natural, reconduzido a «algo eterno que rege todo o mundo, com reto critério de ordenar e de proibir»³⁴;

²⁰ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 10.

²¹ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 6.

²² Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 6.

²³ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 10.

²⁴ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 7.

²⁵ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 8.

²⁶ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 22. Este mesmo entendimento veio a ser rececionado, expressamente, no Concílio Vaticano II, cfr. *Declaração «Dignitatis Humanae»*, de 7 de dezembro de 1965, n.º 3. São Tomás de Aquino, porém, considerava que a razão humana não podia participar plenamente no divino, apenas em termos imperfeitos, cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.91, a.3.

²⁷ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 7.

²⁸ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 7.

²⁹ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 10.

³⁰ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 10.

³¹ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 16.

³² Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 10.

³³ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 23.

³⁴ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. II, 4.

- (vi) Por isso, a lei natural surge configurada como única³⁵, expressão da «reta razão»³⁶, registando-se que, sob pena de injustiça, por ninguém pode ser ignorada, encontre-se ou não sob forma escrita³⁷;
- (vii) Nem se pode considerar como verdadeira lei ou mesmo ter o nome de lei toda a prescrição que atente contra a lei natural «eterna que rege todo o mundo»³⁸.

2. O pensamento clássico sobre a limitação da lei escrita pela lei natural vem encontrar acolhimento no pensamento católico³⁹, salientando-se, neste domínio, o contributo de S. Tomás de Aquino⁴⁰.

Por um lado, identificando a lei natural como a «participação da lei eterna na criatura racional»⁴¹, ela assume uma natureza comum a todos⁴², pois cada um de nós, distinguindo o bem e o mal, refletimos «a impressão da luz divina em nós»⁴³, densificando que constitui lei natural «tudo aquilo a que o homem se sente inclinado por natureza»⁴⁴, nos termos da sua conformidade com a razão⁴⁵. Elege como primeiro preceito da lei natural, e base de todos os demais preceitos, o postulado: «o bem há que se fazer e buscar; o mal há que se evitar»⁴⁶.

³⁵ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15.

³⁶ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15.

³⁷ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. I, 15.

³⁸ Cfr. CÍCERO, *De Legibus*, Liv. II, 6.

³⁹ Para uma breve síntese, incluindo a sua articulação com os autores e textos jurídicos clássicos, cfr. FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, I, III, 7; ALAIN SÉRIAUX, *Le Droit Naturel*, Paris, 1993, pp. 21 ss.; FÉLIX ADOLFO LAMAS, «Fecundidad de la escuela española del derecho natural y de gentes», in Miguel Ayuso (ed.), *El Derecho Natural Hispánico*, Córdoba, 2001, pp. 82 ss.; JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, «Panorámica introductoria al Derecho Natural hispánico», in Miguel Ayuso (ed.), *El Derecho Natural Hispánico*, Córdoba, 2001, pp. 27 ss.

⁴⁰ Para uma referência mais desenvolvida ao pensamento de S. Tomás de Aquino sobre a lei natural, cfr. JOSÉ LUIS WIDOW, *Ley y Acción Moral*, Madrid, 2016, em especial, pp. 29 ss.

⁴¹ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.91, a.2.

⁴² Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.94, a.4.

⁴³ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.91, a.2.

⁴⁴ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.94, a.3.

⁴⁵ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.94, a.4.

⁴⁶ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q.94, a.2. Para um desenvolvimento deste princípio da lei natural, cfr. JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes Formales del Derecho o Elementos Mediadores entre la Naturaleza de las Cosas y los Hechos Jurídicos?*, Madrid, 2004, em especial, pp. 53 ss.

Neste contexto, são exemplos de lei natural os seguintes:

- (i) «Tudo aquilo que ajuda a conservar a vida humana e impede a sua destruição»⁴⁷;
- (ii) «As coisas que a natureza ensinou a todos os animais, tal como a conjugação dos sexos, a educação dos filhos e outras coisas semelhantes»⁴⁸;
- (iii) E, ante a inclinação natural do ser humano a buscar a verdade e a viver em sociedade, pertence à lei natural «evitar a ignorância, respeitar os concidadãos e todo o demais relacionado com isto»⁴⁹.

Se, porém, a lei positiva está em desacordo com a lei natural, aquela não é verdadeiramente uma lei, antes consubstancia a «corrupção da lei»⁵⁰.

Reconhecendo, por último, que, por via do pecado, o ser humano pode cair numa situação de «obscurcimento da lei natural»⁵¹.

3. O termo da *Respublica Christiana* e a crescente afirmação da soberania do rei alicerçaram a força de um direito positivo identificado com a vontade do Estado, sem prejuízo dos contributos da Escola Espanhola do Direito Natural, no século XVI⁵², da génese do jusnaturalismo racionalista, durante o século XVII⁵³, e das codificações jusnaturalistas de finais do século XVIII⁵⁴. Poderá até encontrar-se, entre os séculos XVII e XVIII, o período áureo do Direito Natural ou a «idade do jusnaturalismo»⁵⁵.

⁴⁷ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.94, a.2.

⁴⁸ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.94, a.2.

⁴⁹ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.94, a.2.

⁵⁰ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.95, a.2.

⁵¹ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, III, q.60, a.5, r.3.

⁵² Cfr. Félix Adolfo LAMAS, *Fecundidad de la escuela española del derecho natural y de gentes*, pp. 91 ss.

⁵³ Cfr. Mário Bigotte CHORÃO, «Direito natural», in *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, 1991, p. 108.

⁵⁴ Cfr. Wolfgang WALDSTEIN, «Una panorámica del Derecho Natural en el mundo germánico», in Miguel Ayuso (ed.), *El Derecho Natural Hispánico*, Córdoba, 2001, p. 467.

⁵⁵ Neste último sentido, cfr. Franz WIEACKER, *Storia del Diritto Privato Moderno*, I, Milão, 1980, p. 379.

O certo é que, depois de o século XIX ter feito germinar uma crença na ausência de limites ao positivismo-legalista⁵⁶, expressão política da onipotência parlamentar assente no princípio democrático ou maioritário e no império da lei, eis que a segunda metade do século XX veio fazer renascer o pensamento jusnaturalista⁵⁷, enquanto resposta à barbárie dos modelos totalitários que conduziram à II Guerra Mundial, observando-se que as últimas décadas vieram recolocar, por razões diferentes, a «reabilitação do Direito Natural»⁵⁸ e o problema dos limites naturais à ação legislativa.

4. Em tempos de revalorização teórica do Direito Natural⁵⁹ e de paradoxais graves ofensas à lei natural perpetradas pelo Estado e pelas suas leis⁶⁰, entendemos serem três as principais razões que suscitam hoje a temática dos limites naturais à lei positiva:

- (i) Por um lado, os perigos de um progresso científico e tecnológico desordenado⁶¹, isto no sentido de envolver o risco de se desenvolver em sentido contrário à dignidade da pessoa humana e ao bem comum, sendo tais condutas rececionadas pelo legislador, numa articulação de risco entre «átomos, bytes e genes»⁶² – as temáticas envolvendo a «globalização do paradigma tecnocrático»⁶³, a biomedicina, o transumanismo e a robotização (civil e militar) da sociedade ilustram o fenómeno;

⁵⁶ Cfr. Dalmacio NEGRO, «Orden y Derecho Natural», in Miguel Ayuso (ed.), *El Derecho Natural Hispánico*, Córdoba, 2001, pp. 67 ss.

⁵⁷ Cfr. Gustav RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 6.ª ed., Coimbra, 1979, em especial, pp. 415 ss.

⁵⁸ Cfr. Miguel AYUSO, «La tan necesaria como difícil rehabilitación del derecho natural», in Miguel Ayuso (ed.), *Cuestiones Fundamentales de Derecho Natural*, Madrid, 2009, pp. 201 ss.

⁵⁹ Para um panorama do Direito Natural nos tempos contemporâneos, em diversos países, cfr., por todos, Miguel AYUSO (ed.), *El Derecho Natural Hispánico*, Córdoba, 2001, pp. 465 ss.

⁶⁰ Cfr. Mário Bigotte CHORÃO, *Direito natural*, p. 102.

⁶¹ Cfr. Paulo OTERO, *A Democracia Totalitária*, Cascais, 2001, pp. 177 ss.; idem, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, Coimbra, 2007, pp. 629 ss.

⁶² Cfr. Martin W. BAUER, *Atoms, Bytes and Genes – Public Resistance and Techno-Scientific Responses*, Nova Iorque, Routledge, 2015

⁶³ Expressão de FRANCISCO, *Laudato Si'*, Carta Encíclica, de 24 de maio de 2015, n.ºs 106 ss.

- (ii) Por outro lado, o germinar de correntes ideológicas contrárias à natureza humana, tal como sucede com a ideologia do género, o tratamento preferencial dos animais face ao ser humano (v.g., criminalizar o abandono de animais de companhia, sem ser crime o abandono de idosos), ou até a transformação de condutas tradicionalmente qualificadas de ilícitos criminais em direitos fundamentais (v.g., «direito ao aborto»⁶⁴, «direito à prostituição»)⁶⁵, podem levar o legislador à tentação de lhes conferir positividade jurídica;
- (iii) Por último, o risco de apropriação pelo legislador de designações ou instituições tradicionais, conferindo-lhe um sentido adulterado ou atentatório da sua essência natural, numa manipulação de conceitos imemoriais (v.g., utilização do conceito de «casamento» para vínculos entre pessoas do mesmo sexo, a implosão do conceito de «família» pela inclusão de meras realidades de facto⁶⁶).

Coloca-se, num tal contexto, uma inevitável questão: poderá o legislador transformar em lei tudo aquilo que entender?

Por outras palavras: quais os limites que a ação legislativa do Estado conhece?

5. Naturalmente, num primeiro momento, a ação legislativa do Estado pode conhecer limites provenientes de outras fontes jurídico-positivas que, por via autovinculativa ou heterovinculativa, de estrutura unilateral ou bilateral, condicionam o procedimento e/ou a materialidade da decisão de legislativa:

- (i) A Constituição heterovincula a atuação do poder legislativo e dos demais poderes constituídos do Estado e de todas as restantes entidades públicas (e, num diferente nível de intensidade, também as entidades privadas);

⁶⁴ Veja-se, neste sentido, a definição pelo Presidente Macron das prioridades da presidência semestral francesa do Conselho da União Europeia, em 19 de janeiro de 2022, referindo o propósito de a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vir a reconhecer o «direito ao aborto».

⁶⁵ Sublinhando este último fenómeno, cfr. JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae*, Carta Encíclica de 25 de março de 1995, n.ºs 4, 11 e 18; Paulo OTERO, *A Democracia Totalitária*, p. 156; idem, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, pp. 530 ss.

⁶⁶ Sobre o tema da família e a sua relação com a lei natural, cfr. Ignacio BARREIRO CARÁMBULA, «La familia y el Derecho Natural», in Miguel Ayuso (ed.), *Cuestiones Fundamentales de Derecho Natural*, Madrid, 2009, pp. 153 ss.

- (ii) As convenções internacionais, expressando uma bilateralização da vontade decisória do Estado no plano da comunidade internacional, mostram-se passíveis de condicionar a vontade legislativa unilateral do Estado;
- (iii) Outros atos legislativos que, assumindo uma função paramétrica no contexto das relações interlegislativas, condicionam a validade de leis posteriores que se encontram a tais atos subordinadas.

6. Não se esgotam nas fontes jurídico-positivas, porém, os limites à ação legislativa do Estado: toda a atuação legislativa se encontra, desde sempre, sujeita a limites naturais.

Entendemos serem quatro os principais limites naturais à ação legislativa:

a) *Limites físico-naturais*: o legislador não pode contrariar as designadas «leis das ciências naturais», nem determinar a interrupção ou modificação dos seus processuais causais:

- (i) Assim, a título exemplificativo, encontra-se excluída da esfera da ação legislativa a revogação da «lei da gravidade», a modificação dos horários das marés ou a suspensão dos movimentos de translação ou de rotação da Terra;
- (ii) Em igual sentido, a imposição legislativa da ideologia de género, abolindo as diferenças naturais entre o género masculino e o género feminino, entendidos como meras referências sociais e culturais, traduz a tentativa de a ação legislativa ultrapassar limites biológicos diferenciadores do sexo;
- (iii) Qualquer ação legislativa sobre tais matérias, violando os referidos limites físico-naturais, irá gerar a produção de leis nulas, por terem um conteúdo ou objeto impossível;

b) *Limites lógicos*: a ação legislativa encontra-se vinculada a respeitar parâmetros extrajurídicos de pura lógica que, traduzindo referências de racionalidade discursiva⁶⁷, impedem incongruências linguísticas

⁶⁷ Para um desenvolvimento das regras da lógica no discurso jurídico argumentativo e fundamentador, cfr., por todos, Robert ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, em especial, pp. 119 ss., 185 ss. e 283 ss. Para uma aplicação de tais regras no âmbito do Direito Administrativo, cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 773 ss.

ou de soluções, à luz do postulado proibitivo da contradição de soluções, pressupostos ou fundamentos:

- (i) Não se pode afirmar e negar, simultaneamente, a mesma coisa⁶⁸, motivo pelo qual uma lei não pode consagrar estatuições cujo conteúdo seja antinómico ou ininteligível, tal como sucede, por exemplo, se uma mesma conduta for, ao mesmo tempo, proibida e permitida, ou, num segundo exemplo, se uma mesma expressão jurídica foi utilizada com diferentes significados numa mesma lei;
 - (ii) Em tais casos, a ininteligibilidade da solução normativa consagrada pode reconduzir-se a uma situação de nulidade da lei, salvo se, por via de uma interpretação ab-rogante, uma das soluções se tiver como preferencial e, neste sentido, aplicável;
- c) *Limites lingüísticos*: o legislador não inventa a linguagem com que escreve os seus enunciados normativos, antes toma como pressuposto do seu discurso a linguagem existente, servindo sempre a língua de limite natural da ação legislativa, num duplo sentido:
- (i) Por um lado, a ação legislativa tem de tomar em consideração a língua existente, servindo esta de pressuposto ou meio de expressão do conteúdo dos preceitos das leis, sem que o legislador tenha o poder de criar uma nova língua ou de fazer reformas lingüísticas por via legislativa:
 - A língua e a ortografia em que essa língua se expressa sob a forma escrita são limites naturais da ação legislativa, enquanto esferas de intervenção alheias ao poder exclusivo do Estado;
 - O legislador não pode chamar «dia» à «noite» ou vice-versa, tal como não pode determinar a supressão das consoantes mudas da ortografia da língua portuguesa ou, num outro exemplo, também não poderá (nem sequer em nome da preservação do património histórico-cultural) mandar restaurar a ortografia do português arcaico do período medieval;
 - (ii) Se a ação legislativa não inventa a língua em que se expressa, nem tem um poder dispositivo ilimitado sobre sua ortografia, a verdade é que, por outro lado, o legislador também não possui uma margem

⁶⁸ Cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.94, a.2.

ilimitada de reconfiguração da linguagem jurídica em que expressa os seus enunciados normativos:

- Independentemente da temática da força jurídica das definições legais⁶⁹, a verdade é que há conceitos jurídicos pré-legais (ou até mesmo pré-constitucionais) que, sendo a expressão de uma sedimentação jurídica consuetudinária de base legal, jurisprudencial ou doutrinária, se impõem ao legislador, incluindo ao legislador constituinte⁷⁰ – também aqui se registam limites naturais da ação legislativa;
- O próprio Tribunal Constitucional tem reconhecido que «o acolhimento pelo legislador constitucional de conceitos pré-constitucionais não revela intenção de romper com o *status quo ante*»⁷¹

⁶⁹ Sobre o tema, salientado a existência de duas teses sobre a sua natureza: (i) uma em que as definições jurídicas obrigam todos que usam e aplicam essas normas, significando isto que «as definições legais são normas que prescrevem uma certa conduta linguística» (: tese normativa); (ii) outra, em sentido contrário, entende que as definições legais servem para identificar o sentido das normas que as usam (: tese da função identificadora), cfr. Horacio SPECTOR, *Definiciones jurídicas*, in Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Madrid, 1996, pp. 285 ss. Pode ainda encontrar-se, no entanto, uma terceira tese, (iii) negando qualquer obrigatoriedade às normas que consagram definições jurídicas, (: tese radicalmente antinormativa), cfr. Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Sucessões*, 4.^a ed., Coimbra, 1982, pp. 41-42; Paulo OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, 2.^o tomo, Lisboa, 1999, pp. 155 ss.

⁷⁰ Os conceitos pré-constitucionais, revelando a existência de uma Constituição pressuposta na linguagem usada pelas normas constitucionais, fazem do conteúdo de tais conceitos uma realidade constitucional passível de condicionar a interpretação e a aplicação das normas formalmente constitucionais, num apelo densificador a fontes infraconstitucionais, permitem registar um preenchimento de conceitos feito «de baixo para cima» (neste último sentido, cfr. Walter LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964, p. 70). Ainda sobre os pré-constitucionais como conceitos pressupostos pelo constituinte, cfr. Gomes CONOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, pp. 408 ss.; Paulo OTERO, *Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, 2010, pp. 193 ss.

⁷¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 371/94, processo n.º 667/92, de 11 de maio de 1995, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 371/1994 (tribunalconstitucional.pt); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 254/01, processo n.º 43/99, de 29 de maio de 2001, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 254/2001 (tribunalconstitucional.pt).

- é o caso do conceito de «bens do domínio público»⁷², de «justa causa»⁷³, «pena maior»⁷⁴ ou «crimes essencialmente militares»⁷⁵;
- Ou, num outro possível elenco de exemplos, os conceitos de «capacidade jurídica», «personalidade jurídica», «contrato», «nulidade», «litispendência», «caso julgado», «crime doloso»;
- E é também o caso do conceito de «casamento», enquanto vínculo jurídico monogâmico e entre pessoas de sexo diferente – trata-se de um conceito jurídico pré-constitucional de base consuetudinária, fruto de um entendimento imemorial e, por isso, integrante da Constituição histórica dos Estados de matriz judaico-cristã, motivo pelo qual o Tribunal Constitucional deverá considerar inconstitucional a lei que permite designar como casamento o vínculo entre pessoas do mesmo sexo, pois procede a uma «transmutação

⁷² O Tribunal Constitucional afirma que os bens do domínio público se configuram como «categoria esta cujo sentido pré-constitucional – seguramente acolhido na Constituição», cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 150/2006, processo n.º 323/05, de 22 de fevereiro de 2006, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 150/2006 (tribunalconstitucional.pt).

⁷³ Como o Tribunal Constitucional refere, a propósito do conceito de justa causa, «como em qualquer outro conceito constitucional, existe, é certo, uma determinada margem de liberdade de configuração legislativa concreta de justa causa. O que o legislador não pode, porém, é *transfigurar* o conceito, de modo a fazer com que ele cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa», sob pena de, alargado a situações ou circunstâncias alheias, «envolver a sua transmutação substancial», cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 107/88, processo n.º 220/88, de 21 de maio de 1988, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 107/1988 (tribunalconstitucional.pt).

⁷⁴ O Tribunal Constitucional acolheu aqui os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, transcrevendo o seguinte: «quando a Constituição recebe um determinado conceito legal com um certo sentido, este fica, por assim dizer, “constitucionalizado”, deixando de estar à disposição do legislador. Por exemplo, se o conceito de “pena maior” foi recebido na Constituição (cf. art. 27.º- 3/a), com um certo sentido, não pode a lei vir alterar o conceito, de modo a modificar significativamente o sentido do preceito constitucional», cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/85, processo n.º 44/84, de 24 de abril de 1985, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 70/1985 (tribunalconstitucional.pt).

⁷⁵ O Tribunal Constitucional reconhece que se está «perante um conceito pré-constitucional, imbuído de uma concreta determinação», não sendo lícito ao legislador «proceder a uma alteração radical do conceito», cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/99, processo n.º 346/98, de 19 de janeiro de 1999, in TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 49/1999 (tribunalconstitucional.pt).

substancial»⁷⁶ ou «alteração radical»⁷⁷ do conceito de casamento, num propósito de transfiguração legislativa de um conceito pré-constitucional rececionado pela Constituição;

- d) *Limites axiológicos*: a ação legislativa também encontra limites naturais decorrentes de uma ordem de valores alicerçada nos postulados estruturais (i) do respeito pela dignidade da pessoa humana viva e concreta e (ii) do respeito pelo bem comum da coletividade.

Centremos a nossa análise subsequente nestes limites axiológicos à lei positiva.

7. Por via dos *limites axiológicos* encontramos postulados limitativos da liberdade conformadora do legislador, consubstanciando a noção de «consciência jurídica geral»⁷⁸, enquanto expressão de um fundo ético cultural⁷⁹ que, alicerçado em valores decorrentes da dignidade da pessoa humana viva e concreta e da sua vivência comunitária⁸⁰, traduzem uma pauta normativa de natureza suprapositiva e de valor supraconstitucional⁸¹.

⁷⁶ Expressão utilizada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 107/88, de 21 de maio de 1988, cit.

⁷⁷ Expressão usada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 49/99, de 19 de janeiro de 1999, cit.

⁷⁸ Sobre este conceito, cfr. A. Castanheira NEVES, «Fontes do Direito – Contributo para a revisão do seu problema», in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, II, Coimbra, 1995, pp. 65 ss.; idem, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, policop., Coimbra, 1971-72, pp. 426-h ss.; idem, «A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, Coimbra, 1979, pp. 176 ss.; idem, «O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, III, Coimbra, 1991, pp. 56-57; idem, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 48-49 e 280 ss.; Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, 2002, pp. 431 ss.; Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 252 ss. e 411 ss.

⁷⁹ Cfr. A. Castanheira NEVES, *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido*, p. 128.

⁸⁰ Sobre tais valores, cfr., por todos, A. Castanheira NEVES, *A Unidade do Sistema Jurídico: o seu problema e o seu sentido*, pp. 179 ss.

⁸¹ Cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, p. 258.

A «consciência jurídica geral», numa tentativa de objetivação da consciência individual comum⁸², fazendo da natureza sagrada e inalienável da dignidade de cada pessoa humana viva e concreta o cerne da ideia de Direito justo⁸³, à luz de um modelo baseado numa «ecologia integral»⁸⁴, envolve a afirmação de quatro postulados estruturantes⁸⁵:

- (i) O respeito e o dever de proteção (pelo Estado e por todos os demais sujeitos⁸⁶) da vida humana e de uma existência condigna a cada ser humano – o Estado não pode assumir uma postura de abstencionismo perante situações de risco ou de agressão efetiva à vida humana, antes se encontra vinculado a combater uma «cultura do descarte»⁸⁷, implementando uma «cultura da vida»⁸⁸ e um modelo de bem-estar social;

⁸² Para diferentes visões da objetivação da consciência individual, cfr. HEGEL, *Filosofia do Direito*, p. 137; Arthur KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, 5.ª ed., Lisboa, 2014, pp. 296 ss.; Augusto Silva DIAS, *A Relevância Jurídico-Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra, s.d., pp.31 ss.

⁸³ Para um desenvolvimento histórico-filosófico, especialmente centrado nos contributos de Kant e de Hegel, da centralidade da pessoa humana na construção do Direito, cfr. Karl LARENZ, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Reimp., Madrid, 1993, pp. 55 ss.

⁸⁴ Cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 137 ss. Para uma crítica a um desenvolvimento político da doutrina social da Igreja, falando num «humanismo integral», cfr., por todos, Miguel AYUSO, «La economía y la unidad de la doctrina social de la Iglesia», in Miguel Ayuso (ed.), *Derecho Natural y Economía*, Madrid, 2021, pp. 36 ss., em especial, p. 39.

⁸⁵ Adaptando o que antes se escreveu, em 2003, cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 412 ss.

⁸⁶ O dever de respeito a que cada homem está obrigado perante cada um dos restantes homens (cfr. Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 335) reconduz-se à interrogação bíblica que Caim, após ter sido questionado sobre onde estaria Abel, formula a Deus: «Sou, porventura, guarda do meu irmão?» (Gn 4, 9). Uma tal interrogação, traduzindo a centralidade histórica que a temática da proteção horizontal dos direitos do homem pelo próprio homem tem na cultura judaico-cristã, envolve uma resposta que aponta o reconhecimento de que «todo o homem é “guarda do seu irmão”, porque Deus confiou o homem ao homem» (cfr. JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae*, n.º 19).

⁸⁷ Sobre o presente conceito, cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 22. Já posteriormente, o Papa Francisco fez referência a «formas de descarte», cfr. *Gaudete et Exsultate*, Exortação Apostólica, de 19 de março de 2018, n.º 101.

⁸⁸ A expressão originária «cultura da morte» foi introduzida por JOÃO PAULO II, *Centesimus Annus*, Carta Encíclica de 1 de maio de 1991, n.º 39; idem, *Evangelium Vitae*, n.º 12, 28 e 64. Ainda sobre a designada «cultura de morte», cfr. Paulo OTERO, *A Democracia Totalitária*, pp.157 ss.

- (ii) A proibição de utilização da pessoa humana como meio (seja por ela própria⁸⁹, por terceiros ou pelo Estado), pois cada ser humano assume-se sempre como um «fim em si mesmo»⁹⁰, sujeito e autor da História e nunca seu objeto⁹¹ – a prossecução do bem comum da coletividade nunca pode ser feita instrumentalizando ou desprezando a pessoa humana, a sua dignidade e os seus direitos fundamentais vocacionados para o respetivo desenvolvimento integral⁹²;
- (iii) O bem comum da coletividade, traduzindo uma incumbência do Estado⁹³ que deverá incorporar as aspirações dos membros da sociedade sob a égide do princípio de que «o todo é superior à parte»⁹⁴, não pode, todavia, legitimar atuações do poder arbitrarias, desproporcionais, parciais ou infundadamente discriminatórias de pessoas e dos seus direitos de personalidade e de liberdade:
- O bem comum pressupõe uma «ecologia humana»⁹⁵ e integral, envolvendo as gerações futuras⁹⁶;
 - A «razão de Estado» não pode servir de cláusula geral habilitante de uma atuação do Poder atentatória da pessoa humana, da sua igual dignidade e da «casa comum» (isto é, do mundo inteiro)⁹⁷;
- (iv) O direito de recusar cometer uma injustiça e de recusar participar na prática de uma injustiça, traduzindo um direito fundamental⁹⁸,

⁸⁹ Desenvolvendo esta vertente da dignidade do homem perante si próprio, cfr. Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, p. 335.

⁹⁰ Sublinhando esta mesma ideia de o homem ser sempre um fim em si mesmo, cfr. Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, pp. 335-336; idem, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Porto, Porto Editora, 1995, pp. 66 ss.

⁹¹ Cfr. FRANCISCO, *Evangelii Gaudium*, Exortação Evangélica, de 24 de novembro de 2014, n.º 213; idem, *Laudato Si'*, n.º 81.

⁹² Neste último sentido, cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 157.

⁹³ Cfr. FRANCISCO, *Evangelii Gaudium*, n.º 240.

⁹⁴ Cfr. FRANCISCO, *Evangelii Gaudium*, n.º 234 ss. Adapta-se aqui um velho axioma romano, formulado por Boécio, no seu *De hebdomad*, rececionado por S. Tomás de Aquino, «o todo é maior do que a parte» (in *Suma de Teologia*, I-II, q.94, a.2).

⁹⁵ Cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 156.

⁹⁶ Cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 159 ss.

⁹⁷ Cfr. FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 155.

⁹⁸ Neste sentido, cfr. JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae*, n.º 74. Para mais desenvolvimentos sobre este direito fundamental, cfr. Paulo OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, 1.º tomo, Lisboa, 1998, p. 185; idem, «O direito fundamental a não participar num

envolve o reconhecimento de mecanismos de autotutela privada ou de resistência contra atos «jurídicos» intrinsecamente injustos.

8. Os postulados jurídicos resultantes da «consciência jurídica geral» traduzem princípios jurídicos fundamentais que, independentemente da sua consagração positiva, por via do Direito interno ou do Direito Internacional, partilham quatro características essenciais⁹⁹:

- (i) A sua irrevogabilidade por quaisquer fontes voluntárias e, por consequência, o reconhecimento da natureza de princípios supremos dentro do ordenamento jurídico¹⁰⁰, dotados de uma especial força geradora da invalidade de todas as restantes normas que os contrariem¹⁰¹;
- (ii) A transnacionalidade que, decorrendo da dimensão ético-valorativa subjacente, lhes retira uma operatividade circunscrita a um Estado, antes fazendo deles princípios comuns a todos os Estados que comungam de uma mesma identidade cultural de matriz judaico-cristã;
- (iii) A vocação para uma expansibilidade universal, assistindo-se ao desenvolvimento de uma dinâmica que pretende alargar os valores fundamentadores destes princípios em denominador comum de toda a comunidade internacional – o Direito internacional geral ou comum dos direitos humanos é o exemplo;
- (iv) A tendencial imutabilidade temporal, sem prejuízo de se observar que o processo histórico traduz uma revelação e um aprofundamento progressivos de tais diretrizes pré-estaduais e supraestaduais.

9. Independentemente da discussão em torno da existência de um «consenso social», o certo é que, traduzindo tais postulados o cerne axiológico constitutivo da materialidade dos princípios jurídicos fundamentais

acto injusto», in P. Barbas Homem, E. Vera-Cruz Pinto, G. Portocarrero de Almada e P. Teixeira Pinto (orgs.), *João Paulo II e o Direito. Estudos por ocasião do 25.º aniversário do seu pontificado*, Cascais, 2003, pp. 129 ss.

⁹⁹ Cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 389-390.

¹⁰⁰ Cfr. Maria Paola Viviani SCHLEIN, *Rigidità Costituzionale. Limiti e graduazioni*, Torino, 1997, p. 76.

¹⁰¹ Neste último sentido, cfr., por todos, Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, policop., Coimbra, 1976, pp. 293 ss. E, em termos especificamente vocacionados para o Direito Constitucional, cfr. Otto BACHOF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, Coimbra, 1977, pp. 40 ss.

decorrentes da «consciência jurídica geral», enquanto elementos estruturantes de toda a ordem jurídica e que gozam de uma força prevalecente relativamente a todas as restantes fontes, suscita-se aqui uma interrogação central¹⁰²: como se revela a «consciência jurídica geral»?

Cumprir tornar claro, em primeiro lugar, que a «consciência jurídica geral» não se identifica necessariamente com o «consenso social» maioritário: por um lado, a maioria não é critério de verdade e nem sempre envolve a garantia de uma «consciência jurídica geral» justa, antes o princípio maioritário conhece limites¹⁰³; por outro lado, em tempos de relativismo ético e de desorientação moral, perante a fácil instrumentalização das consciências pelos meios de comunicação social e as redes sociais, encontram-se na sociedade sectores e períodos de ofuscamento ou obscurecimento do valor inviolável da dignidade humana.

Naturalmente, a «consciência jurídica geral» não pode deixar de tomar em consideração os «padrões culturais dominantes numa sociedade»¹⁰⁴ que, formando uma espécie de «espírito comum»¹⁰⁵, justificam o carácter *geral* dessa «consciência jurídica». No entanto, nem todos os padrões culturais dominantes de uma sociedade se podem ter *a priori* como válidos, daí que nem todos eles integram a «consciência jurídica geral», tal como esta não se esgota nestes.

A circunstância de se tratar de uma consciência *jurídica* significa que os próprios elementos reveladores do respetivo carácter *geral* da consciência se têm de submeter ao crivo da justiça, enquanto tarefa de reconhecimento dos juristas sufragada pela *communis opinio*¹⁰⁶.

A «consciência jurídica geral» encontra o seu referencial último gerador do *consensus* comunitário dentro de cada homem: tendo cada homem nas profundezas do seu coração a «nostalgia da verdade absoluta e a sede

¹⁰² Segue-se aqui, de perto, sem prejuízo de pontuais alterações, aquilo que já antes, desde 2003, se escreveu sobre o tema, cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 413 ss.

¹⁰³ Para mais desenvolvimentos, neste último sentido, cfr. Paulo OTERO, *A Democracia Totalitária*, pp. 171 ss.

¹⁰⁴ Cfr. Fernando José BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, p. 433.

¹⁰⁵ Cfr. A. Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*, p. 280.

¹⁰⁶ Sobre o papel dos juristas, cfr., por todos, Ruy de ALBUQUERQUE, «Direito de Juristas – Direito de Estado», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLII, n.º 2, 2001, pp. 751 ss., em especial, p. 791.

de chegar à plenitude do seu conhecimento»¹⁰⁷, é no fundo da sua própria consciência que «o homem descobre uma lei que não impôs a si mesmo, mas à qual deve obedecer»¹⁰⁸.

Existe, deste modo, utilizando as palavras de João Paulo II, «uma lei moral objetiva que, enquanto “lei natural” inscrita no coração do homem», serve de «ponto normativo de referência para a própria lei civil»¹⁰⁹.

A consciência, sendo «o núcleo mais secreto e o santuário do homem»¹¹⁰, é a morada da incessante luta do ser humano pelo conhecimento da verdade e pela revelação do sentido último de justiça que serve de base axiológica à «consciência jurídica geral». É na fidelidade à voz da consciência reta que, unindo cada ser humano a todos os demais na busca da verdade¹¹¹, se encontra um apelo a optar pelo bem e a evitar o mal.

Ora, é nesta comunhão de consciências retas geradoras de valores comprometidos com o bem de cada ser humano e a sua articulação com o bem comum da sociedade que se forma o *consensus* comunitário que alicerça a «consciência jurídica geral»: a ordem axiológica suprapositiva parte do ser humano e encontra no ser humano o seu referencial teleológico; o ser humano surge como autor e destinatário do Direito, radicando na sua dignidade o fundamento último de uma ordem jurídica axiologicamente justa.

Os juristas têm aqui um papel insubstituível na revelação da «consciência jurídica geral» através da determinação da justiça em concreto de uma ordem jurídica: «só quando reconhecida como justa pelos juristas a lei se pode ter como direito»¹¹².

Nos juízes, por um lado, segundo um modelo de organização constitucional que confere ao poder judicial a última palavra na aplicação do

¹⁰⁷ Cfr. JOÃO PAULO II, *Veritatis Spondor*, Carta Encíclica de 6 de agosto de 1993, n.º 1.

¹⁰⁸ Cfr. *Constituição Pastoral «Gaudium et Spes»*, de 7 de dezembro de 1965, n.º 16. Em igual sentido, cfr. JOÃO PAULO II, *Veritatis Spondor*, n.º 54.

¹⁰⁹ Cfr. JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae*, n.º 70. Recorde-se que a ideia de uma lei gravada por Deus no coração dos homens encontra o seu fundamento em Santo Agostinho, numa adaptação do pensamento de Cícero (v. *supra*, n.º 1).

¹¹⁰ Cfr. *Constituição Pastoral «Gaudium et Spes»*, n.º 16.

¹¹¹ Cfr. *Constituição Pastoral «Gaudium et Spes»*, n.º 16.

¹¹² Cfr. Ruy de ALBUQUERQUE, «Direito de Juristas – Direito de Estado», p. 791.

Direito, e no pensamento dos peritos universitários¹¹³, por outro, desenvolvendo uma atividade crítica e construtiva da ciência, se poderá alicerçar a «consciência ética da comunidade»¹¹⁴, sabendo-se que essa consciência é hoje, cada vez mais, dotada de uma dimensão internacional ou universal: a «consciência jurídica geral», enquanto expressão de uma dimensão axiológico-normativa fundada na dignidade da pessoa humana e envolvendo a ideia de um ordenamento jurídico baseado na justiça, traduz um imperativo reconhecido por toda a Comunidade Internacional, sem prejuízo das suas diferentes manifestações e configurações.

10. Toda a atuação legislativa que atentar contra tais limites axiológicos suprapositivos determina leis escritas inválidas, isto ainda que sejam leis constitucionais – estaremos, neste último domínio, diante das designadas normas constitucionais inconstitucionais¹¹⁵.

Relativamente a tais leis escritas inválidas, por violação de limites axiológicos naturais, existe direito de resistência, se lesivas de direitos e liberdades fundamentais, ou até mesmo um direito de desobediência, se contrárias ao bem comum, desde que a desordem resultante do seu incumprimento não envolva um dano superior ao que decorre da obediência¹¹⁶.

Nem se poderá excluir, como já antes escrevemos¹¹⁷, que, verificando-se uma situação de tirania visível, prolongada e gravemente ofensiva dos mais elementares direitos humanos e do bem comum, se tenha como legítima a insurreição revolucionária, desde que dela não resulte um mal maior do que aquele que se procura combater¹¹⁸.

¹¹³ Sublinhando o papel dos ensinamentos dos peritos (doutores) na revelação da justiça do Direito, cfr., por todos, Ruy de ALBUQUERQUE, «Direito de Juristas – Direito de Estado», pp. 790 ss.

¹¹⁴ Neste sentido, cfr. A. Castanheira NEVES, «O papel do jurista no nosso tempo», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLIV, 1968, pp. 135 e 136.

¹¹⁵ Cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 24, 412 e 569-570.

¹¹⁶ Neste sentido, cfr. S. Tomás de AQUINO, *Suma de Teologia*, I-II, q.96, a.4.

¹¹⁷ Cfr. Paulo OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, I, p. 607.

¹¹⁸ Neste sentido, cfr. PAULO VI, *Carta Encíclica «Populorum Progressio»*, de 26 de março de 1967, n.º 31.

Direito Natural, Direitos Humanos e Ecologia Integral

António Cortês

Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito

1. Direito Natural é aquele que é universalmente justo e bom

O conceito de Direito Natural (e de Lei Natural) variou certamente ao longo da história¹. A questão de saber que normas ou princípios seriam de Direito Natural foi objeto de discussão e dissenso ao longo de mais de dois milénios². É, todavia, possível identificar um denominador, uma ideia comum. Desde logo, o Direito Natural foi sempre associado a um Direito que não dependeria do poder ou da autoridade³ e que seria mais universal do que o aprovado por cada povo. Seria um Direito com uma legitimidade moral prévia à autoridade política, mas que, precisamente por ser independente do poder, não estaria amparado pelo aparelho coercivo do poder público ou do Estado. Não haveria polícia, nem tribunais, nem prisões para o aplicar coercivamente. Por isso, os jusnaturalistas clássicos e modernos nunca abdicaram de fazer também apelo ao Direito decretado pelo poder, isto é, às leis e tribunais instituídos na comunidade política. O Direito Natural nunca pretendeu substituir as leis e o Direito positivo, mas antes afirmar-se como pressuposto ou limite moral desse Direito positivo.

Atualmente, a ideia de Direito Natural está em geral excluída das discussões filosóficas sobre os fundamentos do Direito e já muito poucos

¹ Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.^a ed., Munique, Beck, 1977, pp. 505-520.

² Para uma panorâmica geral das doutrinas de direito natural ao longo da história, Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, e, embora apenas até Lutero, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie; Antike und Mittelalter*, 2.^a ed. Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

³ Ver Leo STRAUSS, *Direito Natural e História*, introd. e trad. Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 74: «O surgimento da ideia de direito natural supõe, portanto, que se duvida da autoridade».

juristas e filósofos a defendem. Nós próprios chamámos a atenção para as dificuldades que hoje se levantam à possibilidade de defesa de um Direito Natural, embora reconhecendo a importância do «legado jusnaturalista» para a compreensão do pós-positivismo, em especial ao nível do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional⁴. Aqui, queremos, porém, levar mais longe a hipótese jusnaturalista, reconhecendo que pode fazer sentido, ainda hoje, falar de jusnaturalismo, ou, pelo menos, reafirmar em novos moldes o valor da tradição jusnaturalista.

Os fundamentos e os limites das Constituições dos Estados, das Convenções de Direitos Humanos e das Declarações e Resoluções das Nações Unidas sobre Proteção do Meio Ambiente não se encontram apenas nelas próprias, mas pressupõem o exercício da razão prática e o conhecimento da natureza humana e da natureza em geral. Além disso, o respeito ou consideração pela razão natural, pela natureza humana e pelas leis da natureza podem ser especialmente relevantes na nossa era tecnológica, cuja radicalidade aponta para um futuro de novos riscos para a humanidade ligados à inteligência artificial, à engenharia genética, e à ultrapassagem dos chamados limites planetários no Antropoceno. Por fim, e principalmente, é sempre preciso procurar um direito melhor e mais justo do que o direito positivamente instituído ou até culturalmente aceite. Ora o direito natural foi sempre a expressão emblemática dessa «luta»⁵ ou não resignação em face dos dados do direito positivo.

Talvez o adjetivo «natural» não seja perfeito para designar o tipo de fundamentação racional do Direito que está em causa⁶. Com efeito, não está em causa a defesa de um Direito inferido diretamente do ser, que se enrede na falácia naturalística⁷. Nem tão-pouco a defesa de um naturalis-

⁴ António CORTÉS, «Princípios de Direito Natural em Suárez», in Manuel Braga da Cruz e António Vaz Pinto, s.j. (coords.), *Francisco Suárez nos 400 Anos da sua Morte*, Lisboa, Universidade Católica Editora 2019, pp. 38-41.

⁵ Vendo a invocação da «natureza» como uma «arma» ou um «meio de luta», Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, cit., p. 243.

⁶ Mark MURPHY, *Philosophy of Law: The Fundamentals*, Malden/Oxford, Blackwell, 2007, pp. 35-36.

⁷ Explicando como o jusnaturalismo, mesmo em S. Tomás de Aquino, não incorre na «falácia naturalística» de inferir normas automaticamente a partir de meros factos, John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 2.^a ed., Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2011, pp. 33-36.

mo alheio a valores⁸ e à liberdade responsável do ser humano. Está sim em causa um Direito que não é fruto da deliberação do poder, mas antes de pressupostos que são prévios a esse poder e o condicionam. Direito «natural» será, pois, aquele cuja bondade, justiça e legitimidade moral não dependem do poder dos Estados ou das convenções de cada povo. É com este sentido que a expressão foi sendo interpretada ao longo da história.

A mais importante definição de Direito Natural remonta ao jurisconsulto romano Júlio Paulo, falecido na primeira metade do século III. Tal definição integrava a parte mais destacada do *Corpus Iuris Civilis*, o Digesto, que marcou decisivamente a cultura europeia a partir do século XII. Eram estas as palavras do jurisconsulto Paulo constantes do Digesto: «Direito natural é aquele que é sempre justo e bom» (D. 1.1.11)⁹.

Sendo a Justiça e o Bem os dois mais elevados valores morais, esta definição, que apontava para aquilo que é «sempre» justo e bom, ligava o Direito a uma moral universal e eterna que transcenderia o Direito estabelecido e que teria relevância na sociedade civil e política.

Hoje, não podemos simplesmente abdicar da consciência de que, tal como todas as realidades humanas, também o Direito é histórico e cultural¹⁰, forma-se no tempo¹¹ e através da linguagem¹². E, nesse sentido, no que concerne o Direito Natural, ele não existirá, enquanto objeto cognoscível, totalmente isento das (in)determinações da linguagem, nem vinculará sem o necessário reconhecimento civilizacional assente na convergência de opiniões. Assim, se quisermos tornar a noção de Direito Natural plau-

⁸ Criticando os excessos do naturalismo ético, Max SCHELER, *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 15.ª ed., Bona, Bouvier Verlag, 2002, pp. 81-84.

⁹ D. 1.1.11: «*id quod semper aequum ac bonum [...] est ius naturale*».

¹⁰ Sobre a definição do Homem em termos de «cultura humana», Ernst CASSIRER, *An Essay on Man: An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1944 (1992), pp. 63-71. Sobre o Direito como «fenómeno cultural», Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5.ª ed., Berlim/Nova Orque, Walter de Gruyter, 1993, esp., pp. 131-136.

¹¹ Arthur KAUFMANN, «Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt», in *Über Gerechtigkeit*, Colónia/Berlim, Bona/Munique, Heynmann, 1993, pp. 201-207.

¹² Arthur KAUFMANN, «Über Sprachlichkeit und Begrifflichkeit des Rechts», in *Über Gerechtigkeit*, cit., pp. 169-185.

sível, teremos não só de admitir a possibilidade de questionar e discutir o seu conteúdo, mas também a possibilidade de poderem ser revelados novos conteúdos em função daquilo que é a história da humanidade. De qualquer forma, o Direito Natural terá de ser não só justo e bom, mas também universal (embora não eterno).

Eis, pois, a noção de Direito Natural de que partimos, inspirados na jurisprudência romana, mas reconhecendo a temporalidade de todo o Direito:

Direito Natural é aquele que é universalmente justo e bom.

Será, porém, possível, na pós-modernidade, admitir a existência de um Direito Natural enquanto Direito universalmente justo e bom?

Numa primeira aproximação, julgamos que é útil chamar a atenção para o facto de que a mais clara herança do Direito Natural no nosso tempo são os chamados Direitos Humanos. É o que explica Joseph Ratzinger. Segundo o teólogo alemão, da tradição do Direito Natural parece ter restado pelo menos um «último elemento», que são «os direitos humanos»¹³, a que seria talvez hoje de acrescentar uma doutrina das «obrigações humanas» e das «limitações do homem»¹⁴. Ainda segundo Ratzinger, há uma linha de continuidade em toda a tradição do Direito natural que, partindo da ligação, na Antiguidade Clássica, entre a filosofia estoica e a jurisprudência romana, atravessa a Idade Média cristã e o Iluminismo até se chegar à Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵.

Os Direitos Humanos são precisamente, na contemporaneidade, o mais elementar conjunto de conteúdos normativos que se podem considerar «universalmente justos e bons» e, por isso mesmo, com uma legitimidade independente dos poderes públicos existentes em cada Estado, incluindo o próprio poder constituinte. Como diz Kriele, referindo-se à origem dos direitos: «Os direitos constitucionais são *Direito positivo*; os direitos humanos são *Direito natural*.»¹⁶

¹³ Joseph RATZINGER, *Europa. Os seus Fundamentos Hoje e Amanhã*, 2.^a ed., Paulus Editora, p. 85.

¹⁴ *Ibidem*. Note-se que Ratzinger não estabelece uma linha de rutura entre o Direito Natural Clássico e o Direito Natural Moderno como muitas vezes se faz.

¹⁵ BENTO XVI, *Discurso ao Bundestag*, Berlim, 22 de setembro de 2011, e Wolfgang WALDSTEIN, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg, Sankt Ulrich, 2010, p. 11.

¹⁶ Ver Martin KRIELE, *Einführung in die Staatslehre*, 5.^a ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1994, p. 132 e WALDSTEIN, *Ins Herz geschrieben*, cit., p. 62.

2. Direito Natural na Declaração Universal dos Direitos Humanos

A mais espetacular tentativa do nosso tempo de definir textualmente um Direito universalmente justo e bom encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tratada como um «texto quase sagrado» pelos seus apoiantes e como «uma mal engendrada peça de má filosofia» pelos seus críticos¹⁷, não restam dúvidas de que constitui um inegável esforço – com as inevitáveis lacunas e falhas de qualquer obra humana – de codificar o núcleo de princípios constituintes de um direito universalmente justo e bom no nosso tempo.

A Declaração Universal demonstrou, no pós-guerra, que, apesar das objeções de que padeciam as tentativas teóricas de recuperação do Direito Natural, era possível chegar a um consenso sobre diversos conteúdos normativos que se poderiam considerar universalmente justos e bons, e deveriam, assim, orientar as Constituições dos Estados e referenciar o Sistema Jurídico Internacional. A Declaração Universal foi aprovada por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, e fruto do diálogo entre personalidades com diferentes concepções ou mundividências culturais, filosóficas, religiosas e políticas. Depois de ampla discussão, esse documento teve a aprovação dos representantes de praticamente todos os Estados à época pertencentes à ONU, incluindo os países asiáticos como a China, e contou apenas com oito abstenções: seis Estados comunistas da extinta União Soviética, a Arábia Saudita e a África do Sul do Apartheid¹⁸.

Os preceitos da Declaração Universal valem porque foram reconhecidos como universalmente justos e bons e não tanto por terem sido pactuados entre os Estados.

A ligação da Declaração Universal à tradição do Direito Natural é fácil de comprovar. A «pedra angular»¹⁹ da Declaração Universal encontra-se no seu artigo 1.º: «Todos os seres humanos nascem livres e iguais em

¹⁷ Michael FREEMAN, *Human Rights*, 3.ª ed., Cambridge/Malden, Polity Press, p. 42.

¹⁸ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 21-28.

¹⁹ Sobre o carácter nuclear deste artigo 1.º da Declaração Universal, verdadeira «pedra angular» e «fundamento» de todos os seus artigos, ver Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 114.

dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.»

Este artigo fala de liberdade, igualdade, dignidade, razão, consciência e fraternidade – ideias-chave que encontram raízes nos caminhos da milenar tradição jusnaturalista.

É frequente fazer-se remontar ao jusracionalismo de John Locke a ideia de que o cerne da lei natural estaria na «liberdade» e na «igualdade». Mas a única originalidade de Locke foi ter destacado e levado a sério as consequências do que já se encontrava na tradição jurídica romanística, inspirada na filosofia dos estoicos que afirmavam a «liberdade e igualdade natural dos seres humanos»²⁰. Com efeito, no início das Instituições e do Digesto, onde se contêm as bases ou fundamentos elementares do direito, afirma-se: «por direito natural, todos nasceram livres» (I. 1.5 e D.1.1.4). E no último título do Digesto, que é uma lista de princípios gerais de direito (*regulae iuris*), diz-se: «No que respeita ao direito natural, todos são iguais» (D. 50.17.32)²¹.

Por seu turno, a ideia de «fraternidade» pode ser sumariada na regra de ouro: «Faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti» e «Não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti» – que, como veremos, era apresentada por diversos teólogos cristãos como síntese do Direito Natural.

A «consciência» era também um dos elementos cruciais da breve passagem bíblica que fundou toda a doutrina cristã da «lei natural», baseada na ideia de que haveria mandamentos ou princípios básicos ou de maior evidência que, independentemente das práticas e instruções religiosas, estariam escritos no coração da generalidade das pessoas e que se refletiriam no concreto juízo da sua consciência: «Quando os gentios que não têm a Lei [a Torah de Israel], por natureza agem segundo a Lei, eles [...] são lei para si próprios. Esses mostram que *o que a Lei manda praticar está escrito nos seus corações, como resulta do testemunho da sua*

²⁰ Toni HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2.^a ed., Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2002, p. 88. Ver, também, Juan Manuel Blanch NOUGUÉS, «Ius, iustitia y persona», *Revista General de Derecho Romano* 10, 2008, p. 15, in opendata.dspace.ceu.es

²¹ Ver Toni HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, cit., p. 81. Para os estoicos, que como vimos influenciaram Ulpiano, «marido e mulher» seriam iguais e não haveria «escravos por natureza».

consciência.»²² Por fim, a «razão» de que os seres humanos são dotados era a chave do Direito Natural moderno de Grócio, Locke ou Pufendorf, e também, embora de forma diversa, S. Tomás de Aquino e Kant fundavam as exigências universais da moral e do direito na «razão prática» inerente ao género humano.

Em suma, o artigo 1.º da Declaração Universal, que é, como dissemos, a sua «pedra angular», pode, pois, ser visto como uma súpula da tradição do Direito Natural. É Direito Natural puro. Todos os seus conceitos são chaves significantes da tradição do Direito Natural.

3. O Direito Natural além da crise dos referentes metafísicos: natureza, razão e Deus

Historicamente o Direito natural fundou-se na natureza, na razão e/ou em Deus. Ora a Declaração Universal dos Direitos, que é a mais perfeita expressão do jusnaturalismo contemporâneo, evitou a referência expressa «a Deus» e à «natureza»²³, que foram ao longo dos tempos reconhecidos como fontes do Direito Natural. No entanto, a Declaração Universal afirma que os seres humanos são dotados de «razão» e, além disso, reconhece o carácter «inerente» e «inalienável» da dignidade e dos direitos, tendo por isso sido considerado que era desnecessária a referência à «natureza». Ficou, pois, claro que os direitos humanos são «inerentes» às pessoas e não dependem de causas extrínsecas como «governos, tribunais, legisladores ou assembleias internacionais»²⁴.

O ceticismo pós-moderno parece tornar insustentável a defesa contemporânea do Direito Natural. Com efeito, as grandes narrativas baseadas em fundamentos últimos – como Deus, a natureza, ou a razão – parecem ter perdido plausibilidade²⁵. Os princípios fundacionais em que se sustentava o Direito Natural parecem todos eles em crise, numa época em que o voluntarismo e o contextualismo tendem a dominar. Um pós-moderno, como Derrida, tentará deixar claro que é ilusório tentar organizar o discurso

²² *Rm 2*, 14-15, ver BENTO XVI, *Discurso ao Bundestag*, Berlim, 22 de setembro de 2011.

²³ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., pp. 284-290.

²⁴ Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights*, cit., pp. 30-31.

²⁵ Ver Douglas E. LITOWITZ, *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997, pp. 7, 10-11, 14, 36-37.

em torno de «significantes transcendentais» como «Deus, a realidade ou a ideia de Homem»²⁶.

Entendemos, porém, que, mesmo na Pós-modernidade, pode fazer sentido falar da natureza humana, da razão prática e até porventura (e num sentido ecuménico) de Deus, como ideias referenciadoras na procura do que seja o Direito universalmente justo e bom, a que chamamos Direito Natural. Vejamos de que forma e em que sentido.

3.1. A natureza humana

A Modernidade transformou a visão da natureza vendo nela uma soma de fenómenos ligados por relações de *causa-efeito*, diversamente do que sucedia na pré-modernidade em que a natureza era vista de acordo com uma certa *teleologia*. Na pré-modernidade, a natureza era vista de modo finalístico. O conhecimento da natureza não se centrava nas causas eficientes, mas nas causas finais ou formais. Paradigmaticamente em Aristóteles, a natureza de algo é o seu fim, o seu valor, o bem que se atualiza num processo de desenvolvimento²⁷. Como diz Höffe: «A clara distinção entre os factos naturais, o ser, e as normas ideais, o dever, era deste modo contornada»²⁸.

Ora sem este idealismo inerente à visão da natureza é evidente que qualquer tentativa de retirar o dever ser do ser incorrerá na falácia naturalística, na insustentável pretensão de inferir normas morais diretamente da mera observação de fenómenos naturais.

Não defendemos o teleologismo nos exatos termos de Aristóteles, e especialmente as interpretações mais reducionistas do seu pensamento, que ignorem a especificidade racional e cultural dos seres humanos e a sua liberdade. Contudo, é útil não perder de vista que existe uma natureza humana e que esta não é irrelevante para o Direito.

²⁶ Christopher BUTLER, *Postmodernism: A Very Short Introduction*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2002, p. 20.

²⁷ Hans WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, cit., pp. 29-33.

²⁸ Otfried HÖFFE, *Gerechtigkeit: Eine philosophische Einführung*, Munique, Beck, 2001, p. 44.

MacCormick defende: «O que é justo nós fazermos e o que é bom nós fazermos são questões que dependem da e remetem para a nossa comum natureza humana. Nessa medida, existe “direito natural” .»²⁹

Nós próprios, em diálogo com o existencialismo de Sartre e o pós-modernismo de Foucault, que negam a existência de uma natureza humana, dissemos: «a rejeição do carácter absolutamente determinante da natureza humana não implica a sua irrelevância. Há uma experiência comum que nunca é irrelevante para o Direito. Nessa medida, Sartre e Foucault exageram»³⁰.

Numa passagem do Digesto encontra-se uma definição de Direito Natural, da autoria de Ulpiano, diferente daquela em que nos baseámos, proveniente do jurisprudente Paulo. Dizia Ulpiano que o Direito Natural é aquele que «a natureza ensina a todos os animais» (D. 1.1.3). Esta afirmação não pode negar que existe uma *natureza especificamente humana*, que o ser humano, mesmo que se defenda uma certa continuidade das espécies, não é um animal como os outros. É verdade, porém, que há bens que o são para todos os animais, sem excetuar os seres humanos. Como explica MacCormick: «Estar vivo é preferível a sofrer uma morte prematura. A saúde é preferível à doença. Ter abrigo é preferível a ser obrigado a dormir ao relento. [...] Membros sadios são preferíveis a membros partidos ou frágeis. Ter alimento suficiente é preferível a passar fome. A água limpa é melhor do que a salobra ou poluída», «a amizade é preferível à inimizade»³¹.

A natureza humana tem, porém, uma relevante especificidade: «a natureza humana [...] não é uma natureza fechada»³². O ser humano é um animal dotado de palavra. A linguagem verbal estrutura o pensamento humano e permite formas de raciocínio, de livre autodeterminação, e de cooperação e organização social muito mais complexas ou elaboradas do que qualquer outro animal. Permite a cultura e, com isso, práticas culturais altamente sofisticadas como a política, a economia, a religião ou o Direito (o

²⁹ Neil MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2008, p. 200.

³⁰ António CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios: Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 154.

³¹ Neil MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., p. 30.

³² Robert GEORGE, «Natural Law and Human Nature», in Robert George (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon, 1992 (2007), p. 39.

próprio desvendamento do Direito Natural, do Direito universalmente justo e bom, só é possível por mediação da linguagem). Mas isso não significa que não haja uma experiência humana comum, traços típicos do humano, uma natureza humana que, por entre todas as complexidades, nos leva a admitir que há bens e males que, sem prejuízo de circunstâncias excepcionais, parecem relativamente evidentes.

Fazendo também referência à natureza humana, Kriele explica que «a natureza humana é [...] mais complexa do que qualquer espécie animal e apenas se pode conceber de forma ideal-típica. Pois o ser humano exhibe muito mais individualidade do que o animal»³³. Apesar disso, seria possível conceber em termos relativamente universais o que é contrário à natureza humana. Um teste simples para superar as dificuldades intelectuais na definição da natureza humana seria, segundo o filósofo alemão, pensar nas inúmeras formas de sanções criminais que foram aplicadas ao longo da história do direito e nos bens de que elas constituíam privação: «a vida, a integridade física, a liberdade, a igualdade de direitos, a honra e a dignidade, a propriedade, a família, a profissão [...], a atividade cultural ou espiritual, o salário no trabalho forçado e assim por diante». Conclui, pois, Kriele: «Sabia-se muito bem o que causava dor, o que fazia sofrer, o que inspirava medo ou terror, sucintamente: o que contrariava a natureza humana.»³⁴

Também Martha Nussbaum, embora evite o termo «natureza humana», fundamenta os direitos humanos numa específica visão da natureza humana³⁵, baseada não em características atualizadas, mas em capacidades a desenvolver. No essencial, a autora conjuga uma visão estoica da igual dignidade de todos os seres humanos com uma visão aristotélica da vulnerabilidade humana³⁶. Elenca 10 capacidades centrais que tipicamente correspondem a todos os seres humanos, e que devem ser potenciadas

³³ Martin KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.^a Ed., Münster, Lit Verlag, 2004, p. 166.

³⁴ Martin KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, cit., p. 167.

³⁵ Harun TEPE, «Rethinking Human Nature as a Basis for Human Rights», in Marion Albers, Thomas Hoffmann, Jörn Reinhardt (eds.), *Human Rights and Human Nature*, Dordrecht/Heidelberg/Nova Iorque/Londres, Springer, 2014, pp. 67-72.

³⁶ Martha NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Cambridge/Massachusetts/Londres, Harvard University Press, pp. 132-141.

e desenvolvidas³⁷ nos diferentes contextos políticos, económicos, sociais e culturais³⁸. Essas capacidades seriam em síntese: 1. a vida, 2. a saúde, 3. a integridade física, 4. os sentidos, a imaginação e o pensamento, 5. as emoções, 6. a razão prática, 7. a relação com os outros, 8. a relação com as outras espécies e com a natureza; 9. o divertimento, 10. o controlo sobre o ambiente político e material³⁹.

Para Martha Nussbaum, o florescimento das capacidades inerentes aos seres humanos ao longo de uma vida fértil e realizada conduz, tal como a prática das virtudes em Aristóteles, à «felicidade». O Estado trata as pessoas como «fins em si» na medida em que potencie esse florescimento das capacidades humanas. Esta perspetiva de Nussbaum baseada numa natureza humana dinâmica é muito útil para compreender hoje os direitos humanos⁴⁰, como desenvolvidamente explica Johannes Morsink⁴¹.

3.2. A razão prática

Na pós-modernidade, a ideia de uma razão prática universal parece em crise. O jogo cultural das significações seria potencialmente infinito e tudo seria, portanto, culturalmente relativo. Não duvidamos de que muito do que somos é culturalmente construído e depende da personalidade individual. Não podemos, todavia, aceitar a ideia de que não há qualquer estrutura universal no nosso pensamento, mesmo que muitas das nossas ideias sejam culturalmente relativas. E pensamos que quando a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que os seres humanos são «dotados de razão e consciência» o que se pretende é fundar os direitos e os deveres humanos em valores intersubjetivamente partilhados, mas também em estruturas universais da razão prática.

A faculdade da razão é limitada, é condicionada por fatores neurológicos, emocionais e culturais. Mas existe. E permite, apesar de todos os

³⁷ *Idem*, p. 137: «as capacidades humanas surgem no mundo de forma nascente e não desenvolvida e exigem apoio do ambiente [...] para evoluírem de uma forma concordante com a dignidade humana».

³⁸ *Idem*, pp. 149-157.

³⁹ *Idem*, pp. 33-34; *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2000 (2008), pp. 78-80.

⁴⁰ Martha NUSSBAUM, *Women and Human Development*, cit., pp. 96-101.

⁴¹ Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights*, cit., pp. 161-185.

condicionamentos, conhecer com alguma objetividade a realidade humana e, até, (com apoio na experiência e nos sentimentos) os direitos básicos decorrentes da dignidade humana que constituem «o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo»⁴².

A ideia de Direito Natural parte essencialmente do pressuposto de que os seres humanos são possuidores da faculdade da razão prática, isto é, da capacidade de distinguir entre o bem e o mal, o justo e o injusto. Mesmo que por vezes essa distinção seja *difficil*, em especial quando a vida coloca o agente perante a escolha entre dois bens (que devem ser ponderados) ou até perante a escolha trágica entre dois males (Aristóteles recorria neste último caso ao princípio do mal menor)⁴³. A ideia de Direito Natural assenta também no conhecimento de determinadas constantes da realidade humana, correspondentes a uma experiência humana comum, que se designa por natureza humana, e que é objeto da razão teórica ou cognoscente.

O primeiro princípio da razão prática universal (ou da lei natural) foi exemplarmente enunciado por S. Tomás de Aquino: «Evitar o mal e fazer o bem» («O bem deve ser feito [...], o mal, evitado»⁴⁴). Nisto consistiria também a justiça na sua forma mais integral⁴⁵.

Mas há testes racionais para sabermos quando estamos a fazer o bem e evitar o mal. O mais divulgado é a chamada «regra de ouro». A regra de ouro é «a mais popular forma tangível» da razão, é o enquadramento racional das nossas intuições morais⁴⁶. Esta regra tem expressão em muitas culturas e diferentes pensamentos⁴⁷, e, pelo menos na sua fórmula negativa, ela exprime uma forma de raciocínio ao alcance de qualquer criança.

⁴² Ver o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

⁴³ ARISTÓTELES afirmava: «incluo no número das coisas boas [...] a troca de um mal maior por um menor» (*Retórica*, 1369b, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1998, p. 83). Nem sempre é, porém, fácil saber o que seja em concreto o mal menor.

⁴⁴ S. Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, São Paulo, Edições Loyola, 2005, vol. 4, I-II, qu. 94, art. 2º.

⁴⁵ *Idem*, vol. 6, II-II, qu. 79, art. 1º.

⁴⁶ Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights*, cit., p. 56.

⁴⁷ Ver, especialmente, Theo MAYER-MALY, *Rechtsphilosophie*, Viena/Nova Iorque, Springer, 2001, pp. 47-54.

Muitos teólogos, como Santo Agostinho⁴⁸, Graciano⁴⁹ ou Suárez⁵⁰, e filósofos, como Hobbes⁵¹, sintetizavam ou faziam culminar o Direito Natural na regra de ouro.

A fórmula negativa da regra de ouro é a seguinte: «Não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti»⁵². A fórmula positiva é mais exigente e reza assim: «Faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti.»⁵³

Esta regra, apesar de não poder operar sem intuições ou sentimentos morais⁵⁴, tem carácter lógico ou racional, é uma questão de coerência. Supõe também a capacidade racional e sincera (para além da disposição emocional e volitiva) de nos colocarmos hipoteticamente na situação do outro e de colocarmos o outro na nossa posição. A regra de ouro é um processo de pensamento baseado na inversão hipotética de posições. Por um lado, pressupõe que o outro está em condições de ser lesado ou auxiliado. Por outro lado, a regra de ouro pressupõe que podemos omitir o comportamento ou praticar a ação sem sacrifício excessivo para nós próprios⁵⁵. Isto é assim, pelo menos enquanto considerarmos a regra de ouro como expressão de justiça e não como fórmula do amor radical.

Não fazer ao outro o que não gostaríamos que nos fizessem é evitar o seu mal, é não lhe fazer mal, o que juridicamente significa não o lesar nos seus direitos (*alterum non laedere*), não o privar dos seus direitos (*ius suum*

⁴⁸ Santo AGOSTINHO, *De Ordine*, II, 8, 25, apud WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, cit., p. 55, n.º 22 e Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, pp. 202 e 206.

⁴⁹ *Decretum Graciani*, Distinctio Prima: «*Ius naturae est, quod in lege et euangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi uult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri*». Unde Christus in euangelio: «*Omnia quaecunque uultis ut faciant uobis homines, et uos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetarum.*», disponível em <https://geschichte.digitale-sammlungen.de>

⁵⁰ Ver Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, cit., p. 384.

⁵¹ Thomas HOBBS, *Leviatã*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1994, Cap. XVI, p. 134: Todas as leis da natureza «foram sintetizadas num resumo acessível e inteligível, mesmo para os menos capazes. Esse resumo é: *Faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti*».

⁵² Ver Tb 4,15.

⁵³ Ver Mt 7,12 e Lc 6,31.

⁵⁴ Cfr. Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights*, cit., p. 119.

⁵⁵ Cfr. Johannes MORSINK, *Inherent Human Rights*, cit., p. 116: «A regra de ouro supõe que se alcance um compromisso entre as necessidades do agente e as do destinatário.»

cuique tribuere)⁵⁶, em especial dos seus direitos mais básicos sustentados na natureza humana ou no florescimento das capacidades humanas básicas.

Fazer ao outro o que gostaríamos que nos fizessem a nós é fazer o seu bem, respeitando a sua liberdade, o que juridicamente pode implicar deveres de auxílio, a garantir não apenas individualmente, mas também ao nível das instituições da sociedade civil ou dos Estados. Esses deveres de auxílio são tanto mais imperativos quanto mais intensa for a situação de incapacidade ou privação de bens básicos com que a pessoa se vê confrontada.

Diga-se, por fim, que os «outros» da regra de ouro são antes de mais os «próximos», aqueles com quem estamos ou entramos em relação, mas podem ser também os outros distantes, ou até de uma geração futura.

Além disso, os Estados não devem permitir que algum cidadão faça aos outros aquilo que presumivelmente, segundo a experiência comum, ele não gostaria que lhe fizessem; e devem também potenciar as condições para que, ao nível do Estado ou da sociedade civil, todos possam beneficiar do auxílio que o comum das pessoas gostaria de ter numa situação de incapacidade ou privação de bens básicos.

A razão prática não se resume ao teste da regra de ouro, apesar da centralidade deste. Outras duas exigências básicas da razão prática são a «igualdade» e a «universalização» (embora também não operem de forma totalmente independente de intuições e sentimentos morais). Não vamos aqui desenvolver estes temas. Saliente-se, apenas, que a igualdade e a universalização podem ser vistas ainda como uma expansão racional da regra de ouro. Se não gostaríamos de ser discriminados ou privados de direitos por causa da nossa cor, raça, religião ou sexo, não discriminemos ou privemos de direitos os outros em razão de algum desses fatores. Se não aceitaríamos as consequências de uma ação concreta (por ex., uma ação poluidora do ambiente) poder ser praticada pelos outros, tal ação deve ser omitida. É uma lógica aparentada com a da regra de ouro, que também vale quando se trata de propor leis a aprovar pelo Estado.

⁵⁶ Relacionando a regra de ouro com os *iuris praecepta* (D. 1.1.10.1) de Ulpiano, Theo MAYER-MALY, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 51.

3.3. Deus

Para além da natureza e da razão, também Deus foi apresentado ao longo da história como fonte do Direito Natural. Muitos dos defensores do jusnaturalismo moderno, como Locke ou Jefferson, apelavam, sem rutura com a tradição teológica cristã⁵⁷, de forma intermutável, para a natureza, a razão e Deus⁵⁸.

A modernidade trouxe consigo a liberdade religiosa e a secularização. No século XIX, Nietzsche diagnosticou a «morte de Deus» e Marx disse que «a religião é o ópio do povo», uma forma de alienação, portanto. A filosofia pós-moderna, como dissemos, afirma que é ilusório procurar organizar o discurso em torno de «significantes transcendentais» como Deus. Não parecem procedentes estas posições. Todavia, no plano jurídico, a verdade é que, já em 1948, a Declaração Universal procurara, em nome da secularização, evitar a referência a Deus. E, com efeito, a secularidade do Estado e a liberdade religiosa das pessoas são garantias ou direitos a respeitar.

Há, todavia, pelo menos um sentido em que a referência a Deus poderia justificar-se no contexto da legitimação do Direito. Sendo Deus a «personificação do bem»⁵⁹, a referência a Deus pode ser uma forma de dizer que existe um Bem que transcende, em certa medida, o poder dos Estados. Era neste sentido, que no final de 1945 – na sequência do Holocausto e depois de se referir às chamadas «declarações dos direitos do homem e do cidadão» como expressão do «direito natural» ou «direito racional» – Gustav Radbruch considerava como «um autêntico princípio jurídico em vigor» a passagem neotestamentária (*Act.* 5, 29): «Deveis mais obediência a Deus do que aos homens»⁶⁰. Deus aparecia aqui, não necessariamente como o Deus de uma determinada e específica tradição religiosa, mas

⁵⁷ Veja-se BENTO XVI (Discurso ao *Bundestag*, cit., 2011): «Ao contrário doutras grandes religiões, o cristianismo nunca impôs ao Estado e à sociedade um direito revelado, nunca impôs um ordenamento jurídico derivado duma revelação. Mas apelou para a natureza e a razão como verdadeiras fontes do direito; apelou para a harmonia entre razão objetiva e subjetiva, mas uma harmonia que pressupõe serem as duas esferas fundadas na Razão criadora de Deus.»

⁵⁸ Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, cit., p. 282.

⁵⁹ Ver John GARDNER, *Law as a Leap of Faith*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2012, pp. 3, 5, 9 e 17.

⁶⁰ Gustav RADBRUCH, «Cinco Minutos de Filosofia do Direito», in *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, 6.ª ed., Coimbra, 1979, pp. 417-418.

como a personificação de um Bem universal que transcende o poder dos Estados.

Acresce que a Justiça pressupõe um amor originário por cada concreta pessoa e pela humanidade no seu todo.

A Justiça deve ser a base do Direito e dos Estados. Com efeito, «a norma fundamental do Estado deve ser a prossecução da justiça»⁶¹. A justiça determina que não se cause dano a outrem e, também, que se dê a cada um o que lhe é devido por força de contrato, de lei ou da sua dignidade. O amor está para além da justiça. Do ponto de vista racional, o amor corresponde ao cumprimento da regra de ouro na sua fórmula positiva: Faz aos outros o que gostarias que te fizessem a ti se estivesses na sua situação. A justiça apenas exige que se omita a lesão dos outros ou se auxilie os outros quando tal não implique sacrifício excessivo.

Ora «Deus é amor»⁶². Logo, é mais do que a justiça. A justiça deve, porém, ser completada pelo amor. E, assim, a justiça deve não só dar espaço ao amor, mas também, em certo sentido e em certa medida, pressupô-lo.

Com efeito, a justiça funda-se num amor comum e originário por cada pessoa como ser racional, sensível e relacional, que se exprime juridicamente, desde logo, nos direitos humanos. Além disso, poderemos dizer que o Estado e a justiça pressupõem que os membros da «família humana» deverão, enquanto seres livres e iguais, agir «uns para com os outros em espírito de fraternidade»⁶³.

Diga-se, ainda, com Kaufmann, que o amor que deve estar no horizonte do Direito na pós-modernidade deverá ser não apenas um amor ao próximo (*Nächstenliebe*), mas também um amor pelo outro distante (*Fernstenliebe*), porventura até de uma geração futura⁶⁴. Isto implica também, necessariamente, uma nova atitude de respeito e de cuidado perante a natureza.

⁶¹ BENTO XVI, *Deus caritas est*, n.º 26.

⁶² 1 Jo 4,16.

⁶³ Cfr. DUDH, Preâmbulo e art. 1.º

⁶⁴ Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit; Abschiedsvorlesung*, 2.ª ed., Heidelberg, Decker & Müller, 1992, p. 54.

4. Direito Natural e Ecologia Integral

A crise ecológica global parece ter feito ressurgir uma nova consciência da necessidade de respeitar a natureza, justificando que se fale, adicionalmente, de Direito Natural num novo sentido, que se integra no conceito de um Direito universalmente justo e bom: *Direito Natural é aquele que nos responsabiliza em face da natureza*. Incumbe-nos, pois, «cultivar e guardar» a natureza, no quadro de «uma relação de reciprocidade responsável entre a natureza e o ser humano»⁶⁵.

A «natureza» é tudo aquilo que não é criado pelos humanos⁶⁶. O ser humano pode obviamente, no exercício da sua liberdade responsável, cultivar e transformar a natureza, dar-lhe novas configurações. É, aliás, o que a todo o momento sucede através do uso legítimo da técnica para benefício das pessoas e da humanidade. Deve a humanidade, porém, prevenir ou evitar danos na natureza, muito em especial se forem irreversíveis ou indispensáveis. Nem tudo na natureza é disponível pelo ser humano. Há limites que o ser humano não deverá ultrapassar. O dever de salvaguardar a natureza que nos envolve, de que pareciam ainda alheados os autores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é uma exigência de um Direito universalmente justo e bom; é, portanto, Direito Natural.

Gostaríamos de explicar aqui esta urgente responsabilidade humana em face da natureza, aludindo à ideia de «ecologia integral» que é defendida pelo Papa Francisco na Carta Encíclica *Laudato Si'. Sobre o Cuidado da Casa Comum*, de 2015.

A ideia de ecologia «integral» parte do pressuposto de que a existência humana se desenvolve sempre num ambiente, seja ele natural, humano,

⁶⁵ Podemos, a este respeito, fazer um paralelo com a tradição bíblica, segundo a qual Deus investiu o ser humano no mandato de «cultivar e guardar» a Terra. Vale a pena ler o que diz o Papa FRANCISCO, na Carta Encíclica *Laudato Si'. Sobre o Cuidado da Casa Comum*, n.º 67: «É importante ler os textos bíblicos no seu contexto, com uma justa hermenêutica, e lembrar que nos convidam a “cultivar e guardar” o jardim do mundo (cf. Gn 2,15). Enquanto “cultivar” quer dizer lavrar ou trabalhar um terreno, “guardar” significa proteger, cuidar, preservar, velar. Isto implica uma relação de reciprocidade responsável entre o ser humano e a natureza.»

⁶⁶ Sobre a noção de «natureza» como «aquilo que, no nosso mundo, não foi feito pelo ser humano», Angelika KREBS, «Naturethik im Überblick», in A. Krebs (ed.), *Naturethik*, 8.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2016, pp. 340-341.

económico, social, cultural⁶⁷ (e – acrescentamos ainda – digital) e implica que as condições favoráveis desse ambiente devem ser salvaguardadas. Assim, a «ecologia integral» tem uma dimensão factual e outra normativa. Ambas as dimensões se relacionam, pois o ser e o dever ser são diversos, mas pressupõem-se mutuamente.

No plano factual, a ideia de ecologia integral parte do pressuposto de que as pessoas vivem num ambiente natural e humano, numa trama de relações com os elementos naturais e culturais que a envolvem, mas também com a família e a comunidade ou comunidades no contexto das quais se desenvolve a sua personalidade. Uma das ideias mais repetidas na Encíclica é esta: «Tudo está interligado»⁶⁸. Os seres humanos, a natureza, a sociedade e a cultura, sem prejuízo da sua autonomia, fazem parte de uma complexa e holística rede de relações ou interações, mais próximas ou remotas. É este o pressuposto de facto que condiciona a proposta normativa da Encíclica.

A ideia normativa que marca a Encíclica, podemos dizer, é a ideia de responsabilidade pelo bem comum, num quadro de dignidade, solidariedade e subsidiariedade⁶⁹. Além disso, trata-se de uma ideia de bem comum alargada no espaço e alongada no tempo. É o bem comum local e global e é o bem comum presente e futuro (que inclui as «gerações futuras»⁷⁰). Este bem comum implica a salvaguarda da «casa comum» ou da «criação» como um todo. Enquanto bases elementares de proteção da casa comum ou da criação, o direito a um bom e saudável ambiente e o dever de cuidar do ambiente⁷¹ são exigências de um direito universalmente justo e bom. São Direito Natural.

A ecologia integral, embora exija a consideração de um quadro humano, económico, social e cultural mais amplo, tem em especial atenção a «natureza»⁷² e os «delicados equilíbrios»⁷³ da natureza e do ambiente.

⁶⁷ Sobre a noção de «ecologia integral», Papa FRANCISCO, Carta Encíclica *Laudato Si'*. *Sobre o Cuidado da Casa Comum*, n.ºs 137-162.

⁶⁸ Cfr. *Laudato Si'*, n.ºs 16, 42, 70, 91, 117, 138 e 240.

⁶⁹ *Laudato Si'*, n.ºs 157-158.

⁷⁰ *Laudato Si'*, n.º 159.

⁷¹ Draft Global Pact for the Environment, arts. 1.º e 2.º

⁷² A palavra «natureza» surge referida 75 vezes na encíclica *Laudato Si'*.

⁷³ Papa FRANCISCO, *Laudato Si'*, n.º 68.

É necessário começar por reconhecer que o próprio ser humano é «es-pírito e vontade, mas é também natureza»⁷⁴. Diz-se na Encíclica: «Esquecemo-nos de que nós mesmos somos terra (cf. *Gn* 2, 7). O nosso corpo é constituído pelos elementos do planeta; o seu ar permite-nos respirar, e a sua água vivifica-nos e restaura-nos». A nossa alimentação, a nossa saúde e o nosso bem-estar dependem da natureza, isto é, da atmosfera, dos solos, do mar e das águas, das plantas e dos animais. Tal como todos os outros animais, temos corpo e somos corpo, somos de carne e osso. As nossas emoções e sentimentos, a nossa razão, dependem de fatores físicos, químicos e/ou neurológicos; a nossa sobrevivência e bem-estar dependem da natureza e do ambiente que nos envolve.

É necessária uma renovada atenção aos limites da natureza, tanto mais e precisamente na atual era do Antropoceno, que parece ter decretado «o fim da natureza»⁷⁵. É necessária uma renovada atenção às forças ou princípios que regem a natureza como um todo e que não está totalmente ao alcance da liberdade humana dominar em todas as suas dimensões. Heráclito e os estoicos, sem negarem certamente o espaço da liberdade humana, defendiam a existência dum *logos* universal, uma razão ordenadora do mundo e da natureza que nos envolve e de que somos parte. Os cristãos, por seu turno, integrariam a liberdade no contexto da «Criação», enquanto «projeto do amor» de Deus Criador⁷⁶.

Numa perspetiva diversa, converge também com a proposta de uma ecologia integral o princípio da responsabilidade na sociedade tecnológica formulado por Hans Jonas. Reza assim o princípio: «Age de tal modo que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida genuinamente humana na Terra»⁷⁷. A natureza nem sempre resolve por si própria os danos, perdas e riscos que a ação humana nela desencadeia, e cujas consequências negativas, porventura graves, irreversíveis e incomensuráveis, serão sentidas no futuro, não só pelos animais e plantas, mas

⁷⁴ *Laudato Si'*, n.º 6, retomando as palavras de BENTO XVI, *Discurso ao Bundestag*, Berlim, 22 de setembro de 2011.

⁷⁵ Victor MORALES, «Cultiver et garder notre *jardin commun* à l'ère de l'anthropocène», in *Ephata: Revista Portuguesa de Teologia*, 2022, vol. 4, n.º 1, pp. 248-252.

⁷⁶ Ver Papa FRANCISCO, *Laudato Si'*, esp., n.ºs 76-78.

⁷⁷ Ver Hans JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984, p. 36.

pela própria humanidade. Em vista do bem da humanidade, teríamos, pois, de levar a sério, segundo Jonas, a ideia de que a «natureza» é «objeto da responsabilidade humana»⁷⁸.

A ecologia integral não se resume à proteção da natureza e do ambiente natural. Abrange também a salvaguarda do ambiente humano, económico, social e cultural, em que as pessoas vivem e se realizam. Mas, na era da crise ecológica global, das alterações climáticas e da sexta extinção em massa das espécies, o cuidado da natureza assume uma urgência singular e superlativa, que está bem presente no realismo da ecologia integral e que justifica que se apele também para um novo sentido da expressão Direito Natural. Falamos aqui de um Direito que, no quadro de uma realidade especificamente humana que dá espaço à liberdade, à economia e à cultura, salvaguarda a natureza e o ambiente.

5. Conclusão

É possível, em certo sentido, falar de Direito Natural, não obstante o reconhecimento da historicidade e da dimensão cultural do direito, bem como as críticas radicais do positivismo e da filosofia pós-moderna. Na verdade, o Direito Natural pode ser definido, numa atualização da melhor tradição romanística, como o Direito que é universalmente justo e bom.

Os conceitos base desse Direito Natural encontram-se sumariados no artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os próprios Direitos Humanos são Direito Natural, no sentido em que são expressões de um Direito universalmente justo e bom.

Os tradicionais referentes metafísicos do Direito Natural – a natureza, a razão e Deus – não perderam o seu sentido, mas têm de ser recompreendidos à luz de uma antropologia filosófica que entenda o humano em toda a sua complexidade.

Hoje devemos ter uma visão ecológica da realidade humana. O ser humano existe sempre no contexto de um ambiente natural, social, económico e cultural cujas condições favoráveis ao desenvolvimento humano integral devem ser salvaguardadas. É este o pressuposto da «ecologia integral». Essa ecologia integral exige um Direito que, sem prejuízo da

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 21 e 27.

adequada compreensão das dimensões especificamente humanas, económicas, sociais e culturais, nos responsabiliza em face da natureza.

Podemos em conclusão dizer que há princípios do direito – como os que se encerram nos direitos humanos ou no dever de cuidar da natureza e do ambiente – que são universalmente justos e bons, e que, sem prejuízo da sua concretização histórica, democrática e concreta, se podem considerar, portanto, Direito Natural.

Direitos Humanos e Direito Natural¹

Ricardo Dip

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

e Professor da pós-graduação do Centro Universitário Ítalo-Brasileiro

Não é infrequente depararmo-nos em nossos tempos com algum uso intercambiável – ou, quando não, ao menos muito acercado – dos termos *direitos naturais* e *direitos humanos*, a cuja aproximação, além disso, concorre o termo *direitos fundamentais*. Alguns concebem os direitos fundamentais sob o modo de uma realização histórica dos direitos naturais; outros referem-se às perspectivas iusnaturalistas dos direitos humanos; há quem entenda que a expressão mesma *direitos humanos* é apenas um modismo contemporâneo, porque seria ela um sinônimo do termo direitos naturais; há ainda quem seja proclive a suprimir a referência aos *direitos naturais*, inclinando-se *simpliciter* a substituí-la pelo termo *direitos humanos*; ou, encerrando essas indicações recrutadas a título meramente ilustrativo, há como que um positivismo iusnaturalista – ou seja, um positivismo de direitos naturais, reduzidos a serem só possivelmente os direitos fundamentais expressos nos ordenamentos particulares. Tenha-se ainda em conta que, desde a segunda metade do século xx, uma parte considerável do pensamento católico – não só o dos leigos, mas também o de uma parcela não negligenciável de integrantes da hierarquia eclesial – inclinou-se à defesa e à promoção dos direitos humanos, fenômeno que José Miguel Gamba designou como o batismo desses direitos; muito longe está-se, pois, da condenação que o Papa Pio VI, na Encíclica *Adeo nota* (23-4-1791), infligira aos direitos humanos da Declaração francesa de 1789 por serem «diciassette articoli (...) *contrari alla religione e alla società*», e às sucessivas impugnações pontificais desde a *Quanta cura* e do *Syllabus* de

¹ Palestra proferida para o IEP – Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica Portuguesa, em 11 de novembro de 2021.

Pio IX, passando pelas acusações de Leão XIII à civilização moderna, pela doutrina contramodernista do Papa S. Pio X – assinaladamente na Encíclica *Pascendi* e ao condenar o movimento do *Sillon* –, até chegar, em meados do século xx, às reiteraões críticas do Papa Pio XII, tal esta passagem, a título ilustrativo, da Alocução destinada aos juristas italianos, em 6 de novembro de 1949: «*L'errore del razionalismo moderno è consistito appunto nella pretesa di voler costruire il sistema dei diritti umani e la teoria generale del diritto, considerando la natura dell'uomo come un ente per sè stante, al quale manchi qualsiasi necessario riferimento ad un Essere superiore, dalla cui volontà creatrice e ordinatrice dipende nell'essenza e nell'azione*».

Vem a propósito do tema a distinção desfiada por Antonio Perez Luño, que, sem desconhecer o *usus loquendi* – que leva a uma sinonímia prática destes termos *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos naturais* –, chega, no entanto, a uma proclividade doutrinal e normativa em corresponder o termo *direitos fundamentais* para denominar os *direitos naturais positivados* no âmbito interno dos vários Estados, ao passo em que o nome *direitos humanos* seria mais usual para os *direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais*. Essa referência de Perez Luño sugere reconhecerem-se os direitos naturais como conteúdo quer dos direitos fundamentais, quer dos direitos humanos; e em dada medida isto não consoa com a realidade, porque fosse esse conteúdo nota absoluta para essas distinções terminológicas, já não se saberia por quais motivos, aqui num único exemplo, o direito de antena, previsto na legislação constitucional portuguesa, pôde já estimar-se fundamental.

Sem embargo de uma sobreposição factual frequente de hipóteses de direitos que a um só tempo se considerem naturais, humanos e fundamentais, não parece que possa afirmar-se sua equivalência essencial. Essa impossibilidade pode escancarar-se num exemplo gráfico, quando se tenha em conta que, à altura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Organização das Nações Unidas, em 1948, a inviolabilidade da vida humana era tida por direito inalienável do homem, ao passo em que agora, no espectro dos chamados direitos humanos reprodutivos, incluem alguns um suposto direito humano ao aborto, pondo em manifesto xeque a identificação absoluta dos direitos humanos com os direitos naturais. Se

percorreremos, além disso, algumas indicações da série que, de direitos humanos fundamentalizados em diferentes países, recolheu o pensador argentino Juan Fernando Segovia, vamos encontrar desde o direito à prática esportiva, à ginástica e à atividade física (em Cuba, Gana, Nicarágua, Portugal, Suíça, Turquia e Uganda) até os direitos específicos dos artistas (no Panamá, na Turquia); do direito dos inquilinos contra alugueres abusivos (na Polônia e na Suíça) ao direito dos concubinos em equiparar-se às famílias legalmente constituídas (em Angola, no Equador, na Guatemala, em Nicarágua, no Paraguai); dos direitos dos cientistas (na Hungria), aos quais se outorga exclusividade para decidir em questões de verdades das ciências, ao direito do ócio (na Espanha, na Holanda, no Peru); do direito ao regozijo cultural e social (na Bélgica) ao direito contra a fome (na Nicarágua); do direito de acesso à informação eletrônica (na Grécia) ao direito de acesso às bibliotecas (na Libéria), etc.

Dostoievski, nas páginas de *Os demônios*, profetizara de algum modo a trivialização dos direitos humanos, ao dizer que seu mínimo era o de possuir um guarda-chuva. Não se recuse, é verdade, que do fenômeno atual dessa banalização provenha a vantagem de ter contribuído a uma dada consciência popularizada acerca do direito – ou, sobretudo e mais exatamente, dos direitos (subjativos) – e até ao de sua elevação a um plano de suprallegalidade. Todavia, os tributos que se pagam por essa estendida popularidade são o da avulsão de muitos novos direitos humanos e o da cada vez mais notória erosão de seu consenso de base.

Pode pensar-se, em abono dessa eclosão de novos direitos humanos, que seu florescimento depois da Segunda Guerra Mundial correspondeu a uma reação iusnaturalista aos crimes de Estado perpetrados sobretudo – mas não só – pela Alemanha nazista, e decerto não faltarão bons motivos para diagnosticar alguns signos do antigo direito natural genuinamente cristão nesta retomada contemporânea da ideia de substantividade universal do direito. Calha, entretanto, que esses signos de enraizamento dos direitos humanos à concepção (que pode dizer-se) clássica do direito natural mereçam uma prudente aproximação distintiva, porque, se bem seja fato que o rol dos direitos catalogados, por exemplo, em 1948, na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas, não conflite

com as noções próprias do iusnaturalismo tradicional, essa conformidade expressiva emergiu no plano de um consenso meramente prático, assim o admitiu Jacques Maritain, afirmando que esse concerto sobre os direitos humanos apenas se concluíra com a condição de que ninguém perguntasse sobre seu por quê. Era, pois, de todo adivinhável que, mais cedo ou mais tarde, símile consenso não fundacional levasse paulatinamente a resultados dissonantes entre si. Bastaria percorrer os nomes da comissão de expertos que a Unesco recrutou para elaborar o catálogo de direitos humanos da ONU, e, prontamente, ver-se-ia por notório que seu consenso se apoiava em um ecleticismo fundacional, com a conseqüente prognose muito reservada quanto a seu êxito. Com efeito, a consideração de que a ideologia dos direitos humanos os converteu numa espécie de leito de Procusto (na metáfora de Contreras e Poole) parece dar bastante razão aos que desfiam crítica a Bobbio e Maritain por entenderem ser apenas de praticarem-se os direitos humanos, sem que importe justificá-los (assim, Danilo Castellano).

Não é já exagero falar em diáspora fundacional dos direitos humanos e até cabe entender, posta essa pluralidade de seus alicerces teóricos, o motivo pela qual esses direitos terminariam, como terminaram, por fundamentalizar-se, especialmente na esfera constitucional, suprimindo a intensa labilidade de suas raízes movediças e, em muitos aspectos, contraditórias entre si. Ou seja, a multiplicidade (tantas vezes) conflitiva de fundamentos acarretou o aperturismo conceitual dos direitos humanos atuais, e sua livre determinação objetiva fomentou a busca de alguma sorte de fonte, ainda que meramente manifestativa, como se dá com sua positivação particular nas constituições dos estados. Se essa fundamentalização, todavia e por mais que em não poucas vezes afeiçoada a proclamações de sua aceitação mundial, pôde exprimir, *per accidens*, alguns direitos efetivamente universais, o fato é que, hoje, o mundo convive com uma nacionalização dos direitos humanos, que não parece ter mais limites para conterem-se do que a só imaginação criativa de quem tenha poderes para impô-los ou reclamá-los como exercício irrestrito da autonomia individual, é dizer, da liberdade negativa.

Seria injusto, é verdade, recusar algum mérito no projeto de restaurar uma ética para instruir e animar um direito que, sob a pauta ideológica do normativismo da primeira metade do século xx, clausulara-se aos valores, e deve louvar-se a superação teórica da ideia –como a referiu Radbruch– de que «ordens são ordens», de que «a lei é a lei», pois essa concepção de que a lei valia por ser lei «foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as normas mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas». Bem por isso, ao chegar a seu quinto minuto de filosofia pós-guerra, Radbruch advertia que «há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo».

Sem deixar, pois, de admitir o bem que havia na reação antinormativista dos meados do século xx ao buscar incluir no gênero normativo a classe dos princípios, normas finalísticas, destinadas ao melhor dos mundos possíveis, o fato é que essa busca ficou a meio caminho: sua visão de uma ordem jurídica universal contentava-se com uma visão racionalista do direito natural, cujos supostos exatamente reincidiam num positivismo substituinte do anterior. Talvez seja de fato possível diagnosticar uma síndrome que parece acometer parcela considerável dos juristas, nisto que incapazes de perceber o direito à margem das letrinhas dos diários das leis, e isso poderá explicar o motivo de a proclividade especulativa refratária ao normativismo kelseniano se ter acomodado à ideia de princípios transpositivos, é dizer, de algum modo indeterminados, mas postos o mais possível a salvo de intervenções ablatórias: daí a atribuição de força normativa às constituições, imputando-se ao novo direito constitucional o papel que o iusnaturalismo dito clássico reservara ao direito natural. Enfim, os velhos segmentos do direito subconstitucional não somente passaram a subordinar-se às constituições, senão que, gradativamente, inclinaram-se a sujeitar-se a ela mais e mais, na medida em que elas paulatinamente se tornaram extensas e difusas, subtraindo espaços normativos que antes eram próprios das órbitas infraconstitucionais.

Essa constitucionalização ou fundamentalização de princípios, por mais tentasse resguardá-los contra interferências supressivas no plano legislativo, perseverou sob o domínio da *livre determinação de conteúdo* dos direitos humanos, o que passou a sugerir procedimentos de substantivação por

um órgão jurisdicional que completasse as normas abertas e garantisse, assim, esses direitos humanos até mais além dos propriamente tornados fundamentais. Esse órgão judicial, em palavras de Cristina Queiroz, operará ao modo de um «substituto funcional da Revolução», transmudando, de fato, a supremacia legicêntrica em uma supremacia judicial, escorada nas sentenças dos tribunais.

Assim essa tendência de fundamentalização dos direitos humanos – ou seja, sua constitucionalização em um grau de superioridade formal no ordenamento jurídico –, ao desviar-se pela trilha da codeterminação judiciária tinha de redundar logicamente no *numerus apertus* dos direitos humanos, de modo que não apenas as constituições estariam aptas a, formalmente, recepcionar novos direitos fundamentais – que não cessam de ter novas gerações ou dimensões –, senão que, além disso, haveria, como já há, o reconhecimento de direitos fundamentais não constitucionalizados. Se, de uma parte, pode pensar-se em que o novo constitucionalismo corresponderia a uma forma histórica de ressurgimento do direito natural, por meio da positivação de princípios referíveis à dignidade da pessoa humana, cabe, de outra parte, considerar se a reserva estatal de determinação e sobredeterminação das normas não levaria apenas, na expressão de Robert Dahl, a um «novo normativismo», a um normativismo de sistema aberto, no qual as normas são ora mandatos precisos e claros – equivale a dizer, são regras –, ora, diversamente, mandatos incompletos, princípios; mas sempre normas. Ou seja, tem de perguntar-se se o *novo* direito natural, com sua roupagem de direitos humanos, não é já somente uma espécie de positivismo, o positivismo (agora, sobretudo) judicial, em que o direito se ostenta como um grande código revestido por togas.

Não parece, entretanto, que se possa resolver o tema dos direitos humanos com um simples acordo em torno de conveniências práticas ou mediante sua positivação em leis humanas ou por via judicial. É que, com rigor, os direitos humanos devem fundar-se, de algum modo, objetivamente, na *natureza humana*, e isto demanda um acercamento metafísico e não um consenso ou uma imperação de vontades ocasionais, porque a falta de ancoragem numa base objetiva universal leva, com maior ou menor rapidez, à anarquia ou ao absolutismo.

E assim parece bem que, em relação ao direito natural clássico, distinguam-se os atuais direitos humanos menos por alguma consonância ocasional de sua listagem com as *res iustæ* da ética iusnaturalista, mas por meio de uma resposta fundacional ao problema antropológico: *quæ sit hominis natura*, para aqui repetir a interrogação de Cícero em *De finibus bonorum et malorum*. Em outras palavras, o que decidiria sobre a caracterização dos direitos humanos estaria posto na definição do homem: «*la natura o l'essenza del diritto* [disse o Papa Pio XII] *non può essere derivata se non dalla natura stessa dell'uomo*». Se essa definição do homem é a de um ente apenas material e com vontade autônoma, tem-se aí a conseqüente configuração dos direitos humanos ao modo imanentista e voluntarista – o que se acomoda à predominante expressão contemporânea desses direitos; se, diversamente, definir-se o homem como pessoa dotada de corpo e alma espiritual, entendendo-se a espiritualidade da alma não somente como uma faculdade racional, mas também como um sujeito que é imagem e semelhança de Deus, os direitos correspondentes apresentam-se como oriundos de um princípio transcendente.

Decerto, entretanto, não bastaria uma referência nominal à natureza humana – em que se assentam a doutrina do direito natural clássico, mas, não diversamente, ideologias de variado espectro e até opostas entre si, como as de Locke, Hobbes e Rousseau. Tem nisto muita razão Juan Fernando Segovia, ao dizer que, nos tempos pós-modernos, «*el genio inventivo sigue alimentando nuevos derechos para un ser humano que no ha terminado aún de moldearse a sí mismo*». A solução real do problema parece estar, designadamente, em decidir ou pela imanência ou pela transcendência da natureza humana.

O confronto entre esses modelos pode estampar-se nas figuras respectivas do *homo imago hominis* e do *homo imago Dei*, com suas conseqüentes antropologias. É porque, no homem que se entroniza como seu próprio e bastante modelo, ao perder-se o reto conhecimento do que é o homem, do que é a natureza humana e, de modo primal, sua vocação transcendente, perde-se também o reto conhecimento do direito, assim pareceu ao magistério de Pio XII, «*le cose divine ed umane, che secondo la definizione di Ulpiano formano l'oggetto più generale della giurisprudenza,*

sono così intimamente congiunte, che non si possono ignorare le prime, senza perdere la esatta valutazione delle seconde».

Vários embates, no fim e ao cabo, parecem desiludir uma equivalência essencial entre os direitos humanos atuais e o direito natural clássico: os enfrentamentos do imanentismo ao transcendentalismo, do voluntarismo à prelação do intelecto, da autonomia ética à heteronomia, do subjetivismo ao realismo temperado. Uma personagem de Fiódor Dostoiévski, em *Os demônios*, Kírillov, resume, graficamente, esses embates: «É um absurdo alguém reconhecer que Deus não existe e no mesmo instante não reconhecer que é um Deus...». E talvez, quanto à esfera do direito, seja possível, sobre a divergência entre fundamentos estritamente antropológicos e fundamentos teocêntricos e teotrópicos, reconstruir essa sentença de Kírillov: «É um absurdo alguém negar que Deus seja o fundamento último do direito e no mesmo instante não reconhecer que os direitos não sejam mais do que a liberdade humana ilimitada de quem possua a potestade de os impor ou exigir».

Direito Natural e Democracia Liberal¹

Posfácio

João Carlos Espada

Universidade Católica Portuguesa, Instituto de Estudos Políticos

Decorreu na passada quinta-feira, no Instituto de Estudos Políticos da Universidade Católica (IEP-UCP), um muito estimulante debate, de dia inteiro, sobre «Direito Natural e Ecologia Humana», sob a direção científica de Manuel Braga da Cruz. Contando com a participação de vários oradores nacionais e internacionais, a iniciativa teve a generosa colaboração da Ordem do Santo Sepulcro de Jerusalém, da Associação dos Juristas Católicos, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e da Sociedade Científica da Universidade Católica.

O evento permitiu recordar a importância crucial do direito natural na tradição europeia e ocidental, greco-romana e judaico-cristã, fundada na conversação pluralista entre Atenas, Roma e Jerusalém. Este tema, entretanto quase esquecido, ocupou um lugar central no debate intelectual e político do século xx, sobretudo face à tragédia dos totalitarismo comunista, fascista e nazi.

Vários autores, como Leo Strauss em *Natural Right and History* (1953) e o seu aluno Allan Bloom em *The Closing of the American Mind* (1987), vêm de imediato à memória, entre muitos outros. Eles alertaram contra a equívoca tentativa de entender a modernidade e a democracia em rutura com a tradição do Direito Natural.

E esse alerta foi lançado em defesa – não contra – da modernidade e da democracia liberal. Isto será certamente difícil de entender pelos tribalismos rivais que hoje condenam a democracia liberal, uns a partir da esquerda radical, outros a partir da direita radical.

¹ Texto originalmente publicado em: <https://observador.pt/opiniao/direito-natural-e-democracia-liberal-2/>

Em termos políticos, para resumir um longo argumento filosófico que não caberia neste espaço, a questão central reside em recordar as tremendas consequências políticas que o abandono intelectual da tradição do direito natural produziu no século xx: fundamentalmente, os totalitarismos comunista, fascista e nazi.

Todos os grandes falsos profetas idolatrados por modas intelectuais autodesignadas como «revolucionárias» no século xx – de Rousseau e Marx a Nietzsche, de Lenine a Staline, de Mussolini a Hitler – procuraram ridicularizar a ideia de direito natural enquanto padrão objetivo de distinção entre o Bem e o Mal; por outras palavras, enquanto limite objetivo ao capricho da vontade arbitrária, designadamente enquanto limite ao capricho da vontade revolucionária de poder arbitrário e ilimitado do chamado Estado Total.

As atuais modas relativistas das chamadas patrulhas *woke* – que, em nome de uma alegada liberdade radical, pretendem abolir o diálogo sobre as distinções objetivas entre o que é e o que deve ser – acreditam representar uma liberdade radical. Mas simplesmente ignoram que esse mesmo entendimento radical de que tudo é simplesmente produto do capricho da vontade levou no passado à asfixia da liberdade pelos mais terríveis totalitarismos.

Não certamente por acaso intelectual, essas mesmas patrulhas *woke* tentam atualmente promover a asfixia da liberdade nas democracias liberais, sobretudo nas universidades.

É por isso também importante recordar que os totalitarismos rivais do século xx atacaram as democracias liberais com argumentos simétricos, fundamentalmente idênticos (e em boa parte semelhantes aos argumentos das atuais doutrinas *woke*): as democracias pluralistas não obedeciam às doutrinas monistas decretadas pelos Estados Totais – comunistas ou fascistas.

E é também particularmente importante recordar que a resistência das democracias liberais contra os totalitarismos assentou sempre no debate livre e na conversação – não na contraposição de uma doutrina monista única contra a monista doutrina única dos tribalismos rivais, comunista e fascista.

Este contraste entre pluralismo liberal e monismo autoritário tribal ficou particularmente patente no contraste entre dois conceitos de Universidade.

Nos regimes totalitários, as universidades transformaram-se em agências de propaganda das doutrinas monistas respetivas. Nas democracias liberais do Ocidente, pelo contrário, elas mantiveram a sua ancestral natureza pluralista – enquanto lugares de uma conversação gentil e tranquila entre várias vozes, na busca comum da Verdade, do Bem e do Belo.

Vale a pena revisitar a este propósito a ancestral Ideia de Universidade tão sublimemente recordada por (Cardeal) John Henry Newman:

«Uma Universidade é um lugar onde o inquirido é promovido, e as descobertas verificadas e aperfeiçoadas, e a rudeza é tornada inócua, e o erro exposto, através da conversação de mente com mente, e de conhecimento com conhecimento.» (1854)

