

O FUNDAMENTO DA DOUTRINA DO DIREITO NATURAL*

Hans Kelsen, Berkeley
Tradução: Luís Afonso Heck

INTRODUÇÃO

Eu aceitei seu convite para, neste círculo de *partidários* da doutrina do direito natural, falar sobre direito natural não na intenção de converter o senhor para a minha opinião, que de um ponto de vista *cientificamente* racional *não* se pode *aceitar* a validade de um direito natural. Pois uma tal conversão eu não considero como possível; e precisamente, de um fundamento, que justamente resulta disto, sobre o que eu quero falar: o fundamento da doutrina do direito natural, isto é, a resposta sobre a questão: sob qual pressuposto somente se pode aceitar a validade de um direito eterno, imodificável, imanente à natureza; de modo que, quem — como eu — acredita não poder aceitar esse pressuposto, também *não* pode aceitar sua consequência.

Esse pressuposto é, como eu irei tentar mostrar, a *fé* em uma divindade justa, cuja vontade, à natureza por ela criada, não somente é transcendente, mas também imanente. Discutir sobre a verdade dessa fé é completamente inútil. Nem quem tem essa fé nem quem não a tem pode, por argumentos racionais, do contrário ser convencido. Porém, ao eu sustentar a opinião que essa fé é o pressuposto essencial e inevitável de uma doutrina do direito natural autêntica, eu encontro-me, perante aqueles entre os senhores que, apesar dessa sua fé, são da opinião, muito divulgada, que a validade do direito natural é independente da vontade de uma divindade toda-poderosa e toda-bondosa, em uma situação singular. Eu não me apresento aqui — como os senhores, talvez, irão exigir de mim — como um *advocatus diaboli*,** mas, bem ao contrário, como um *advocatus dei*.*** Isso,

* Este artigo encontra-se publicado em Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, Band XIII, Wien: Springer-Verlag, 1964, S. 1 ff. Título no original: Die Grundlage der Naturrechtslehre.

** Nota do tradutor: advogado do diabo.

*** Nota do tradutor: advogado de deus.

porém, irá, como eu espero, da discussão seguinte tomar cada ponta que viola os sentimentos de um ou outro partido.

I.

“Direito” — se se entende sob isso direito positivo, realmente fixado por pessoas, distinto da moral, ou um direito, correspondente à moral ou a uma moral, correto, justo, natural — é, essencialmente, norma, um sentido específico, cuja expressão idiomática é uma proposição-dever. O sentido de uma norma, ou mais corretamente: o sentido “norma” é: que algo deve ser, especialmente, que seres viventes e, sobretudo, pessoas, devem, sob determinadas circunstâncias, comportar-se em modo determinado. Um tal sentido se designa como uma prescrição e distingue ele de uma descrição, isto é, uma declaração, cujo sentido — mais corretamente: que o sentido — é: que algo é, isto é, existe ou de alguma maneira é constituído, especialmente, que coisas, seres viventes, pessoas, sob determinadas circunstâncias, realmente se comportam em modo determinado. Uma norma não é uma declaração, uma prescrição não é uma descrição. A diferença é notória: a norma é o sentido de um ato de vontade, um ato de vontade dirigido à conduta de um outro. A declaração é o sentido de um ato de pensar. A norma visa à determinação da vontade de um outro, a declaração, ao pensar, ao saber de um outro; ela quer deixar saber algo aos outros. Figuradamente expresso: a norma vai da vontade de um para a vontade de um outro, a declaração, do pensar (saber) de um para o pensar (saber) do outro. Por isso, uma declaração é verdadeira ou falsa. Uma norma, porém, não é nem verdadeira nem falsa, mas vale ou não vale. E entre a verdade de uma declaração e a validade de uma norma não existe nenhum paralelo ou analogia. Eu acentuo isso em oposição consciente a uma opinião universalmente aceita e também por mim sustentada muito tempo. Existisse uma analogia ou paralelo entre a verdade de uma declaração e a validade de uma norma, teria de a proposição da contradição excluída, que encontra aplicação em duas declarações que estão em conflito uma com a outra, poder ser aplicada também ou então per

analogiam^{*} em duas normas que estão em conflito uma com a outra. Assim como de duas declarações que estão em conflito uma com a outra somente uma pode ser verdadeira, a outra tem de ser falsa, então poderia de duas normas que estão em conflito uma com a outra somente uma valer e teria de a outra ser inválida. Isso, porém, não é o caso. Pois, fosse exato que de duas normas, das quais uma prescreve uma determinada conduta, a outra, a omissão dessa conduta, somente uma pode valer, não poderia existir nenhum conflito-normas. Quando de duas normas somente uma vale, não existem duas normas, mas existe somente uma norma e, por isso, nenhum conflito. Pois a validade de uma norma é sua existência específica, e precisamente, ideal, seu existir; e uma norma que não vale não existe, não é norma. A existência de conflitos-norma, isto é, uma situação na qual duas normas valem, das quais uma prescreve uma determinada conduta, a outra, a omissão dessa conduta, não pode ser negada. Conflitos de normas, especialmente entre normas de um ordenamento jurídico positivo determinado e um ordenamento moral determinado nós encontramos demasiadamente frequente. Quando a nós a norma de uma moral manda nunca matar uma pessoa, a norma do direito, porém, manda-nos matar pessoas na guerra e na execução de uma pena de morte, então nós temos, sem dúvida, a escolha, qual das duas nós queremos cumprir e qual nós violar. Mas nós não temos o poder de deixar sem validade a norma que nós não queremos cumprir. Ela permanece em validade; em caso contrário, nós não a poderíamos violar. Mas também conflitos entre normas de um e mesmo ordenamento jurídico, especialmente conflitos dentro de um e mesmo ordenamento jurídico, são possíveis e ocorrem, de modo nenhum, raramente.

À medida que uma norma fixa uma determinada conduta como devida, constitui ela um valor. Quando algo é assim como deve ser, é “bom”, é valioso. Quando algo não é assim como deve ser, é “ruim”, antivalor. À medida que uma declaração diz respeito à realidade, isto é, indica que algo realmente é ou como realmente é, está na base da diferença entre norma-dever e declaração-ser a oposição de dever^{**} e ser, valor e realidade. Essa oposição nos é, por nosso pensar racional, correspondente aos princípios da lógica, dada como um dualis-

* Nota do tradutor: por analogia.

** Nota do tradutor: o substantivo *Sollen* será, neste artigo, traduzido por *dever*, que abrange as três modalidades deônticas, ou seja, mandamento, proibição e permissão.

mo inabrogável; assim, sem dúvida, que o dever não pode ser deduzido de um ser, o ser, não de um dever, um não derivado do outro. Disto, que algo é, não pode resultar que algo deve, disto, que algo deve, não pode resultar que algo é. Da realidade não pode ser deduzido nenhum valor, do valor, nenhuma realidade. Nossas declarações sobre a realidade são verdadeiras, quando elas a ela, isto é, à realidade, correspondem. Sua verdade não depende de nossa vontade. Elas são, quando elas são verdadeiras, objetivamente verdadeiras. A declaração: quando um corpo metálico é aquecido ele estende-se, é verdadeira, se isso qualquer pessoa quer ou não e é verdadeira para todos os seres pensantes. Como o valor, porém, consiste na relação para com uma norma, que é o sentido de um ato de vontade, podem valer valores muito distintos e que estão em conflito uns com os outros. Pois a validade de um valor é a validade de uma norma; e para pessoas distintas, em tempos distintos e em lugares distintos valem normas distintas. O dualismo de norma e declaração, dever e ser, querer e pensar tem como consequência inevitável: que existem somente valores subjetivos, nenhuns objetivos, isto é, nenhuns valores, cuja validade é tão objetiva como a verdade das declarações sobre a realidade. É, porém, o valor, segundo sua essência, subjetivo, é ele também somente relativo; relativo para com a vontade, cujo sentido é a norma que constitui o valor e relativo para com as pessoas para as quais essa norma vale e cuja conduta ela regula. Isto é, porém, que a validade de uma norma, que constitui um valor, não exclui a validade de uma outra norma, que está em conflito com ela e, por isso, um outro valor, que está em conflito com o primeiro, assim como a verdade objetiva de uma declaração-ser exclui a verdade de uma declaração-ser que está em conflito com ela. Isso é acertado, especialmente, também então, quando, sob valor, não só se entende a relação para com uma norma — fixada por um ato de vontade —, mas também a relação de um objeto para com um desejo, quando o juízo, que algo é “bom”, significa que é desejado, o juízo, que algo é “ruim”, que indesejado.

A subjetividade e relatividade do valor é, porém, uma consequência que para muitos — não para todos — é difícil de suportar. Inicialmente, porque a carência por justificação de nossa conduta não encontra nenhuma satisfação completa pela suposição de valores meramente subjetivos e relativos. Se a validade da norma, à qual nós — frequentemente somente sob esforço poderoso, porque contra

nossa propensão — correspondemos, mostra-se, afinal de contas, arbitrária, e, por isso, de modo nenhum exclui a validade de uma norma oposta, não se está tão certo do valor de sua conduta, que corresponde a uma tal norma, como da verdade de uma declaração. Então, porém — e, talvez, sobretudo —, porque não se considera como suficiente a autoridade e, com isso, a força motivadora de um ordenamento moral ou jurídico normativo, quando as pessoas, submetidas a essas ordens, consideram somente como subjetivos e relativos os valores constituídos pelas normas desses ordenamentos. Por isso, a tentativa de provar a validade de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos, que não têm de ser “fixadas”, “positivas”, para valerem, que, em virtude de seu conteúdo, são vinculativas imediata e independentemente da vontade de uma pessoa e que constituem valores que são tão objetivos como a verdade de declarações sobre a realidade. Para alcançar isso tem de, porém, ser anulado o dualismo, imposto a nós por nosso pensar racional-lógico, de ser e dever, realidade e valor, norma e declaração, querer e pensar. Isso somente é possível ao se exceder o âmbito do pensar lógico-racional e, com isso, o âmbito da realidade empírica e seu sentido, quando se admite o recurso a um âmbito transcendental, metafísico, no qual um querer é possível que, simultaneamente, é pensar, um dever que, simultaneamente, ser, normas que, simultaneamente, declarações, um direito que é justiça e, simultaneamente, verdade. É a ascensão da pessoa para deus, da ciência ou filosofia para teologia. E isso é o caminho de um positivismo jurídico ou moral para uma doutrina do direito natural.

II.

O que é comum às distintas definições do direito natural, o essencial daquilo que se denomina “direito natural”, é a validade de normas que não são o sentido de atos de vontade humanos; por isso, são os valores, que as constituem, de modo nenhum, arbitrários, subjetivos e relativos. Para responder à questão, como uma pessoa deve comportar-se sob determinadas circunstâncias, não se precisa — segundo a doutrina do direito natural — perguntar sobre o ato de vontade de uma pessoa, que se apresenta como dador de leis morais ou jurídicas, ou sobre um costume, pelo qual a norma procurada foi fi-

xada. Pois a norma procurada resulta da natureza da coisa, à qual a norma diz respeito. Isso são, ou as circunstâncias, sob as quais uma pessoa deve comportar-se em modo determinado, ou a pessoa mesma, cuja conduta está em questão. As circunstâncias são uma parte da realidade e unidas inseparavelmente com o todo da realidade. A natureza da coisa é, assim, a natureza como totalidade da realidade ou a natureza da pessoa. Isso são ou o impulso inerente à pessoa ou aquilo que distingue a pessoa do animal, sua razão. No último caso, o direito natural apresenta-se como direito racional. Em todos os casos, a doutrina do direito natural é caracterizada pela suposição das normas imanes da natureza e, assim, pela suposição de uma imanência dos valores, constituídos por essas normas, na realidade da natureza em geral ou da natureza da pessoa em particular. É a imanência de um dever no ser. A natureza no geral ou a natureza da pessoa, especialmente sua razão, prescreve à pessoa uma conduta determinada. A natureza no geral ou a natureza da pessoa no particular, especialmente a razão, apresenta-se como autoridade que fixa a norma.

Agora se pode, talvez, consentir que normas não necessariamente têm de ser atos de vontade humanos. De modo nenhum, porém, pode consentir-se que existem normas que não são o sentido de um ato de vontade, ainda que não justamente de um ato de vontade humano. A uma natureza, à qual normas são imanes, tem de também uma vontade ser imane, cujo sentido essas normas são. De onde, porém, pode uma tal vontade entrar na natureza que, do ponto de vista do conhecimento racional-empírico, é um agregado de fatos do ser unidos um com o outro como causa e efeito? Uma vontade na natureza é ou uma superstição animista ou é a vontade de deus na natureza criada por ele, a imanência do valor divino na realidade. Se normas são imanes à natureza da pessoa, especialmente à sua razão, não pode a razão, que de um ponto de vista puramente psicológico somente é uma capacidade de pensar ou de conhecimento, ser a razão humano-empírica. Pois a razão que fixa a norma tem de ser, simultaneamente, capacidade de conhecimento e de vontade. Isso não pode existir no âmbito da realidade empírica, contanto que essa possa ser descrita sem contradição lógica. Mas numa esfera situada do outro lado de toda realidade empírica, transcendental, sobre-humana não encontra, contanto que se suponha sua existência, o princípio da contradição excluída, como um princípio da lógica hu-

mana, nenhuma aplicação. Da razão divina pode fazer-se a declaração, cheia de contradição para a razão humana, que ela é, simultaneamente, função de conhecimento e de vontade; de deus pode dizer-se que nele conhecer e querer são um. Assim está escrito já no gênesis (II, 17; III, 5): e deus ordenou às pessoas não comerem da árvore do conhecimento do bem e do mal. Mas a cobra disse para a mulher: se vocês comerem disso, vocês irão ser como deus e saber o que é bom e mau. — Ao deus saber o que é bom e mau ele quer que o bem seja feito, o mal, omitido. Seu querer está compreendido em seu saber. A contradição, que reside nisto, que deus quer ao ele conhecer, é, de um ponto de vista teológico-religioso, do mesmo modo insignificante como a contradição, que reside nisto, que deus, em sua toda-bondade, somente quer o bem e em seu todo-poder, contudo, também cria o mal. A razão, simultaneamente, conhecedora e querente, isto é, a prática, da pessoa, é a razão divina na pessoa que deus criou segundo seu retrato fiel.

III.

Que a suposição de um valor, imanente à realidade, tem caráter metafísico-teológico mostra uma análise daquela filosofia que sustenta, de modo clássico, o princípio do valor imanente à realidade: a doutrina aristotélica da enteléquia.

Enteléquia (*εντελεχεια*) é o movimento inerente a todas as coisas, dirigido a uma determinada finalidade (*τελος*). Essa finalidade é: trazer a coisa à sua consumação. É uma finalidade objetiva que a coisa naturalmente tem, isto é, ser assim como deve ser, portanto, ser “bom”. Na *Metaphysik*, I, 7, Aristoteles faz valer contra a doutrina das ideias platônica que, segundo essa, a finalidade é uma ideia transcendental, a ideia do bem, enquanto enteléquia é o movimento, imanente às coisas, para o bem. O conceito de enteléquia é a expressão da interpretação teleológica, essencial para a filosofia aristotélica, da natureza. Uma tal, porém, pressupõe, consciente ou inconsciente, explícita ou implicitamente, uma visão fundamental teológica. Para a pergunta inevitável: de onde vem a finalidade da natureza, não existe nenhuma resposta que a suposição de uma autoridade transcendental, que fixa à natureza sua finalidade. Isso também é o caso na filosofia de Aristoteles, embora, em consequência de certas

peculiaridades de sua metafísica, não muito claro expressa-se e, por isso, nem sempre é conhecido pela interpretação-Aristoteles tradicional.

O conceito central dessa metafísica é deus como o “mover não-movido”. Como tudo a ser movido tem de ser movido por algo, tem de existir um primeiro movente (*Physik*, VIII, 4, 5), algo que move sem ser movido (*Metaphysik*, XII, 7). Isso é a divindade. Ela é “um ser vivo, eterno, melhor” (*φαμεν δε τον θεον ειναι Ζωον αιδιον αριστον*). Ela é o bem absolutamente, a finalidade suprema, absoluta. (*Über das Himmelsgebäude*, II, 12). Como todo movimento parte da divindade, direta ou indiretamente, e todo movimento é dirigido para o bem, como para a finalidade, imanente à natureza, pode esse movimento em direção ao bem somente ser a finalidade fixada à natureza pela divindade, pode o bem na natureza somente ser o valor divino imanente à realidade. Como um valor somente pode ser fixado por uma vontade, tem de ser o bem na natureza a vontade divina na natureza. De fato, diz Aristoteles expressamente: “deus e a natureza não fazem nada sem finalidade” (*ο δε θεος και η φυσικς ουδεν ματην ποιουσιν*) (*Über das Himmelsgebäude*, I, 4). Na *Nikomachischen Ethik* (VII, 1153 b) está escrito: “O divino vive da natureza em tudo” (*παντα φυσει εχει τι θειον*). Na *Eudemischen Ethik* (VIII, 2): “A questão é, verdadeiramente, o que é o início do movimento na alma. Notoriamente é, como no universo, no fundo, assim também aqui, a divindade. Pois tudo é, realmente, finalmente, movido pela divindade.” E no tratado: *Über Werden und Vergehen* (II, 10), nós lemos: “Deus consuma o ser todo ao ele transformar o devenir em um essencial que tem a sua finalidade em si mesmo ... todos os seres naturais aspiram para o eterno e imodificável e apresentam, tanto como possível, sua conexão interior com o essencial e substancial, ao eles, sempre de novo, criarem-se.”¹

Uma interpretação do mundo consequentemente teológica é necessariamente unida com a suposição que deus, ao mundo, tem de ser não só transcendente, mas também imanente. Uma ideia que Goethe expressou em forma poética:

“Que deus seria, que só impele de fora

1 - Segundo a tradução de Franz Biese: *Die Philosophie des Aristoteles*, Berlin 1835, I. Bd., S. 480.

No círculo deixa correr no dedo o universo!
A ele convém mover o mundo no interior
Natureza em si, cuidar-se em natureza.
De modo que, o que nele vive e tece e é
Nunca sente a falta de sua força, nunca de seu espírito.”²

A imanência de deus no mundo não é, de modo nenhum, somente próprio do panteísmo. Também a teologia católica não pode evitar a suposição de uma imanência de deus no mundo. Eu cito um teólogo católico, o jesuíta Walter Brugger: “A verdadeira imanência do mundo em deus e deus no mundo não anula a transcendência de deus.”³ A ideia da imanência de deus no mundo é obscurecida na metafísica de Aristoteles pelo fato de ele descrever a essência de deus como mero pensar, como mera razão pensante (*νοῦς*); e o fato, por ele afirmado, que de deus, como o primeiro movedor, parte todo movimento na realidade, no modo seguinte tentar esclarecer: “deus, como o melhor e, por isso, o mais digno de anelar, move como algo que é amado” (*χινεῖ δε ὡς ἐρωμενον*) (*Metaphysik*, XII, 7). Porém, finalmente, Aristoteles realmente consente que a finalidade, imanente à natureza, é uma finalidade fixada à natureza pela vontade de deus. Ele apresenta a questão (*Metaphysik*, XII, 10): “De que modo a natureza compreende em si o universo, o bem e o melhor.” Isso significa pois, certamente, como a finalidade entra na natureza. E ele responde essa questão ao ele fixar a relação entre deus e a natureza em paralelo para com a relação entre um comandante do exército e a ordem de seu exército. “No exército o bem reside tanto na ordem como no comandante do exército, e precisamente, mais ainda no último: pois, não o comandante do exército é por causa da ordem, mas a ordem é por causa do comandante do exército.” A ordem do exército é ordem do comandante do exército e, assim, fixada pela vontade do comandante do exército. Ela é boa porque a vontade do comandante do exército é boa. Assim é a ordem da natureza fixada pela vontade de deus. Ela é boa porque a vontade de deus é boa. O bem na natureza é a boa vontade de deus. Por fim, está escrito: “O existente não quer ser mal regido.” A que segue a citação-Homero: “Nunca o domínio de muitos é de utilidade; um seja soberano.” Se o

2 - Gedichte: Gott, Gemüt und Welt (Gedichte 1812-1814).

3 - Philosophisches Wörterbuch, herausgegeben von Walter Brugger, S. J., 4. Aufl., Freiburg 1951, Artikel: “Immanenz”, S. 162.

ser é bom, é bom porque ele é regido por deus, porque ele cumpre a ordem do comandante do exército divino. A razão pensante de deus revela-se, finalmente, como uma razão querente também, porque ordenadora em forma de comandante do exército.⁴

Mas também a razão humana é, segundo Aristoteles, não somente uma razão pensante, conhecedora, mas também uma querente, porque ordenadora, parte do movimento. A contradição interior, que reside no conceito de uma razão pensante e, simultaneamente, querente, expressa-se claramente pelo fato de Aristoteles fender a razão em uma teórica e uma prática (na *νοῦς θεωρητικός* e na *νοῦς πρακτικός*). Esse conceito duplo encontra-se em seu tratado *Über die Seele* (XII, 10). Lá está escrito, o movimento tem duas causas: o impulso (*ορεξίς*) e a razão (*νοῦς*). Como causa do movimento, a razão entra em consideração, contanto que ela diga respeito ao atuar, que ela fixe à pessoa um atuar determinado. Precisamente com isso ela é razão prática. A função essencial da razão prática é prescrever, ordenar. Todavia, diz Aristoteles, que é a razão pensante que manda, que ordena fazer algo ou omitir (III, 9). Mas isso psicologicamente não é possível. Um mandamento, uma ordem somente pode ser o sentido de um querer. Na *Ethik* (I, 13), onde Aristoteles distingue entre uma parte racional e uma sem razão da alma e, dentro da parte sem razão, uma parte vegetativa e uma anelante, ele diz, a parte

4 - Já C. A. Brandeis: *Geschichte der Entwicklung der griechischen Philosophie*, Bd. I, 1862, S. 486, afirma que somente se pode entender a metafísica aristotélica, “quando se supõe que a ideia divina, de alguma maneira, entra no mundo”. Sobre isso, a interpretação mais recente de Aristoteles, especialmente Werner Jaeger (*Aristoteles*, 2. Aufl., Berlin 1955), que recusa a teoria da imanência, não pode passar. Ele expõe (S. 411): “A unidade de deus com o mundo não é nem produzida pelo fato de ele o penetrar, nem assim, que ele cuida em si a totalidade das formas como mundo inteligível, como se considerou, mas o mundo depende (*ἡρτηται*) dele: ele é a sua unidade, embora ele não esteja nele. Ao cada ser realizar, aspirando a sua própria forma, ele realiza em sua parte aquela perfeição infinita, que ele, como todo, é.” Se cada ser, para si, realiza aquilo que deus é, realiza ele, em si, deus, está deus *em* cada ser. Deus não pode ser a unidade do mundo e não estar *no* mundo; pois a unidade do mundo não pode estar fora do mundo. A unidade de um objeto, que está fora desse objeto, é uma não-ideia, que não se pode atribuir ao Aristoteles, porque ele, de algum fundamento, não acentuou particularmente a imanência de deus no mundo, que inevitavelmente resulta de sua doutrina-enteléquia. De resto, Jaeger mesmo cita a passagem acima citada da *Eudemischen Ethik*, na qual a imanência de deus no universo e na alma humana claramente se expressa. E a *Eudemische Ethik* tem de, segundo Jaeger, ser considerado como uma obra de Aristoteles.

vegetativa, sem dúvida, não tem nenhuma comunidade com a razão, mas a parte anelante tem, em certo modo, parte nela, “contanto que ela a ela seja dócil e preste obediência”, de modo que, “em certa maneira, o irracional deixa trazer-se, pela razão, à obediência”. Uma razão, que ordena e é obedecida, pode somente ser uma razão pensante e, simultaneamente, querente, isto é, precisamente, uma prática. Isso pode, porém somente ser uma razão divina ou a razão divina na pessoa. Isso, todavia, Aristoteles mesmo não afirmou. A consequência da doutrina da razão aristotélica primeiro Thomas von Aquino, seu aluno fiel, tirou.

IV.

Assim como parece ser natural que a metafísica aristotélica, com sua doutrina da enteléquia, isto é, a imanência do valor na realidade, tem de levar a uma doutrina do direito natural, assim, porém, a visão universalmente sustentada, que a filosofia aristotélica contém uma doutrina do direito natural ou, até, a opinião, às vezes sustentada, que Aristoteles é o fundador dessa doutrina, não resiste a exame crítico.⁵

Como o direito natural apresenta uma justiça que resulta da natureza, justiça, porém, é uma exigência da moral, pode a posição de Aristoteles para com a doutrina do direito natural somente em conexão com sua doutrina da justiça e sua doutrina da justiça somente em conexão com sua ética ser entendida. Nesse sentido, tem de, inicialmente, ser comprovado que a ética aristotélica é discrepante.⁶ Objeto da sua ética é o “bem”, “a que todos aspiram” (1094 a), isto é, o objetivo da vida humana. Esse bem é a felicidade, “o bem extremo” (1097 b), e essa felicidade Aristoteles identifica com a virtude (1098 b). Como já em seu *Protreptikos*, Aristoteles designa também em sua *Nikomachischen Ethik* como esse bem extremo o conhecimento puro, a atividade que considera da pessoa. No livro X. ele qualifica ele como “a virtude mais excelente” (1177 a). Ele envolve afastamento

5 - Comparar para isso, Walther Eckstein: Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung, Wien 1926, S. 72.

6 - Comparar Olof Gigons Einleitung zu seiner Übersetzung der Nikomachischen Ethik: Aristoteles Nikomachische Ethik, eingeleitet und neu übertragen von Olof Gigon. Artemis-Verlag, Zürich 1951, S. 40.

das coisas mundanas e dedicação às eternas, com o que a atividade que considera é proclamada como o valor moral extremo. Por isso, Aristoteles apresenta a divindade como pensar puro. Em contrapartida, porém, Aristoteles reconhece também uma moral política que diz respeito à conduta dos cidadãos no estado e, por isso, não é compatível com a moral do conhecer puro. Essa moral política é o objeto principal da *Nikomachischen Ethik*. Do ponto de vista dessa moral política, é a justiça “a perfeita” e “a inteira” virtude (1129 b, 1129/30 a). Mas, após no livro X, a atividade que considera ser elogiada como a “virtude mais excelente” e “atividade mais primordial”, está escrito: “Em segundo lugar é feliz aquela vida que é segundo as outras virtudes” e sob essas “outras virtudes” é mencionada, em primeiro lugar, a justiça (1178 a).

Essa contradição Aristoteles tenta cobrir pelo fato de ele, no início do segundo livro, declarar: “A virtude é de tipo duplo, ética e de acordo com o intelecto”, com o que a virtude do conhecimento puro é qualificada como uma virtude não-ética. Mas uma “virtude” não-ética é uma contradição em si mesma, contanto que “virtude” apresente o “bem” e, assim, um valor moral.

A moral, que apresenta o objeto principal da *Nikomachischen Ethik*, é uma moral política, uma vez que Aristoteles designa essa ética como “ciência política” (*πολιτική [επιστήμη]*) e o justo expressamente como “objeto da ciência política” (1094 a) e acentua que ele pergunta “sobre o justo no estado” (*πολιτικόν δίκαιον*) (1134 a). Esse bem não é a ideia transcendente do bem de Platão, mas “o bem para as pessoas” (1094 a); “O bem para as pessoas” no geral, mas, no particular, “o bem para o estado”. Pois Aristoteles diz: “Pode, exatamente, também o bem ser o mesmo para o particular e o estado, assim parece ser, porém, maior e mais perfeito tomar e guardar o bem para o estado; satisfatório é, sem dúvida, já em uma única pessoa, mais bonito e divino, porém, para povos e estados.”

Como o bem é felicidade e felicidade virtude, Aristoteles está diante da questão: o que é virtude (1101 b)? Sua resposta imediata é: “Parece o homem de estado verdadeiro, sobretudo, esforçar-se por ela. Pois ele quer que os cidadãos tornem-se virtuosos e obedientes às leis; um exemplo nós temos nos dadores de leis dos cretenses e espartanos.” Isso significa: virtude é algo que o homem de estado, como dador de leis, quer produzir ao ele trazer os cidadãos a isto, de obedecer às leis do estado, ao direito positivo, portanto. Justiça é

uma virtude, sim, a “perfeita” e “inteira” virtude, uma virtude do cidadão e, como tal, ela consiste na conduta segundo o direito positivo. Assim, exclui Aristoteles, de antemão, já no primeiro livro da *Nikomachischen Ethik*, uma justiça distinta do direito positivo, que está, com ele, possivelmente, em conflito.

Aristoteles distingue, como já observado, uma virtude “de acordo com o intelecto” e uma “ética”. A justiça é uma virtude ética. Desta, diz Aristoteles no início do segundo livro (1103 a): “A virtude ética resulta da virtude” e “que nenhuma das virtudes éticas a nós naturalmente é dada. Pois nenhum objeto natural pode adquirir outros costumes. A pedra, que naturalmente cai, nunca irá acostumar-se a ascender para cima, também quando se exercitasse mil vezes atirar ela para cima — do mesmo modo também o fogo não vai para baixo e, também em geral, nenhum ser deixa acostumar-se de outra forma como ele é de natureza. As virtudes não são, portanto, nem de natureza nem contra a natureza. Nós somos, ao contrário, de natureza formados para isto, acolher elas, mas consumadas elas são pela habitação.”

Como nenhuma das virtudes éticas a nós naturalmente é dada, justiça, porém, é uma virtude, não é a justiça a nós naturalmente dada. Justiça não pode a nós naturalmente ser dada, pois sob natureza entende Aristoteles aqui o decurso, necessário e inalterável, do ocorrer. Naturalmente cai a pedra, naturalmente vai o fogo para cima. A pessoa não é naturalmente justa, assim como a pedra naturalmente cai e o fogo naturalmente para cima vai. Pois a pessoa pode ser justa ou injusta. A pedra, porém, não pode cair ou ascender, o fogo não para cima ou baixo ir. Justo é quem se comporta assim como ele deve comportar-se, mas também se pode comportar de outra forma, portanto, ser injusto. Como “naturalmente” é o que necessariamente assim é como é e não pode ser de outra forma, não é justiça, como virtude, “nem naturalmente nem contra a natureza”. Não é, porém, justiça naturalmente dada, não pode existir direito natural. Pois direito natural é a justiça dada naturalmente. Virtuoso no geral e, por isso, justo no particular não se torna naturalmente, mas por causa do direito: “Uma prova” para isto, que as virtudes éticas não são dadas naturalmente, “é também aquilo que ocorre nos estados”. Pois os dadores de leis fazem os cidadãos, por habitação, virtuosos e isso é o objetivo de cada dador de leis, não só — como antigamente dito — do “verdadeiro” homem de estado. O dador de leis, não a natureza

faz os cidadãos virtuosos e, portanto, também justos. Ele faz eles virtuosos e especialmente justos ao ele fazer eles obedientes às leis. Cada dador de leis tem esse objetivo. Portanto, é justo: a todas as leis do estado obedecer. Aristoteles acrescenta, todavia: “Quem isso não faz habilmente, ele faz um erro e justamente nisso distingue-se uma constituição boa de uma ruim.” Poderia ser-se propenso a supor, Aristoteles ensina: o bom homem de estado faz os cidadãos somente virtuosos pelo fato de ele submeter eles a leis boas, isto é, justas. Isso, contudo, não é considerado com as proposições acima citadas. Seu sentido é: *cada* dador de leis quer fazer os cidadãos virtuosos, ao ele trazer eles a isto, obedecer às leis por ele promulgadas. Não sempre ele consegue isso. Se ele não consegue, então isso não tem a sua causa nisto, que ele é injusto e, por isso, dá leis ruins, injustas, mas nisto, que ele não emprega os meios idôneos para trazer os cidadãos à obediência perante as leis por ele promulgadas. Aristoteles tem, nisso, presumivelmente, em vista aquilo a que ele, no início do terceiro livro (1109 b 16 — 1110 a 15), remete: a “homenagens e correções” que o dador de leis prescreve como reação ao cumprimento e não-cumprimento das leis por ele promulgadas. Fosse Aristoteles da opinião que um homem de estado faz os cidadãos somente virtuosos pelo fato de ele submeter eles a leis boas, isto é, justas, teria de ele, certamente, ter posto a distinção entre leis boas e ruins, justas e injustas no ápice de sua investigação. As palavras: “E justamente nisso”, isto é, que um dador de leis mostra-se hábil ou não-hábil, “distingue-se uma constituição boa de uma ruim”, não podem ser interpretadas no sentido: nisso distingue-se um ordenamento jurídico, o bom, isto é, contém leis justas, de um ordenamento jurídico que leis ruins, isto é, injustas. A constituição de um estado não é idêntica com as leis promulgadas pelo dador de leis constitucional.

Em seguimento a essas exposições Aristoteles acentua, ainda uma vez, que não se é naturalmente bom ou ruim, portanto, também não naturalmente justo ou injusto. Ele diz: um bom tocador de cítara torna-se ao se tocar cítara bem, um bom mestre de obras, ao se construir bem, um ruim, quando se constrói ruim. As qualidades [bom e ruim] nascem das atividades correspondentes. “Se, realmente, não se sucedesse assim, então não se careceria de absolutamente nenhum professor, mas todos seriam naturalmente bons ou ruins. Assim sucede, portanto, também nas virtudes.” Isto é — como justiça é uma virtude —, não se é naturalmente justo, ou: o que é justo não resulta

da natureza da pessoa, mas de outra parte. Tem de, à pessoa, de alguma maneira, de fora ser ensinado. Do prévio resulta: das leis do estado. Aristoteles diz, porém, aqui: é necessário um professor, isto é, tem de ser ensinado à pessoa, ser ensinado da ciência política da ética, que, como ele diz antes: “promulga leis sobre isto, o que se tem de fazer e de omitir”. Porém, nisso, Aristoteles mistura a ciência política com a política como a atividade do homem de estado como dador de leis. Ele declara, certamente também, imediatamente a seguir (1103 b 1 até 1103 b 27): “Como, agora, a investigação atual não deve servir à investigação pura como as restantes (pois nós não perguntamos para saber o que seja a virtude, mas para que nós nos tornemos virtuosos, uma vez que nós, de outra forma, nenhuma utilidade teríamos dela), assim nós temos de examinar as atuações, como se deve executar elas.” Aqui Aristoteles ilude a mistura, que pode ser observada também hoje ainda quase universalmente, de normas que descrevem ciências, como ética e ciência do direito, com o objeto dessas ciências, a moral prescribente e o direito prescribente; uma mistura que está baseada no conceito aristotélico da razão prática (*νοῦς πρακτικὸς*). Pois Aristoteles continua: “Que se deve atuar segundo conhecimento reto é um princípio geral e seja aqui pressuposto.” E (1114 b 25), depois que ele qualificou as virtudes como um intermediário, Aristoteles diz: “que elas estão em nossa força e são espontâneas e assim como a razão reta prescreve.”

Também em uma outra conexão Aristoteles recusa a ideia de uma justiça natural. Quando ele expõe que virtudes não são “capacidades”, ele diz: “Nós não significamos bom porque nós somos capazes para alguns afetos e também não ruins por causa disso e também não recebemos, por causa disso, elogio ou repreensão. Ademais, nós somos para algo capazes de natureza; nobre ou ordinário [e, assim, justo ou injusto], em compensação, nós não nos tornamos de natureza” (1105 b até 1106 a). Portanto, também aqui: não existe nenhuma justiça “de natureza”.

Ao problema da justiça está dedicado o livro V. da *Nikomachischen Ethik*. Aristoteles distingue conceitos distintos da justiça. Está escrito aqui: “Justo é quem observa essas leis e segue a igualdade. Justo é, portanto, o legal e o igual, injusto, o antilegal e desigual” (1129 a). Segundo isso, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade parecem dois tipos de justiça distintos, que estão um ao lado do outro. Logo depois, porém, está escrito: “Se agora o antile-

gal vale como injusto e o observador das leis como justo, então é claro que todo legal é, em um certo modo, justo. O que é determinado pelo dador de leis é legal e cada particular disso [isto é, cada determinação particular das leis] nós denominamos justa.” Essa justiça é idêntica com juridicidade, em que, sob “direito”, tem de ser entendido o direito positivo, qualquer que seja o conteúdo que ele possa ter. Aristoteles não distingue aqui entre um direito positivo justo e injusto. “Cada direito positivo é justo, pois ‘todo’ legal, isto é, o direito realmente fixado por um dador de leis, é ‘justo’”. “Todo o âmbito das atuações prescritas pelas leis são atuações que são prescritas pela virtude em sua extensão toda. A lei ordena a viver segundo cada virtude particular e proíbe a atuação de cada vício particular” (1130 b). Como justiça é uma virtude e o direito positivo ordena a viver segundo cada virtude particular, tem de o direito positivo, *cada* direito positivo, ser justo. E, em uma conexão posterior (1134 a 28), está escrito: “O verdadeiro justo está entre pessoas que têm entre si uma lei. E uma lei está aí onde existe injustiça. Pois o direito [isto é, certamente, o direito positivo] é a separação do justo e do injusto.” E na *Politik* (livro I., Capítulo 2., 1253 a) está escrito: “A justiça, porém, o conteúdo de cada moralidade, é uma coisa estatal. Pois o direito é nada mais que a ordem dominante na comunidade estatal e, justamente, esse direito [isto é, o direito positivo] é também que decide sobre isto, o que é justo.” Isso significa, não mais e não menos, que o direito positivo e justiça convergem.

Se o princípio da igualdade fosse um princípio da justiça, distinto do princípio da legalidade e que está ao lado do princípio da legalidade, então teria de, entre o princípio da legalidade e o da igualdade, ser possível um conflito. Um direito positivo, que viola o princípio da igualdade, teria de — visto do ponto de vista do princípio da igualdade — valer como injusto. Isso, contudo, segundo Aristoteles, não é o caso. Pois ele apresenta o conceito da legalidade, o conceito da juridicidade positiva, como o conceito mais amplo da justiça que abarca em si o conceito de igualdade como um conceito de justiça particular. Ele diz da legalidade: “Essa justiça é a virtude perfeita” (1029 b 14); e: “Essa justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira e a injustiça, oposta a esta, não uma parte da ruindade, mas a ruindade toda.” E ele prossegue: “Nós procuramos agora a justiça como parte particular da virtude. Nós afirmamos, exatamente, que ela existe. Do mesmo modo vale isso da injustiça como vício parti-

cular ... Existe, portanto, uma injustiça como parte da injustiça toda e um injusto como parte do injusto todo no sentido do antilegal” (1130 a 5). Portanto, tem de existir uma justiça como parte da justiça toda, da justiça no sentido da legalidade como a juridicidade positiva. A justiça particular, que é uma parte da justiça toda como a juridicidade positiva, é a igualdade. Pois está escrito no que segue: “Que existem vários tipos de justiça e uma justiça particular ao lado da virtude toda [que é a juridicidade positiva] é claro. O que e como ela é, tem de ser investigado” (1130 a 27). Aristoteles comunica somente o resultado dessa investigação. E o resultado é: que essa “justiça particular” é a igualdade e que essa igualdade particular está para a justiça, que é a virtude toda, assim “como parte e todo”; “pois todo desigual é antilegal, mas não todo antilegal é desigual — ... Pois cada injustiça é uma parte da injustiça toda e, do mesmo modo, a justiça correspondente [isto é, o princípio da igualdade], uma parte da justiça”, da justiça toda, que é a legalidade, isto é, a juridicidade positiva. Entre esta justiça e a justiça da igualdade não pode existir conflito, pois esta está contida naquela. Todas as normas do direito positivo são justas, mas no interior dessas normas existem tais que são justas em um sentido particular: aquelas que aplicam o princípio da igualdade.

Agora, Aristoteles não pode ignorar o fato que existem ordenamentos jurídicos positivos que, de modo nenhum, tratam igualmente todos os cidadãos. Ele diz: “As leis dizem respeito a todas as relações possíveis e sua intenção é ou o melhor geral de todos os cidadãos ou o dos melhores ou dos governantes, e precisamente, ou no sentido da virtude ou em um outro tal sentido” (1129 b 14). Como ordenamento jurídico positivo é justificado, portanto, também um tal como justo, que não é dirigido ao bem-estar de todos os cidadãos, mas somente de um grupo preferido. Pois essa preferência é apreciada como justa, uma vez que como seu critério é considerada a “virtude” ou então “algo tal”, isto é, um valor moral. Nessa preferência Aristoteles não vê nenhuma violação daquilo que ele chama “igualdade”. E para poder justificar não somente um ordenamento jurídico democrático, mas também um aristocrático e monárquico como em conformidade com o princípio da igualdade, ele desenvolve sua doutrina da proporcionalidade como igualdade. Todos os ordenamentos jurídicos positivos, diz ele, “concordam nisto, que o justo tem de basear-se no distribuir de um determinado valor. Porém, esse valor não vale para todos como o mesmo, mas os democratas veem ele na

liberdade, os oligarcas na riqueza, outros na nobreza e os aristocratas na virtude. O justo é, portanto, algo proporcional. Proporcionalidade é uma igualdade das relações ...“ (1131 a 12). “A justiça é, portanto, aquela virtude pela qual o justo ... procede segundo a igualdade proporcional ...” (1134 a 4). A justiça proporcional é a distribuição com base em um valor, algum valor, se isso agora é liberdade, riqueza ou virtude. Isto é, porém: com base naquilo que se considera como um valor. Assim, o conceito de igualdade é substituído pelo do valor subjetivo e, por isso, relativo. E assim, pode cada ordenamento jurídico, que distribui deveres e direitos segundo algum valor subjetivo e, por isso, relativo — e cada ordenamento jurídico positivo distribui deveres e direitos segundo um tal valor —, ser justificado como em conformidade com o princípio da igualdade.

Essa identificação do direito positivo com a justiça é incompatível com uma doutrina do direito natural autêntica. Pois essa tem de consentir a possibilidade de uma contradição — pelo menos, em princípio — entre ambos, ainda que ela esforce-se por limitar essa possibilidade a um mínimo.

Em sua justificação do direito positivo Aristoteles não vai tão longe de qualificar todos os ordenamentos jurídicos positivos como do mesmo valor. A lei, está escrito, ordena todas as virtudes e proíbe todos os vícios, e precisamente, “procede ela nisso corretamente e bem, quando ela mesma é boa, menos corretamente e bem, quando ela é negligentemente [descuidado: *απεσχεδιασμενος*]⁷ projetada” (1129 b 14). A diferença de valor é somente um grau maior ou menor do ser-bom ou -correto. E essa diferença não é reduzida à intenção da lei, mas à técnica legislativa, isto é, a isto, que uma lei é cuidadosamente redigida, a outra, porém, negligentemente.

Disto, que “todo legal é justo” e a lei ordena “viver segundo cada virtude particular”, iria seguir que um bom cidadão, isto é, uma pessoa, cuja conduta corresponde a todas as normas do direito positivo, também tem de ser uma pessoa moralmente boa, justa. Mas, não completamente de acordo com a identificação do direito positivo com a justiça, diz Aristoteles: “Eu acho que, pois realmente, talvez ser uma pessoa boa e um cidadão bom em cada estado respectivo não completamente é o mesmo.” Parece que o autor da *Nikomachischen Ethik* realmente ficou algo temeroso diante da consequência da iden-

7 - *σχεδιασμος*: o falar e atuar improvisado; *σχεδιαζω*: ser descuidado, fazer algo improvisado, fazer levianamente.

tificação de justiça e legalidade. Mas nisto, que, segundo o texto, presente a nós, o direito positivo é identificado com a justiça, não pode ser duvidado.

Isso é, no fundo, somente uma consequência possível da suposição, que uma realidade, que é imanente ao valor, em princípio, tem de ser boa. Pois o direito positivo é o direito fixado por atos reais, o direito real, de fato existente e tem de, por isso, no essencial, ser considerado como bom, isto é, porém, como justo. Nisso, mostra-se a contradição interna de uma doutrina do direito natural que quer proporcionar uma medida de valor para o direito positivo. Ela pode da natureza, especialmente da natureza da pessoa, somente deduzir as normas justas se essa natureza é boa. É ela, porém, boa, não carece de nenhuma norma que prescrevem como as pessoas devem comportar-se, uma vez que elas, realmente, segundo sua natureza, têm de comportar-se assim. De tais normas somente carece quando a natureza da pessoa não é boa. O direito está, como Thomas von Aquino diz, aqui não por causa dos bons, mas dos maus.⁸ É, porém, a natureza da pessoa má, não pode dela ser deduzida nenhum direito natural. A doutrina aristotélica da enteléquia pressupõe uma, em princípio, boa realidade, apresenta uma interpretação da natureza otimista. Por conseguinte, é somente consequente quando a ética aristotélica, no essencial, termina em uma justificação da moral positiva e do direito positivo como a ordem social realmente estabelecida pelas pessoas.

A distinção de *φυσικον δικαιον* e *νομικον δικαιον*, do naturalmente e do legalmente justo realiza-se nesta proposição: “O politicamente justo é, em parte, naturalmente, em parte, legalmente, justo.” Sob o politicamente justo (*πολιτικον δικαιον*) pode ser entendido nada mais que o direito positivo de uma comunidade de livres e iguais. Pois, antes, está escrito: “que o objeto, que nós agora investigamos, é tanto o justo absolutamente como o politicamente justo (*πολιτικον δικαιον*). O último é o justo que tem lugar entre tais que, para a finalidade da vivência em comum posta sobre auto-satisfazer, são membros de uma comunidade, como livres e iguais” (1134 a). Com *φυσικον* e *νομικον δικαιον* Aristoteles distingue dois tipos do direito estatal positivo. Isso é possível, porque *το δικαιον* significa tanto justiça como direito positivo. A diferença

8 - Summa theologica, I-II, 96, Art. 5.

entre *φυσικον* e *νομικον δικαιον* consiste nisto, que o justo natural “em toda a parte tem a mesma validez e não é direito pelo fato de as pessoas considerarem ele como ou não considerarem ele como; legalmente justo, em compensação, é o que originalmente, sem diferença essencial, pode ser e valer assim ou de outra forma, que, porém, assim que as pessoas o fixaram, não mais é indiferente”. Isto é: sob as normas do direito positivo existem tais que regulam um objeto em determinado modo, em que esse objeto pode ser regulado somente assim e não de outra forma, como, por exemplo, normas que proíbem assassinato e furto; e normas que regulam um objeto em determinado modo, em que, contudo, esse objeto pode ser regulado também em outro modo, de modo que essas normas têm um caráter arbitrário; como, por exemplo, normas que regulam o tráfego ao elas prescreverem que se deve desviar veículos que vêm em sentido contrário pela direita e não pela esquerda. Como se trata, no naturalmente justo, de normas do direito positivo, Aristoteles tem de recusar a opinião que o naturalmente justo é imodificável: “Algumas pessoas são, precisamente, da opinião: no fundo, todo direito é somente um fixado; pois, dizem elas, tudo o que é de natureza é inalterável e tem, em toda a parte, a mesma força, como, por exemplo, o fogo queima aqui tão bem como nos persas, enquanto nós vemos alterar-se realmente os conceitos sobre aquilo que é direito. Isso, porém, não é o caso, mas somente até um certo grau. Sem dúvida, nos deuses não deveria, certamente, no fundo, de modo nenhum, poder tratar-se de uma tal alteração; somente em nós pessoas existe, todavia, sem dúvida, também um direito natural; somente um tal direito natural é, porém, sempre também alterável.” Alterável, porém, somente até um certo grau! Também as normas do direito positivo, que, como as proibições do assassinato, do furto, e assim por diante, de modo nenhum são arbitrárias, não são completamente iguais em toda a parte. Elas são, em tempos distintos, em povos distintos, distintas. Mas essas alterações mantêm-se dentro de determinados limites. A diferença entre as normas do direito positivo, designadas como “naturalmente” justas, e as normas do direito positivo, designadas como meramente “legalmente” justas, é somente esta, que aquelas são alteráveis em um grau muito mais reduzido que estas. Com isso, porém, a primeira definição do “naturalmente justo” como aquilo “que, em toda a parte, tem a mesma validez”, é consideravelmente modificada. Pois, se ele — ainda que somente em uma medida mais reduzida — é alterá-

vel ele não pode ter, em toda a parte, a mesma validade. Com isso, porém, é recusada a suposição de um direito natural autêntico, isto é, em toda a parte e sempre, com o mesmo conteúdo e vigente para todas as pessoas.⁹

9 - Depois que está dito: “um tal direito natural é sempre também alterável”, está escrito: “Mas, não obstante, existe um direito que, de natureza, é um tal e um direito que, de natureza, não é um tal. De qual tipo e composição, porém, isto é, qual deles, o que também pode ser de outra forma, é de natureza e aquilo que não é (justo) de natureza, mas por lei e acordo — já que ambos são alteráveis — isso é manifesto.” Se ambos os tipos de justiça são alteráveis, de modo nenhum, é manifesto decidir de qual tipo e composição o naturalmente e o legalmente justo é. A isso acresce que aqui o naturalmente e o legalmente justo são apresentados como dois tipos do justo dentro daquilo “que também pode ser de outra forma”, enquanto, realmente, antes aquilo que pode ser assim ou de outra forma, como o legalmente justo é distinguido daquilo que, em toda a parte, tem a mesma validade, como o naturalmente justo. Então, está escrito, mais além: “E também sobre as outras coisas essa determinação irá-se deixar aplicar ajustadamente; pois, de natureza é, por exemplo, a mão direita a mais forte e, mesmo assim, é, por certo, possível que existem pessoas que usam ambas as mãos igualmente bem.” Se, com isso, deve ser dito que uma regra natural pode ter exceções, então isso é algo de outra forma como a afirmação mais antiga, que não só o legalmente justo, mas também o naturalmente justo é alterável. Pois, na alterabilidade do direito positivo não se trata de exceções de uma regra. Também o parágrafo seguinte é logicamente, de modo nenhum, livre de objeções: “A respeito das determinações do direito, que se baseiam em acordo e utilidade, assim é com eles semelhante como com as medidas e pesos; pois também as medidas de vinho e de grãos não são, em toda a parte, as mesmas, mas, onde se compra, maiores, onde se vende, menores.” Isso é — literalmente — impossível, uma vez que compra e venda somente são dois lados de uma e mesma transação. É, com isso, considerado que no comércio por atacado, pelo mesmo preço, é vendido e comprado uma maior quantidade de vinho e cereais que no comércio por varejo, então é incompreensível o que isso tem a ver com a alterabilidade do naturalmente justo. As determinações do direito, que se baseiam em acordo e utilidade, têm de, aqui, ser pressupostas como naturalmente justas. Pois, no que segue, está escrito: “Do mesmo modo são, precisamente, também os direitos não de acordo com a natureza, mas somente humanos não em toda a parte os mesmos, já que, certamente também, as constituições não em toda a parte são as mesmas.” Portanto, as constituições não são de acordo com a natureza, mas somente direito humano, isto é, normas jurídicas fixadas por pessoas. Mas, no que segue, a constituição é designada como direito natural: “Em toda a parte é somente uma constituição a de acordo com a natureza, ou seja, a melhor.” Se, porém, em toda a parte, somente uma constituição é de acordo com a natureza, esse direito natural não pode ser alterável. Também além disso o capítulo contém exposições que são tão notoriamente duvidosas, que mal podem ser atribuídas a um pensador tão grande como Aristoteles. Assim, quando é afirmado, um homem que coabita com uma mulher, da qual ele sabe que ela é casada, mas sem que ele tenha refletido antes o ato, mas de pai-

Como o direito positivo — realmente, no fundo, somente o direito positivo — é justo, de modo algum entra em consideração a possibilidade, essencial para uma doutrina do direito natural autêntica, de um conflito entre o *φυσιχον δικαιον* e o *νομιχον δικαιον*. Menos ainda, que para o caso de um tal conflito, é afirmada a invalidade do direito positivo, isto é, do *νομιχον δικαιον*. Um tal conflito também, segundo o modo como Aristoteles apresenta a diferença entre *φυσιχον* e *νομιχον δικαιον* em sua *Nikomachischen Ethik*,

xão, e uma pessoa que roubou algo, atuam, sem dúvida, injustamente, não são, porém, injustos (*αδικοει μεν ουν, αδικος δ ουχ εστιν*). Sobretudo, porém: depois que (1129 b 18, 19) vale como justo aquilo que efetua e guarda a felicidade pela comunidade de estados (*πολιτιχη χοινωνια*) e que a lei estatal prescreve todas as virtudes, portanto, também a virtude da justiça e que essa justiça, garantida pela lei estatal, é a mais significativa das virtudes e depois que, no capítulo acima mencionado (1134 a 20), é esclarecido, aqui, Aristoteles quer procurar “o justo no estado” (*πολιτιχον δικαιον*), está escrito posteriormente (1134 b 13): “O [direito] estatal não é nem justo nem injusto” (*ουδ αρα αδικον ουδε δικαιον το πολιτιχον*), “pois ele é aquilo segundo a lei e existe somente naqueles que, segundo sua natureza, são capazes das leis.” Antes, porém, justiça foi, abertamente, identificada com legalidade, isto é, com o segundo às leis estatais; e depois o estatalmente justo (*πολιτιχον δικαιον*) é designado em parte como naturalmente, em parte como legalmente justo. Isso é uma contradição que não pode ser eliminada por nenhuma interpretação. Também não assim, que se, como Gigon em sua tradução — de resto, excelente —, relaciona a proposição, acima citada, com a imediatamente prévia: (*διο ουχ εστιν αδικια προς αυτα*) “por isso, também não existe nenhum antijurídico perante a si mesmo” e, então, traduz: “também não o politicamente injusto ou justo.” Mas ambas essas proposições são, no texto grego, separadas não por uma vírgula, mas por um ponto final e, na proposição duvidosa, é *το πολιτιχον [δικαιον]* o sujeito e significa, como J. H. Kirchmann (*Des Aristoteles Nikomachische Ethik, Philosophische Bibliothek, 68. Band, Leipzig, 1876, S. 107*) traduz corretamente: “O direito estatal não é nem justo nem injusto.” É difícil supor que essas exposições, decisivas para a suposta doutrina do direito natural de Aristoteles, do livro V. da *Nikomachischen Ethik* não são corrompidas. Se elas, no fundo, admitem uma conclusão sobre a posição de Aristoteles para com a doutrina do direito natural, elas, em todo o caso, não admitem, considerar o Aristoteles como um representante da doutrina do direito natural. Em seus esclarecimentos para a *Nikomachischen Ethik* diz Kirchmann do capítulo do livro V., no qual é feita a distinção entre o *φυσιχον* e *νομιχον δικαιον*, o naturalmente e o legalmente justo, a. a. O., S. 103: “Esse capítulo, ou foi minutado por Aristoteles com grande negligência ou o texto foi posteriormente desfigurado ... Também se mostra que nós, no livro V., muito provavelmente temos de lidar com uma compilação de um aluno mediano ou com um trabalho preparatório de Aristoteles, procedente de tempo muito mais antigo.”

de modo nenhum, pode existir. Pois o *φυσιχον δικαιον*, isto é, o direito natural, é, realmente, só um componente do *πολιτιχον δικαιον*, isso é do direito estatal positivo. São aquelas normas que em todos os ordenamentos jurídicos positivos, em geral, concordam.

Na *Großen Ethik* (1194 b 30 f.) está escrito: “Não, quando ele, por nosso uso, altera-se, por conseguinte, ele não é direito natural, mas ele permanece um tal. Pois aquilo que, em geral, permanece, isso é notoriamente o direito natural.” (“το γαρ ως επι το πολυ διαμενον, τουτο φυσει διαιον προφ ανες.”)

Aristoteles acredita poder comprovar que os ordenamentos jurídicos positivos, na regulação de certas relações, em geral, concordam. As normas, que regulam essas relações, do direito positivo ele denomina direito natural.¹⁰ Quando, porém, sob “direito natural” é entendido nada mais que as prescrições comuns a todos os ordenamentos jurídicos positivos, então cada direito positivo é direito natural e, então, esse chamado direito natural não pode prestar a função, essencial ao direito natural autêntico: de ser uma medida de valor do direito positivo. Então não se pode, com apelação ao direito natural, distinguir entre um direito justo e um injusto. Aristoteles assume, sem dúvida, a distinção, habitual em seu tempo, entre “naturalmente” (*φυσει*) e “em virtude da lei” justo (*νομω δικαιον*), dá a ela, porém, um significado que faz ela, do ponto de vista de uma doutrina do direito natural autêntica, completamente insignificante.¹¹ Ele

10 - Walther Eckstein, a. a. O., S. 78: “Ao Aristoteles, de modo nenhum, o direito natural é o único válido, ele quer, ao contrário, compreender ele ao lado do legal como um mero subtipo do direito e a oposição contra o nomos, como nós a encontramos na sofística — e como ela, na boca daquele que se apóia em um direito natural, seria de esperar —, está, sem mais, longe dele.” E Max Salomon: *Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles*, Leiden 1937, diz (S. 53): “A formação da ideia do direito natural deu a estas palavras” — *φυσιχον* — *νομιχον* “um sentido que, às exposições de Aristoteles, não é inerente. Assim como ele formula esses conceitos, nunca o direito natural é modelo ou critério do direito estatutário.” E S. 55: “Não se deve identificar o *δικαιον φυσιχον* com o *jus naturale* (nota do tradutor: direito natural). E também com os 'direitos eternos', que inalienavelmente estão suspensos lá em cima, ele não tem nada a ver. Ele não é, em modo nenhum, um *δικαιον χαθ δημοιοτητα*, não é, porém, tampouco superior, àquilo que outras vezes mostra-se como direito, em validez, hierarquia, valor.”

11 - Assim como já Aristoteles, desnaturam também muitos filósofos do direito mais recentes o direito natural. Eles argumentam, por exemplo, como segue: como

mesmo usa o conceito de direito natural somente para, com isso, justificar o direito positivo; o que se mostra particularmente claro em sua posição para a questão da escravidão. Aristoteles defende essa instituição com a fundamentação que existem pessoas que são naturalmente escravas (*φύσει δούλοι*).^{11a}

as pessoas, sempre e em toda a parte, vivem em sociedade e submetem-se a uma ordem, que regula sua conduta recíproca, tem de a validade de uma tal ordem corresponder à natureza das pessoas. Todas essas ordens, com referência a certas prescrições, como, por exemplo, a proibição de matar membros da comunidade ou então certos membros da comunidade, concordam. Desse fato deduz-se pela existência de um direito natural que resulta da natureza das pessoas. Essa conclusão é infundada. Disto, que as pessoas, sempre e em toda a parte, vivem sob uma ordem, que regula sua conduta recíproca, não segue que essa ordem resulta da sua natureza. Essa ordem coage elas a renunciar às satisfações de muitos impulsos, especialmente, dos chamados impulsos de agressão, que do mesmo modo são naturais como aqueles dirigidos ao auxílio recíproco. As ordens sociais estão, do mesmo modo, de acordo como em conflito com a natureza como a composição real da pessoa. Pode, como direito natural, provar-se nada mais que as determinações comuns a todos os ordenamentos jurídicos, é exato o que no texto foi dito do *φύσει δίκαιον* aristotélico: ele não pode prestar a função essencial de um direito natural autêntico, distinto do direito positivo e que está a esse, possivelmente, em oposição. E, precisamente, até quando desse chamado direito natural tem de ser consentido que ele é alterável, como isso, na doutrina mais recente de um direito natural alterável, ocorre.

11a - No primeiro livro da *Politik* Aristoteles apresenta a escravidão como uma relação de dominação e acentua que relações de dominação naturalmente existem. “O dominar e servir faz parte não só das coisas necessárias, mas também das próprias. Muita coisa separa-se desde o nascimento, um para o servir, o outro para o dominar. Existem, precisamente, muitos tipos de dominadores e servidores ...” (1254 a). Isso é naturalmente assim. Pois: “É necessário que se unem aqueles seres que não podem existir um sem o outro, por um lado, o feminino e o masculino, por causa da multiplicação (e isso não de livre decisão, mas porque, como em outra parte, em animais e plantas, é uma aspiração de acordo com a natureza deixar um outro ser que é igual a um mesmo), por outro, o governante e governado de acordo com a natureza, por causa da conservação da vida. Pois, o que é capaz de prever com intelecto é, de natureza, o governante e dominante, o que, porém, com seu corpo, é capaz de executar o previsto, é o, de natureza, governado e servidor ...” (1251 a. Segundo a tradução de Olof Gigon: Aristoteles, *Politik und Staat der Athener*, Artemis-Verlag, Zürich 1955). Aristoteles distingue, nessa conexão, dois tipos de relações de dominação: uma “despótica” e uma “política”: *δεσποτικήν αρχήν και πολιτικήν* (1254 b). Em seres vivos pode observar-se ambos os tipos de relação de dominação. “O ser vivo consiste primariamente de alma e corpo, do que um é, segundo sua natureza, um dominador, o outro, um dominado” (1254 a). “A alma tem sobre o corpo um domínio despótico, o intelecto sobre a aspiração, um político” (1254 b). Ambos os tipos de domínio — também o

domínio despótico — existem naturalmente. O domínio do senhor sobre os escravos é um domínio despótico. Esse domínio é natural, pois existem pessoas que são escravos de natureza. “Quem naturalmente não pertence a si mesmo, mas a um outro é, de natureza, um escravo” (1254 a). Pois bem, alguns afirmam, “o domínio despótico é contra a natureza (*παρά φύσιν*). Somente por lei um é escravo, o outro um livre; segundo a natureza, não existe, em compensação, nenhuma diferença. Por isso, escravidão não é justa (*οὐδε δίκαιον*), mas violenta (*βίαιον*)” (1253 b). Essa visão Aristoteles não compartilha. Mas ele consente que ela, “em um certo sentido”, é correta (1255 a). Pois existem casos nos quais domínio de escravidão sobre pessoas é exercido que naturalmente não são escravas. “Existem também escravos e uma escravidão com base em lei: *ἔστι γὰρ τὶς καὶ κατὰ νόμον καὶ δουλεύων*.”

Como Aristoteles antes energicamente acentuou que o estado, *cada* estado, naturalmente existe, que cada estado tem um direito e que, precisamente, esse direito positivo decide o que é justo, justiça é um assunto estatal (comparar supra, página 64), teria de ele também deixar valer como “natural” a escravidão que se baseia somente em lei, isto é, em direito positivo e não poderia recusar ela como injusta. Mas a sua postura nessa questão não é muito inequívoca. Da “lei”, na qual a escravidão baseia-se, ele diz: “A lei respectiva [*νόμος*] é, exatamente, um acordo geral determinado no sentido de que a propriedade vencida na guerra tem de ser do vencedor. Contra esse direito, agora, promovem muitos juristas a demanda, tantas vezes intentada contra os oradores, de antilegalidade [*παρά νόμον*]” (1255 a). Nisso, inicialmente, tem de ser observado que a palavra que Aristoteles usa para designar o “direito”, contra o qual é feita a objeção da antilegalidade, não é a palavra antes usada “*νόμος*”, mas a palavra “*δίκαιον*”, que não só significa direito, mas também justiça. Parece que ele, de acordo com sua interpretação prévia do direito positivo do estado, aceita que é um direito justo, contra o qual se dirige a objeção. Aristoteles também não aprova, sem mais, essa objeção. Ele interpreta a objeção no sentido como se fosse terrível que o vencido devesse ser o escravo e servidor daquele que ele pode vencer e ele sobrepuja em fortidão. Isso, porém, em nenhum modo, é sua (de Aristoteles) opinião. Pois, Aristoteles agora expõe “que a virtude (*ἀρετή*), quando a ela os meios são discretos, também, de preferência, é capacitada para derrubar outros e do lado *vitioso* sempre existe uma *superioridade em algum bem*. Por conseguinte, *o poder parece não ser sem uma virtude*. O litígio concerne somente ao exercício jurídico do domínio”. A tradução literal da última proposição citada: “*ἀλλὰ περὶ τοῦ δίκαιου μόνον εἶναι τὴν ἀμυσιβητήσιν*” seria: “O litígio concerne somente ao direito (ou ao justo).” Mas isso não dá nenhum sentido, pois, que existe um direito positivo está, realmente, fora de questão. Por isso, Gígon traduz: “O litígio concerne somente ao *exercício jurídico* do domínio.” Então, a opinião de Aristoteles seria: a objeção em questão não concerne ao direito positivo — justo — em virtude do qual o vencido converte-se em escravo do vencedor; a validade desse direito e, por isso, a juridicidade e justiça da escravidão, que somente se baseia nisso, está fora de questão; mas o litígio concerne somente ao modo como o domínio jurídico é exercido sobre os assim transformados em escravos. Então, está escrito, mais além: “Assim parece, exatamente, a um a justiça consistir na benevolên-

Se a “natureza” do, supostamente aristotélico, direito natural é a natureza, da qual Aristoteles, na *Politik*, I, 2 (1252 a), diz “que o estado faz parte das coisas existentes *de natureza* e a pessoa *de natureza* é um ser estatal”, então o direito positivo tem de — no sentido

cia, ao outro, porém, justamente, ser justo o domínio do mais forte. Se, contudo, separa-se esses conceitos um do outro, então a primeira afirmação, que, exatamente, o melhor em habilidade deve dominar e governar, não tem nem peso nem credibilidade.” Como a primeira de ambas essas proposições diz respeito ao imediatamente prévio não se pode entender bem. Do que se trata, porém, é, que Aristoteles mantém a afirmação: que o melhor em habilidade deve dominar e, com isso, *justifica* o direito positivo, em virtude do qual o vencedor pode transformar o vencido em escravo. Em um resumo (1255 b), disse Aristoteles: “Que, portanto, o litígio tem um fundamento e não todas as pessoas, simplesmente, de natureza, são livres ou escravas, é claro, mas também, que essa diferença, em alguns casos, realmente existe, onde, então, para um, é propício e justo servir, e para o outro, dominar; cada tem de ser governado ou governar no modo como corresponde a sua natureza, o que, pois, também pode levar à relação de senhores.” Agora se espera a comprovação que nos casos, nos quais domínio de escravidão é exercido sobre pessoas, que não são naturalmente escravas, não é, para um, propício e *justo* servir, e para o outro, dominar. Essa comprovação, porém, não se realiza. O que segue, é: “Ruim governar é para ambos *nocivo*.” Isso diz respeito ao *exercício do domínio*, não ao seu fundamento: natureza ou lei: “Pois, o propício é o mesmo para a parte como para o todo, para o corpo como para a alma; e o escravo é uma parte do senhor, até certo ponto, uma parte animada, mas separada do corpo.” Então, está escrito, mais além (segundo a, como me parece, tradução acertada de Franz Susemihl: Aristoteles Werke, griechisch und deutsch. Sechster Band: Der Politik erster Teil. Leipzig 1879, S. 107): “E, por isso, existe, pois, também uma relação da vantagem comum e propensão recíproca entre ambos, contanto que a natureza mesma determine eles para essa união, ao passo que então, se somente o estatuto exterior e a força trouxe eles na mesma, o contrário tem lugar.” Isto é: que, se o domínio de escravidão somente se baseia na lei, entre senhor e escravo não existe nenhuma relação da vantagem comum e propensão recíproca entre ambos, não, porém — ou então, não expressamente — que um domínio de escravidão, que se baseia somente na lei, é *contra a natureza e injusta*. Isso Aristoteles não pode afirmar expressamente sem entrar em contradição aberta para com sua doutrina da *dadidade da natureza do estado* e direito positivo. Todavia, diz ele antes (1255 a), na disputa com aqueles que, sem dúvida, em geral, não impugnaram o direito do vencedor, de transformar o vencido em escravo, porém, limitam ele a uma guerra justa, e precisamente, a uma guerra contra bárbaros: “Quando eles falam assim, procuram eles nada mais que a escravidão de acordo com a natureza, da qual nós, no início, falamos. Pois, tem de dizer-se que existem pessoas que, de todos os modos, são escravas, e tais que nunca o são.” Mas no resumo, que segue a isso, ele expressa-se, como mostrado, mais cuidadosamente. A impressão total das exposições relativas à escravidão é: que Aristoteles quer justificar a escravidão, que por alguns já na sua época foi repreendida como antinatural e injusta, como de acordo com a natureza e justa.

dessa doutrina — ser considerado como um direito *natural*. Pois, segundo essa doutrina, *cada* estado, e não somente a polis grega, é uma formação da natureza. Pois a dadidade da natureza do estado baseia-se no fato que a pessoa é de natureza um ser vivente estatal, isto é, um formador de estados, a pessoa no geral e não a pessoa grega. “Aquele que, por sua natureza e não somente por acaso, vive fora do estado é ou ruim ou maior que a pessoa ... Quem não pode viver em comunidade ou em sua autarquia não carece da sua, ele não é, como, por exemplo, o animal ou a divindade, parte do estado. *Todas* as pessoas têm, portanto, de natureza, ímpeto para uma tal comunidade [isto é, estatal].” E *cada* estado tem um ordenamento jurídico, “pois o direito é nada mais que a, na comunidade estatal [da qual, até agora, tratou-se, isto é, justamente: a em todo estado], ordem dominante”. Por isso, pois também, esse direito, essencial ao estado, o direito positivo, tem de ser uma formação da natureza, um direito natural. E como — como resulta da passagem acima citada — é esse direito que decide o que é justo, portanto, cada direito estatal positivo é justo, tem de cada direito positivo ser um *φύσει δίκαιον*, também quando Aristoteles, nessa conexão, não designa ele assim.

A opinião, Aristoteles sustenta uma doutrina do direito natural, parece encontrar um certo apoio em sua distinção entre constituições boas e ruins, corretas e “degeneradas”. Mas como para Aristoteles não só as constituições boas: monarquia, aristocracia e políite, mas também as constituições degeneradas: tirania, oligarquia e democracia, são constituições de *estados* e esses estados — como estados —, juntamente com os ordenamentos jurídicos, essenciais para eles, formação da natureza, não pode essa natureza ser critério para o valor das constituições, seu ser-bom ou -ruim, seu -correto ou -degenerado. Quando Aristoteles avalia uma constituição como ruim ou degenerada, então isso não pode significar que ela é contra a “natureza”, à qual Aristoteles, em sua doutrina do estado como uma formação da natureza e da pessoa como um ser estatal de natureza, refere-se. Com um direito da “natureza” nesse sentido da palavra, a doutrina das constituições do estado degeneradas não tem nada a ver.

Essa visão é dificultada pela circunstância que Aristoteles, em sua doutrina do estado, opera com dois conceitos distintos de estado e — talvez — com dois conceitos distintos da natureza, sem realçar isso expressamente. Isso está unido com isto, que ele mistura uma apresentação, a que descreve os estados dados, isso são declarações

sobre isto, o que e como o estado, em povos distintos e em tempos distintos, realmente *é*, com uma apresentação valorativo-prescritivo, isto *é*, com juízos sobre isto, o que e como o estado deve *ser*. Depois que Aristoteles, no livro I. da *Politik*, caracterizou o estado, e isto *é*, aqui, *cada* estado, como uma comunidade de acordo com a natureza, na qual as pessoas, e precisamente, *todas* as pessoas, vivem como seres estatais segundo sua natureza, ele define, no livro III. (1275 b), o estado como “a totalidade dos cidadãos, que é suficiente para satisfazer-se mesma para a vida”; nisso, ele entende, porém, sob “cidadãos” somente aqueles “que têm o direito de participar no poder consultivo ou judicial”. Isso não *é* o estado como ele, em toda a parte e em todos os tempos, *é*, mas o estado como ele, segundo a opinião de Aristoteles, deve *ser* e como ele, em certas — não todas — comunidades gregas, mais ou menos, *é* realizado. Aristoteles consente: “O cidadão, como nós o determinamos, existe, sobretudo, na democracia, sob as outras constituições” — que, porém, também constituem estados — “pode ele existir, não tem de, porém” (1275 a). Mas também as comunidades, sob cuja constituição não existe “cidadão” nesse sentido, comunidades, que não são democracias, são “estados” no sentido do conceito determinado no livro I; eles têm constituições e um direito que decide o que *é* justo. Também eles e, assim, também o direito positivo, essencial a eles, existem naturalmente. E também posteriormente (1279 a) Aristoteles define: “O estado *é* uma comunidade de livres”, o que, porém, somente significa: o estado deve ser uma comunidade de livres, mas não o *é* em todos os casos. Pois, Aristoteles distingue constituições dos estados “que aspiram à utilidade comum” e tais “que somente aspiram à utilidade dos governantes” (1279 a). As primeiras, diz ele, “são corretas segundo o critério do direito absolutamente”, não segundo o critério do direito que *é* um elemento essencial de cada estado e decide o que *é* justo. As outras, ele denomina “constituições viciosas e degenerações das corretas; elas são do tipo despótico”, isto *é*, elas tratam os governados assim como se eles fossem escravos. Mas elas são constituições de *estados*. Aristoteles designa expressamente as três formas degeneradas: tirania, oligarquia, democracia, como “constituições” (1289 a), que constituem estados. “Também elas” — a oligarquia e democracia — “têm a ver com alguma justiça” (1280 a); e de ambas essas constituições dos estados degeneradas diz Aristoteles até: que elas, “sobretudo, nascem” (1301

b) e, portanto, certamente, têm de nascer naturalmente. Mas no livro III. (1287 b) nós lemos: “A tirania não é de acordo com a natureza e também não as outras constituições degeneradas; elas são, ao contrário, antinaturais (*παρὰ φύσιν*).” Essa passagem está não somente em contradição aberta para com uma das teses principais da doutrina do estado aristotélica, relativa às dadidades da natureza de todos os estados, nos quais as pessoas vivem como seres estatais naturalmente, mas também para com a proposição imediatamente prévia: “Existem pessoas que, de natureza, têm de estar sob domínio despótico, outras, que sob real, e outras, para as quais uma *politie* é justa e propícia” — e as constituições degeneradas são — como é, na proposição acima citada, dito — “de tipo despótico” e, quando a elas pessoas são submetidas, que, de natureza, têm de estar sob domínio despótico, de acordo com a natureza. A passagem duvidosa, porém, também está em contradição para com as exposições do livro III. (1286 b), onde Aristoteles mostra porque, sob quais condições, tem de chegar às formas de estado degeneradas, tirania, oligarquia, democracia. Da democracia diz ele que, sob as condições por ele indicadas, “não mais facilmente uma outra forma de estado pôde nascer que a democracia” e, portanto, também não pode ser contra a “natureza”, à qual as exposições fundamentais do livro I. dizem respeito. É mais que duvidoso se a proposição, relativa à antinaturalidade das formas de estado degeneradas, que está em contradição para com tudo que Aristoteles costumeiramente diz da essência do estado, é autêntica. Ela o é, então Aristoteles serve-se aqui de um outro conceito de natureza que aquele do qual sua doutrina do estado parte, de um conceito não da natureza real, mas de uma ideal, de uma natureza não como ela é, mas como ela deve, do ponto de vista de uma concepção de valores determinada, ser. Isto é, porém: aquele, o qual as constituições dos estados degeneradas antagonizam, é um postulado apresentado como “natureza”. Uma tal “natureza” não pode ser a natureza de uma doutrina do direito natural. Para uma doutrina do direito natural de Aristoteles essa passagem, isolada e que cai fora da conexão espiritual da doutrina do estado aristotélica toda, não pode entrar em consideração.

A ideia de um direito natural, distinto do direito positivo e que está possivelmente em oposição a ele, equivalente à justiça, no sentido específico dessa palavra, que a ética de Aristoteles evita premeditadamente, apresenta-se, em sua *Rhetorik*, em plena clareza. O di-

reito natural é aqui, primeiro, como a “lei geral”, oposto ao direito positivo, como a “lei particular”. “O particular é aquilo que comprovou cada associação de pessoas particular para si particularmente, seja ele agora escrito ou não-escrito; o geral é o fundamentado na natureza da pessoa. Existe, exatamente, como quase todas as pessoas pressentem, um direito e um antijurídico geral natural ...” (I, 13). Mas, antes (I, 10) está escrito: “Lei é, em parte, uma particular, em parte, uma geral. Lei particular eu denomino aquela, segundo cuja prescrição escrita vive-se em um estado, geral, todos aqueles princípios que, sem estarem compostos por escrito, segundo a visão geral, estão em validade em todas as pessoas.” Aqui, a “lei geral” não está identificada expressamente com o direito natural e o direito positivo qualificado de prescrição “escrita”, enquanto na passagem, na qual a lei geral é identificada com o direito natural, o direito positivo é designado como escrito ou não-escrito. Ocasionalmente (I, 14), é observado: “O direito escrito ordena com coerção, o não-escrito, não.” Posteriormente (I, 15) é, outra vez, o direito natural, como direito não-escrito, oposto ao direito positivo, como direito escrito. As tentativas de concertar essas formulações reciprocamente contraditórias são em vão. Do que se trata, é, que a possibilidade de um conflito entre o direito natural não-escrito e o positivo escrito é acentuada energicamente; mas somente para a finalidade de mostrar as vantagens retóricas e isto é: advocatícias, que a apelação a um ou a outro traz consigo. “É manifesto”, assim está escrito aqui (I, 15), “que em casos onde a lei escrita é contra seu assunto, o orador tem de levar à aplicação a lei geral e os princípios da equidade, como em conformidade no grau superior da justiça, e que ele tem de dizer: as palavras ‘segundo meu leal saber e entender’, na fórmula de juramento do juiz, já expressam mesmas que nem sempre e somente a lei escrita tem de ser levada à aplicação. Ademais, que a equidade é eternamente permanente e nunca se modifica, tampouco como a lei geral, porque ela, realmente, é fundamentada na natureza humana; enquanto, em compensação, as escritas frequentemente se modificam ...” É notório que aquilo que Aristoteles aconselha ao orador judicial alegar não é a doutrina do direito natural de Aristoteles. Pois, que o direito natural, em oposição ao direito positivo, é imodificável está em contradição direta para com aquilo que Aristoteles, na *Nikomachischen Ethik*, diz sobre isso. Que não se trata, no escrito sobre a arte de falar, de uma apresentação da filosofia do direito aristotélica, mas de

um conselho advocatício, de empregar uma doutrina do direito natural, naquele tempo frequentemente sustentada, quando o direito positivo não é favorável ao assunto a ser sustentado pelo orador judicial, mostra a passagem seguinte, onde Aristoteles recomenda ao orador sustentar a teoria oposta, se isso é vantajoso ao seu assunto: "Fala a lei escrita a favor de seu assunto, então ele tem de dizer: a fórmula do juramento do juiz de decidir 'segundo meu leal saber e entender' não está aí para que o juiz pronuncie sua sentença contra a lei, mas somente para isto, que o juiz, quando ele, por exemplo, não entende o sentido verdadeiro da lei, não comete nenhum perjúrio." Ao orador judicial é também aconselhado sustentar a opinião, a violação da lei não-escrita é um delito maior que a violação do direito escrito. Mas Aristoteles imediatamente acrescenta: "A matéria também se deixa formular completamente de outra forma, de modo que ele faz um antijurídico grave quando ele atua contra o direito positivo escrito" (Rhetorik, I, 14).¹²

Qual de ambas essas opiniões, que se excluem reciprocamente, sobre a relação de direito natural e positivo, das quais o professor de retórica, em determinadas circunstâncias, qualifica de vantajosa uma, em outras circunstâncias, a outra, o professor de ética considera como verdadeira, sobre isso Aristoteles não dá nenhuma resposta. Mas também seu silêncio é uma resposta: uma resposta à questão, se ele é representante de uma doutrina do direito natural autêntica. E essa resposta somente pode ser uma negativa.

V.

Sem dúvida, não Aristoteles mesmo, mas — com base em sua filosofia — Thomas von Aquino desenvolveu uma doutrina do direito natural, cujo caráter teológico sobressai bem inequivocamente.

A entelêquia aristotélica mostra-se inequivocamente na *Summa contra Gentiles*. Lá está escrito (III, 16): "Cada coisa do ser é, por sua atividade, dirigida a um objetivo (ordinatur in finem) ... Objetivo

12 - Walter Eckstein, a. a. O., S. 74: "Quanto às exposições da *Rethorik* deve, em geral, ser observado que se trata aqui, em grande parte, de argumentações-modelo para os oradores judiciais, realmente, em parte, decididamente, de práticas de advogado ... Razão por que aqui não é certo quanto das discussões alegadas corresponde à convicção científica de Aristoteles."

de cada uma coisa é aquilo em que a aspiração da mesma (*appetitus eius*) encontra sua conclusão. Pois bem, a aspiração de cada uma coisa encontra sua conclusão em um bem ... O objetivo de cada uma coisa é a perfeição correspondente a ela (*perfectio*) ... Portanto, cada coisa é ordenada em direção ao bem como seu objetivo.” Esse bem é, porém, deus. Assim, está escrito (III, 17): “Se cada coisa somente aspira a algo como objetivo à medida que o mesmo é um bem, então o bem como tal (*bonum in quantum bonum est*) tem de ser um objetivo. Por conseguinte, é o bem extremo (*summum bonum*), simultaneamente, também, em geral, objetivo de todas as coisas. O bem extremo é, porém, somente um único e esse é deus ... Portanto, todas as coisas são ordenadas em direção a um bem, que é deus mesmo, como objetivo.” Então, está escrito (III, 18): “Deus é o objetivo das coisas no modo que cada coisa deve obter ele no modo correspondente a ela (*obtinendum*).” Consumação é o objetivo imanente das coisas. Isso é a entelêquia aristotélica. Ela é a obra de deus. Pois é deus que leva as coisas à consumação. Na *Summa theologiae* (I, Quaestio 103, Art. 1) está escrito: “Contradiz a bondade de deus não levar à consumação as coisas produzidas ... faz parte da bondade divina que ela, como ela trouxe as coisas na existência, leva essas também ao objetivo.”¹³ Se a natureza é perseverante para conseguir seus fins, é assim, porque deus ordena à natureza aspirar ao bem como ao seu objetivo e a natureza obedece ao mandamento de deus. Por isso, o ser é, segundo sua essência, bom, isto é, assim como ele, segundo o mandamento de deus, deve ser. Na *Summa theologiae* (I, Quaestio 5, Art. 1) diz Thomas: “O bem e o existente são objetivamente um (*dicendum quod bonum et ens sunt idem secundum rem*).” E *Summa theologiae* (I, Quaestio 48, Art. 1): “Por isso, não pode ser que o ruim designe um tipo de ser ou um tipo de forma ou natureza. Por conseguinte, resta somente que sob o nome de ruim é designado um tipo de ausência de bem. — E, nesse sentido, está escrito: o ruim não é nem um existente nem um bem; pois, como o existente, enquanto é

13 - "Secundo autem apparet idem ex consideratione divinae bonitatis, per quam res in esse productae sunt, est ex supradictis (q. 44 a, 4; q. 65 a, 2) patet. Cum enim *optimi sit optima producere* (nota do tradutor: Segundo, porém, aparece o mesmo por consideração da bondade divina, pela qual as coisas foram produzidas no ser, é claro pelo supradito (q. 44 a, 4; q. 65 a, 2). Porque, certamente, *seja do ótimo produzir ótimos*), non convenit summae Dei bonitati quod res productas ad perfectum non perducatur ... Unde ad divinam bonitatem pertinet ut, sicut produxit res in esse, ita etiam eas ad finem perducatur.

existente, é bom, é, com um, também o outro anulado.”¹⁴ Ser e dever convergem.¹⁵

Essa negação do dualismo de ser e dever, que bem essencialmente descansa sobre fundamento teológico-metafísico, sobressai particularmente claro na doutrina da natureza da pessoa. Os impulsos, inerentes à pessoa, implantada nela por deus, apresentam-se como exigências morais, isto é, normas. Na *Summa theologiae* (I-II, 94, 2) está escrito: “As propensões da natureza humana fazem parte dos mandamentos do direito natural.” As propensões da natureza são mandamentos do direito natural, porque e à medida que elas são determinadas pela razão prática.¹⁶ Seguindo a Aristoteles, distingue Thomas entre *ratio speculativa* e *ratio practica** (*Summa theologiae*, I-II, 90, 1). Função da *ratio practica* é: ordenar, dação de leis, a fixação das normas que prescrevem a conduta boa, justa (I-II, 17, 1; I-II, 90, 1). A lei é regra e critério para aquilo que deve ser feito e omitido (I-II, 90, 1). Mas a razão prática humana em si (*secundum se*) não

14 - Unde non potest esse quod malum significet quoddam esse, aut quandam formam seu naturam. Relinquitur igitur quod nomine mali significetur quaedam absentia boni. — Et pro tanto dicitur, quod malum ‘neque est existens, neque est bonum’; quia cum ens, inquantum huiusmodi, sit bonum, eadem est remotio utrorumque.”

15 - F. C. Copleston: Aquinas, Pelican Book A. 349, Penguin Books Limited. Harmondsworth, Middlesex 1955, p. 146, expõe: “Segundo Aquinas, cada ser, considerado como tal, é bom ... Ser e bom (se a palavra é usada nesse sentido ontológico) têm a mesma denotação ...” A essa identificação de ser e dever-ser-assim, isto é, ser-bom chega Thomas, uma vez que ele quer evitar a consequência, à qual, a fé no todo-poder de deus com referência ao mal, leva: que o bom deus também criou o mal. Como Thomas não pode absolutamente negar a existência do mal — não existisse nenhum mal, não teria lugar para uma ordem-moral —, ele o interpreta como algo negativo, como defeito. Como tal, ele não tem de ser pensado como “criado”. Copleston diz: “Se, por conseguinte, cada ser é bom não é necessário o postulado de uma divindade má como criadora do mal [como na religião dos maniqueístas]; pois, mal não é e não pode ser o termo direto de atividade criativa. E também não, realmente, pôde existir uma divindade má se, com isso, nós entendemos um ser completamente mau. Pois, completamente mau é uma impossibilidade.”

16 - “Dicendum quod omnes huiusmodi inclinationes quarumcumque partium naturae humanae, puta concupiscibilis et irascibilis, secundum quod regulantur ratione, pertinent ad legem naturalem, et reducuntur ad unum primum praeceptum ...” Nota do tradutor: “Deve dizer-se que todas tais inclinações de quaisquer partes da natureza humana, por exemplo, concupiscível e irascível, em segundo lugar, que são reguladas pela razão, estendem-se à lei natural e são reconduzidas a uma regra primeira ...”

* Nota do tradutor: razão especulativa e razão prática.

é essa regra ou esse critério. Isso são os princípios implantados na razão (*principia ei naturaliter indita*) (I-II, 91, 3).¹⁷ Mas esses princípios, implantados “naturalmente” (*naturaliter*) na razão humana, procedem, em último lugar, de deus que dotou as pessoas com razão; e a razão humana é prática, razão que fixa a norma somente à medida que nela governa razão divina. A razão divina, porém, governa o mundo segundo uma lei eterna (*lex aeterna*) que se tem de pensar-se imanente a essa razão. A pessoa criada por deus tem razão, contanto que ela tenha parte na razão divina, da qual ela recebe a impulsão a uma conduta correspondente à lei divina (I-II, 91, 1 e 2). O conceito da lei eterna, imanente à razão divina, Thomas aceita de Augustinus, que define a *lex aeterna*,* o plano mundial eterno de deus: “*Ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans*”** (*Contra Faustum Manich*, 22, 27).

Do direito natural, ele diz: “Quem outro que deus escreveu direito natural nos corações das pessoas.”¹⁸ A razão divina, à qual a *lex aeterna* e, assim, o direito natural, é imanente, é a razão querente:

17 - “*Dicendum quod ratio humana secundum se non est regula rerum; sed principia ei naturaliter indita, sunt regulae quaedam generales et mensurae omnium eorum quae sunt per hominem agenda, quorum ratio naturalis est regula et mensura, licet nos sit mensura eorum quae sunt a natura.*” Nota do tradutor: “Deve dizer-se que a razão humana não é, por si, linha diretiva das coisas; mas princípios naturalmente metidos nela, são certas linhas diretivas gerais e medidas de tudo que devem ser explorados pelo homem, dos quais a razão natural é linha diretiva e medida, ainda que nós sejamos a medida deles, que são a natureza.”

* Nota do tradutor: lei eterna.

** Nota do tradutor: “A razão divina ou a vontade de deus que ordena ser conservada a ordem natural, proíbe ser perturbada.”

18 - Augustinus: *De serm. Dei in monte*, II, c. 9, n. 32: “*Quis enim scripsit in cordibus hominum naturalem legem nisi Deus.*” Comparar Alois Schubert: *Augustinus, Lex-Aeterna-Lehre nach Inhalt und Quellen. Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, Bd. XXIV, Heft 2, 1924, S. 5, 12. A visão, que o direito natural está escrito no coração da pessoa, remonta, pelo visto, a Paulus: *Römerbrief*, II, 14: “Quando, exatamente, os gentios, que, realmente, não tem a lei, fazem, de natureza, o que a lei ordena, então são eles, sem terem a lei, a si mesmos a lei; mostram eles, realmente, que o mandamento da lei para eles está escrito no coração, para o que sua consciência apresenta-se como testemunho, e as ideias, que para lá e para cá promovem demanda ou conduzem defesa: no dia em que deus irá julgar o segredo na pessoa segundo meu evangelho por Jesus Christus.” Não pode, certamente, ser posto em dúvida que, segundo a doutrina de Paulus, é deus que escreveu, para todas as pessoas, portanto, também, para os gentios, o mandamento da lei no coração. Assim Augustinus interpreta a doutrina de Paulus.

“ratio vel voluntas”. Por isso, ensina Thomas: justo é o que está de acordo com a regra da razão e a primeira regra da razão é o direito natural (*rationis autem prima regula est lex naturalis*) (I-II, 95, 2). “Direito natural é a participação da criatura, dotada de razão, na lei eterna” (*lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura*) (I-II, 101, 2).¹⁹ A lei eterna é o governo do

19 - *Summa theologiae*, I-II, 91, Art. 1: “Nihil est aliud lex, quam quoddam dictamen practicae rationis in principe qui gubernat aliquam communitatem perfectam. Manifestum est autem, supposito quod mundus divina providentia regatur, ut in I. habitum est (qu. 22, Art. 1 et 2), quod tota communitas universi gubernatur ratione divina; et ideo ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens, legis habet rationem; et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternam conceptum, ut dicitur Proverb 8, inde est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam.”

I-II, 91, Art. 2: “... omnia participant aliquid legem aeternam, inquantum scilicet ex impressione ejus habent inclinationes in proprios actus et fines. Inter caetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, in quantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens: unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem; et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur — ... unde patet quod lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura.” Nota do tradutor: “Lei é nada mais que certo ditame da razão prática no príncipe que governa alguma comunidade perfeita. Manifesto é, porém, pelo situado de baixo, que o mundo seja dirigido pela divina providência, como foi tido em I. (qu. 22, Art. 1 e 2), que toda comunidade do universo seja governada pela razão divina; e, por isso, a razão mesma de governo das coisas, que se apresenta em deus assim como no príncipe da totalidade, tem a razão da lei; e porque a razão divina nada concebe de improviso, mas contém a ideia eterna, como é dito no provérbio 8, por isso, é preciso dizer que tal lei é eterna.”

I-II, 91, Art. 2: “... tudo participa, até certo ponto, na lei eterna, tanto quanto, naturalmente, da impressão dela contém inclinações com vista aos próprios atos e fins. Dentre tudo, porém, a criatura racional, até certo ponto, está subordinada à divina providência excelente tanto quanto não só mesma converte-se em partícipe da providência como ainda cuidadosa para si mesma e para os outros; e porque na mesma é participada a razão eterna, muito contém a inclinação natural para o devido ato e fim; e tal participação da lei eterna na criatura racional diz-se lei natural — ... porque mostra-se que lei natural é nada mais que participação da lei eterna na criatura racional.”

A. P. D’Entrèves, que em seu escrito: *Natural Law, An Introduction to Legal Philosophy*, London 1955, cita essa passagem, observa (p. 39): “A teoria do direito natural de São Thomas está estabelecida como uma interpretação da natureza humana e sua relação com deus e com o universo. Direito natural é inteligível, a não ser que nós nos damos conta da sua união estreita com a ordem divina eterna na qual toda a criação, em último lugar, repousa.”

mundo pela razão divina. O direito natural parte, sem dúvida, da razão humana como uma razão prática; mas isso é somente possível porque e à medida que essa razão humana tem parte na razão divina, a *lex naturalis** na *lex aeterna*. Pois no direito natural manifesta-se a *lex aeterna* da razão divina. A autoridade do direito natural é, afinal de contas, a autoridade de deus. Na *Summa theologiae*, I-II, 97, 3,

Em sua obra: *A History of Philosophy*, Vol II, Westminster, Maryland 1955, Frederick Copleston, S. J. acentua o fundamento teológico-metafísico da doutrina do direito natural de Thomas (p. 408/409). Ele diz, com referência a *lex aeterna*: “Essa lei eterna, que existe em deus, é a origem e fonte do direito natural, que é a participação na lei eterna” (p. 409). “É muito importante dar-se conta claramente que a fundação do direito natural na lei eterna, a fundamentação metafísica do direito natural, não pode significar que o direito natural é caprichoso ou arbitrário, que ele poderia ser de outra forma do que ele é: a lei eterna não pode depender principalmente da vontade divina, mas da razão divina.” Mas a razão divina é, simultaneamente, vontade divina. Nisso termina, finalmente, a apresentação de Copleston, quando ele diz, de mais a mais: “Nós não temos de imaginar que deus é submetido à lei moral como algo afastado de si mesmo. Deus sabe sua essência divina como imitável em uma multiplicidade de modos finitos, um desses modos sendo natureza humana e nessa natureza ele discerne a lei do seu ser e quer ela: ele quer ela porque ele mesmo se ama, o bem supremo e porque ele não pode ser inconsistente com ele mesmo. A lei moral está fundada, em último lugar, na essência divina mesma e assim não pode mudar: deus quer isso certamente, mas isso não pode depender de algum ato arbitrário da vontade divina ... em último lugar, a lei moral é aquilo que ela é, porque deus é aquilo que ele é, uma vez que natureza humana, a lei de cuja existência é expressa no direito natural, ela mesma depende de deus” (p. 409/410). Em seu escrito *Aquinas* diz Copleston (p. 214): “For Aquinas therefore it is human reason which is the proximate or immediate promulgator of the natural law.” Mas ele continua: “This law is not without a relation to something above itself, for it is, as we have seen, the reflection of or participation in the eternal law.” (Para Aquinas, portanto, é a razão humana que é a proclamadora próxima ou imediata do direito natural. Mas o direito natural está em uma relação essencial para algo superior a ele: pois ele é, como nós vimos, o reflexo ou o ter parte na lei eterna.) A lei eterna parte de deus. Por isso, a definição do direito natural: o direito natural é nada mais que o ter parte da criatura racional na lei eterna. Sem a lei eterna divina não pode existir direito natural.

Harry V. Jaffa: *Thomism and Aristotelianism*, The University of Chicago Press, 1952, comprova, na página 187, que Thomas, entre outros princípios, por ele mesmo sustentados, atribui a Aristoteles também o princípio: “Fé no hábito natural, divinamente implantado, dos princípios morais.” Isso é, como Jaffa diz, um princípio “da teologia revelada”. Jaffa, portanto, consente que, segundo Thomas, os princípios morais e, assim, o direito natural são “divinamente implantados” na pessoa, isto é, implantados por deus, uma doutrina que não se encontra em Aristoteles.

* Nota do tradutor: lei natural.

está escrito: “Dicendum quod lex naturalis et divina procedit a voluntate divina.”* O fundamento metafísico-teológico da doutrina do direito natural de Thomas está fora de dúvida. É uma doutrina do direito natural autêntica. Isso também se mostra em sua tomada de posição para com a relação entre direito natural e direito positivo. Este tem força vinculativa somente à medida que ele corresponde ao direito natural. Está ele em conflito com o direito natural, ele não tem validade, ele não é direito: “Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Sie vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio”** (I-II, 95, 2). Isso é a consequência da autoridade divina do direito natural.²⁰

A razão divina, que pela lex aeterna governa o mundo, é, como uma razão dadora de leis, idêntica com a vontade divina (I-II, 93, 4).²¹ Assim, também é a razão prática da pessoa uma razão conhece-

* Nota do tradutor: “Deve dizer-se que a lei natural e divina procede da vontade divina.”

** Nota do tradutor: “Por isso, toda lei humanamente dada tanto tem de razão de lei quanto deriva-se da lei da natureza. Caso, porém, em alguma coisa, discorde da lei natural, já não será lei, mas corrupção da lei.”

20 - Tem de, todavia, ser comprovado que, considerado de um ponto de vista histórico, a doutrina do direito natural teve um caráter preponderantemente conservador e, no essencial, visava à justificação do direito positivo. Isso acontece especialmente também com a doutrina do direito natural escolástica, como professor August Knoll, em seu escrito: *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht* (Wien 1962), mostrou. “A doutrina do direito natural”, diz ele, “assim como ela, “como criada da teologia”, foi desenvolvida, defendeu, primeiro, a escravidão, então a servidão, então o trabalho forçado colonial em união com tráfico de pessoas e, finalmente, o sistema feudal, enquanto tudo isso foi direito positivo, como “ordem querida por deus e pela natureza”” (a. a. O., S. 31). Ele remete a isto, que Thomas von Aquino, com o princípio, apresentado como direito natural: “A cada o seu”, justifica a escravidão ao ele alegar, como aquilo que a cada é “o seu”, o escravo, que é associado ao senhor. *Summa theologiae*, I, qu. 21, a 1 a 3: “Dicitur esse aliens quod ad ipsum ordinatur. Sicut servus est domini, et non e converso: nam liberum est, quod sui causa est” (a. a. O., S. 24, 97). Nota do tradutor: “Diz-se que são alheios porque para si mesmo é ordenado. Como, por exemplo, o servo é do senhor e não do inverso: pois é livre se é causa de si.”

21 - “Lex aeterna est ratio divinae gubernationis ... de voluntate Dei dupliciter possumus loqui. — Uno modo, quantum ad ipsam voluntatem. Et, sic, cum voluntas Dei sit ipsa essentia eius, non subditur gubernationi divinae, neque legi aeternae, sed idem est quod lex aeterna. — Alio modo possumus loqui de voluntate divina quantum ad ipsa quae Deus vult circa creatures: quae quidem subiecta sunt legi aeternae, inquantum horum ratio est in divina sapientia. Et, ratione horum voluntas

dora e, simultaneamente, uma querente, porque uma dadora de leis. E, por isso, o bem é, simultaneamente, o verdadeiro, a justiça, verdade: “Como a vontade [que reside na razão] é uma aspiração à razão, recebe a correção da razão (*rectitudo rationis*), que é denominada verdade, enquanto ela está imprimida na vontade, por causa da vizinhança para com a razão, o nome da verdade. Daí vem que a justiça, às vezes, é denominada verdade” (II-II, 58, 4).²² Quando Jesus diz a Pilatus: “Eu nasci e vim ao mundo para dar testemunho para a verdade”, ele acha com verdade justiça.²³

Dei dicitur rationabilis. Alioquin, ratione sui ipsius, magis est dicenda ipsa ratio.”
Nota do tradutor: “Lei eterna é razão do governo divino ... da vontade de deus de dois modos podemos falar. — Por um modo, quanto à vontade mesma. E, assim, como a vontade de deus é a essência mesma dele, não se submete ao governo divino, nem à lei eterna, mas, também é, por conseguinte, lei eterna. — Por outro modo, podemos falar da vontade divina mesma quanto às criaturas que deus quer em volta: que certamente são subordinadas à lei eterna, tanto quanto a razão dessas está na sabedoria divina. E, em razão dessas, a vontade de deus é dita racional. De resto, pela razão de si mesma, mais a razão mesma deve ser dita.”

22 - “Quia voluntas est appetitus rationalis, ideo *rectitudo rationis*, quae veritas dicitur, voluntati impressa, propter propinquitatem ad rationem nomen retinet veritatis. Et inde est quod quandoque *justitia veritas* vocatur.”

23 - Em seu comentário para a questão 75-79 da *Summa theologiae*, I-II (Die deutsche Thomasausgabe, Bd. 18, 1953, S. 444), acentua A. F. Utz, O. P. “a força criadora do direito da razão prática da pessoa”. Ele diz: “A doutrina do direito natural do santo Thomas vê na decisão natural da razão prática o dador de leis seguinte dos direitos do homem, que, então, da sua parte, indica mais alto, ou seja, para o dador de leis eterno sobre este mundo.” Se a razão prática da pessoa é um dador de leis que é subalterno a um dador de leis superior, isto é, deus como dador de leis do mundo, pode a dação de leis pela razão prática da pessoa ser somente uma dação de leis delegada por deus, isto é, afinal de contas, somente uma dação de leis pela razão divina; e, assim, pode a razão da pessoa ser “prática”, isto é, dadora de leis somente à medida que ela tem parte na razão divina, ela é razão divina na pessoa. Utz diz (S. 482): “A propensão da natureza é, simultaneamente, propensão da consciência, uma exigência natural de nossa razão e, com isso, naturalmente dado em nós como uma lei inscrita para nós pelo criador.” Utz, a. a. O., S. 403, diz que, segundo a teologia de Thomas, o direito natural não é criado por deus, mas ele acentua que ele é fundamentado na essência de deus mesma. “Na essência divina e no autoconhecer divino é, no mais fundo, fundamentada a racionalidade do direito natural. Ela, portanto, nunca é uma racionalidade fora de deus.”

Com relação à afirmação de Grotius (comparar *infra*, página 80 se seguinte), que o direito natural existiria também sem a existência de deus, diz Utz, S. 403: “isso, de modo nenhum, é a doutrina de Thomas;” e S. 443: “tem, sem dúvida, nela algo verdadeiro, à medida que as normas jurídico-naturais não são fundamentadas na vontade de deus, mas na natureza da pessoa;” mas ele acrescenta: “iria, ao direito natural,

VI.

Que a razão prática, isto é, a, simultaneamente, conhecedora e querente, da pessoa, que como dadora de leis fixa as normas do direito natural como um direito racional, é a razão divina na pessoa, isso também Kant, finalmente, consente em sua doutrina da razão prática como o dador de leis moral. Nisto, que a lei moral tem origem na vontade da pessoa como inteligência, consiste a autonomia da vontade, que Kant (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, S. 440) proclama como o princípio supremo da moralidade. É a razão prática da pessoa que, segundo esse princípio da autonomia, é o dador de leis moral. Nesse sentido, a razão prática de Kant parece distinguir-se da *ratio practica** de Thomas de Aquino que, na razão prática da pessoa, vê somente o ter parte na razão prática de deus que, em última instância, é o dador de leis moral. Mas Kant não pode manter o princípio da autonomia moral da pessoa, uma vez que ele — justamente mediante a razão prática da pessoa — procura comprovar a existência de deus como o dador de leis moral extremo. Em sua *Kritik der Urteilskraft* (Akademie-Ausgabe, Bd. V, S. 444) ele diz: “Como nós agora reconhecemos a pessoa somente como ser moral para a finalidade da criação, assim

justamente, porém, faltar a força legal se não se remontasse a deus, mais rigorosamente, à razão de deus como a autoridade determinada.” Um direito natural que não é “força legal”, isto é, que não vinculativo, não é direito-natural. E quando a força legal do direito natural procede da razão de deus como a “autoridade determinada”, é a autoridade, que fixa o direito natural, a razão de deus e não a razão da pessoa. A afirmação, que as normas do direito natural, segundo Thomas, não estão fundamentadas na vontade de deus, mal é compatível com a passagem, acima citada: *Summa theologiae*, I-II, 97, 3: “lex naturalis et divina procedit a voluntate divina.” Nota do tradutor: “lei natural e divina procede da vontade divina.” Precede a essa passagem: “omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris; lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate; lex autem humana a voluntate hominis ratione regulata.” Nota do tradutor: “toda lei provém da razão e da vontade do legislador; lei, sem dúvida, divina e natural, da vontade racional de deus; lei, porém, humana, da vontade do homem regulada pela razão.” Thomas (*Summa theologiae*, I-II, 91, 4) distingue: lex naturalis, lex humana e lex divina. (Nota do tradutor: lei natural, lei humana e lei divina.) A lex humana procede da vontade da pessoa, a lex divina, imediatamente da vontade de deus, a lex naturalis, mediatamente. Isso, a opinião, de modo nenhum, contradiz, o direito natural baseia-se na razão de deus. Pois, a razão de deus implica a vontade de deus.

* Nota do tradutor: razão prática.

nós temos ... para a relação, necessária segundo a composição de nossa razão, da finalidade da natureza para com uma causa do mundo inteligente, *um princípio* para pensar a natureza e qualidades dessa primeira causa como fundamento supremo no reino das finalidades ... desse princípio, assim determinado, da causalidade do ser primitivo nós temos de pensar ele não somente como inteligência e dador de leis para a natureza, mas também como chefe dador de leis em um reino moral das finalidades.” Não é, assim, a inteligência da pessoa como vontade ou a vontade humana como inteligência, mas a inteligência de deus como vontade ou a vontade de deus como inteligência, na qual, em último lugar, tem origem a lei moral; não é a pessoa, mas deus, o ser primitivo que é o dador de leis moral. Na *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (IV, S. 455) está escrito: “O dever moral é, portanto, querer necessário próprio [da pessoa] como membro de um mundo inteligível e é por ela pensado como dever somente à medida que ela considera-se, simultaneamente, como um membro do mundo sensual.” Para a pessoa como ser inteligível não existe dever, não valem, portanto, imperativos, uma vez que o querer converge com o dever. Mas um tal ser inteligível, cujo querer é um dever para o ser empírico, somente pode ser deus. Kant diz também (a. A. O, S. 414): “Por isso, não valem, para a vontade divina e, no fundo, para uma santa, imperativos; o dever está aqui no lugar errado, porque o querer, já por si, é necessariamente unânime com a lei [isto é, com o dever].” Deus, esse ser primitivo, nós temos de, segundo a *Kritik der Urteilkraft* (VI, S. 444) nos pensar “como onisciente”, “como todo-poderoso”, “como válido universalmente e, simultaneamente, justo”. Se deus tem de ser suposto como dador de leis moral supremo, então os deveres morais não são, ou então, não suficientemente, qualificados de mandamentos que partem da razão própria da pessoa, mas têm de ser considerados como mandamentos de deus, ou então, pelo menos, também como mandamentos de deus. Kant diz, sem dúvida, na *Metaphysik der Sitten* (VI, S. 491), “que na ética, como filosofia prática pura da dação de leis interior, somente as relações morais da pessoa para com a pessoa são para nós compreensíveis: mas que relação sobre isso existe entre deus e as pessoas supera completamente os limites dos mesmos e a nós é absolutamente incompreensível”. Mas na *Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft* (VI, S. 6) ele diz: “Moral, portanto, leva inevitavelmente à religião, pelo que ela amplia-se para a ideia de um dador

de leis moral que tem poder fora da pessoa;” e página 153: “Religião [subjektivamente considerada] é o conhecimento de todos os nossos deveres como mandamentos divinos.” E no *Opus postumum* de Kant (apresentado e apreciado por Erich Adickes, Kant-Studien, N. 50, 1920, S. 802), encontra-se a proposição: “Na razão prático-moral reside o imperativo categórico de considerar todos os deveres humanos como mandamentos divinos.”

Assim, termina a ética de Kant, rigorosamente, no ponto onde Thomas von Aquino, quinhentos anos antes dele, deixou ela.

VII.

Que a doutrina do direito natural, que no século 17. e 18. foi dominante, e, depois de uma recaída durante o século 19., no século 20., em consequência de duas guerras mundiais e da reação contra o nacional-socialismo, fascismo e, especialmente, comunismo, outra vez, simultaneamente, com especulação metafísico-religiosa, entrou no primeiro plano da filosofia social e do direito, que essa doutrina do direito natural é de origem metafísico-religiosa, está fora de questão. Ela remonta à filosofia da escola estóica. Sem dúvida, encontram-se já em fragmentos de Heráclito ideias que chegam bem próximas a ela. Assim, no fragmento 112.: “A maior virtude e a verdadeira sabedoria é, no falar e atuar, obedecer à natureza (*χαρα φύσιν*);” e no fragmento 114, onde se trata de um logos divino, do qual têm de alimentar-se todas as nossas leis. Mas, primeiro na filosofia estóica é definido claramente um conceito do direito natural e, nisso, inequivocamente, qualificado de origem divina. Em um fragmento de Kleanthes, uma cabeça da escola estóica, está escrito: “Cabeça imortal de todos, muito nominado, eternamente todopoderoso zeus, autor da criação, que comanda o universo segundo a lei, seja saudado por mim! Por certo, cada um mortal deve render homenagem a ti, somos nós, realmente, de tua família, semelhante a ti por razão e idioma ... Tu uniste tecendo ruim e bom para a unidade para que uma lei eterna racional dominasse o universo ... Não existe, para as pessoas e deuses, nenhum privilégio superior que elogiar devidamente a lei, comum a ambos.” E um outro fragmento diz: “Vocês ambos, zeus e destino, conduzam-me aonde vocês determinaram-me! Seguir eu quero vocês sem vacilação. Quisesse eu recusar-me —

eu teria de, apesar disso, ir o mesmo caminho e seria ainda, ademais, um malvado.” Sauter²⁴ observa, com razão, que o “destino” não é nenhum poder particular ao lado da divindade, mas a divindade, imanente ao universo, mesma. O estóico Chrysippos ensina: “Não se pode encontrar nenhuma outra origem e nenhum outro desenvolvimento da justiça que os de zeus e da natureza comum.” Seguindo a filosofia estóica, ensina Cicero que o direito da natureza, que, à diferença do direito positivo, é eterno e inalterável, tem em deus seu autor, proclamador e juiz (De Republica, XXII, 33). Sob a influência da escola estóica e Cicero está a doutrina do direito natural da patrística e, especialmente, de Augustinus, que — como já observado — aceita da escola estóica o conceito de *lex aeterna** e que diz: “Quem outro que deus escreveu o direito natural nos corações das pessoas?” (De serm. Dei in monte, II, c. 9, n. 32.)

Dentro da doutrina do direito natural foi, todavia, empreendida a tentativa de emancipar a doutrina do direito natural de seu fundamento metafísico-teológico. Grotius declara, nos prolegômenos para a sua obra *De Jure Belli ac Pacis*, que o direito natural, por ele apresentado, também iria valer, mesmo que se supusesse que não existisse deus; ele, porém, acrescenta que isso “certamente não poderia ocorrer sem o maior pecado” (§ 11). Mas já no parágrafo seguinte (12) ele diz: “O direito natural, tanto o social como o chamado em sentido amplo, tem de, embora ele venha do ser interior da pessoa, realmente, em verdade, ser atribuído a deus, porque ele quis que esse ser humano existisse.” E na sua definição do direito natural ele diz: “O direito natural é um mandamento da razão que indica que a uma atuação, por causa de sua concordância ou não-concordância com a natureza racional mesma, é inerente uma fealdade moral ou uma necessidade moral, razão por que deus, como criador da natureza, ou ordenou ou proibiu uma tal atuação” (Liber I, cap. I, § XI). O direito natural é um mandamento da natureza racional; mas a natureza é uma criação de deus e, por isso, são os mandamentos da natureza racional os mandamentos de deus. Grotius não pode manter a tentativa de fazer independente a validade do direito natural da fé na existência de deus. Pois, ele foi um cristão crente, como, realmente, todos os representantes da doutrina do direito natural clássica foram,

24 - Johann Sauter: Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts, Wien 1932, S. 45.

* Nota do tradutor: lei eterna.

ainda que, como parece, alguns entre eles tinham-se dado conta que sem a fé em uma natureza, criada por um deus justo, não é possível, de forma consequente, a suposição de um direito justo, imanente a essa natureza. A afirmação que a validade do direito natural é independente da fé na existência de deus pode ter origem na tendência de assegurar essa validade perante não-crentes. Porém, essa afirmação não deve ser misturada com a doutrina, que a validade do direito natural é independente da vontade de deus. Com isso, deve estar dito que a validade do direito natural mesmo pela vontade de deus não pode ser anulado. Isso é a consequência da doutrina, que deus não pode querer nada que é contra a sua essência, sua natureza, que seu poder, portanto, tem um limite em sua própria natureza, que seu todo-poder, por isso, não pode significar que ele, absolutamente, tudo pode querer. Como direito natural é justiça, deus não pode querer anular a validade do direito natural, uma vez que isso iria significar que deus quer ser injusto. Como deus, porém, segundo sua essência, é justo, iria ele, se ele quisesse ser injusto, não ser deus. Essas ideias expressa Anselm von Canterbury, em sua obra *Cur Deus Homo*,²⁵ na proposição: “Quando, porém, se diz: o que ele (deus) quer é justo e o que ele não quer não é justo, então isso não deve ser entendido de modo que, se deus quisesse alguma coisa inconveniente, seria justo porque ele quer. Não segue, exatamente, que, se deus quer mentir, mentir é justo, mas, ao contrário, que ele, então, não é deus.” Em uma outra passagem²⁶ Anselm expõe, “deus não tem o poder de modificar a vontade da qual ele antes quis que ela seja inalterável”. Pois isso “seria mais impotência que poder”. Como deus quis o direito natural como inalterável, ele não pode querer alterar ele ou até anular.

VIII.

Para mostrar a vocês como em vão é a tentativa de entender a validade de um direito natural autêntico, isto é, eterno e imodificável, como independente da vontade de deus, eu gostaria, por fim, de re-

25 - Anselm von Canterbury: *Cur Deus Homo* (Lateinisch und deutsch. Kösel-Verlag, München 1956, Buch I, Kap. 12).

26 - Buch II, Kap. 17. A referência a Anselm von Canterbury eu agradeço ao senhor docente Dr. René Marcic.

meter a um autor católico, cuja autoridade vocês certamente não irão duvidar. Victor Cathrein define, em sua *Moralphilosophie* (5. Aufl., 1911, S. 546), “direito natural como uma soma de ... normas vinculativas que valem para toda a humanidade pela natureza mesma e não primeiro por causa de estatuto positivo”. O direito natural, diz ele, deixa reunir-se em ambos os mandamentos jurídicos “tu deves a cada o seu dar” e “tu não deves a ninguém fazer antijurídico”. Isso são proposições completamente vazias que não designam nenhuma conduta humana, de alguma maneira, determinada e que primeiro tornam-se cheias de sentido quando, por normas positivas, isto é, fixadas por atos de vontade, é determinado o que é o seu de cada e o que é antijurídico. Mas disso não se trata aqui. Cathrein acredita que de ambos esses mandamentos jurídicos determinadas normas podem ser derivadas por conclusões, “e precisamente, independente de cada revelação sobrenatural e independente de cada ordenação divina ou humana positiva”, de modo que essas normas fazem parte “do direito natural no verdadeiro sentido” (S. 547). Tais normas derivadas são, segundo Cathrein: “tu não deves matar, tu não deves cometer adultério, tu não deves roubar, fraudar, prestar falso testemunho, tu deves obedecer a autoridade jurídica, cumprir os contratos feitos.” Dessas normas ele expressamente consente: “Esses princípios pertencem ao decálogo” (S. 549), isto é, são normas, que foram fixadas pela vontade de deus, portanto, de modo nenhum, normas, “que valem independentemente de cada ordenação divina ou humana”. Objeta-se, Cathrein é da opinião, essas normas valem não como sentido de atos de vontade divinos, elas valem independentemente desses atos, atribui-se a ele a opinião, que a promulgação dos dez mandamentos, que, sob trovão e relâmpago, no monte Sinai, por deus foram declarados e por ele mesmo escritos em dois quadros de pedra, tem um significado meramente declarativo, nenhum constitutivo, que deus, no monte Sinai, proclamou somente a validade de normas que, independente de sua vontade, já sempre valeram; o que, em todo o caso, não é o sentido do relatório que a escritura sagrada dá desse processo. Mas também isso não é decisivo. Uma norma — e o direito natural é, segundo Cathrein, norma — pode somente ser o sentido de um ato de vontade. E isso Cathrein tem de mesmo consentir, quando ele discute a questão, se um direito natural — como alguns supõem — é direito racional. É, sem dúvida, correto, diz ele (S. 548), que “o direito natural existe nos princípios práticos, vinculativos, a cujo co-

nhecimento a razão espontaneamente chega. Seria, porém, incorreto achar, a força vinculativa desses mandamentos vem da razão mesma. A obrigação da lei é, realmente, uma exigência que a vontade do superior dirige à vontade do subordinado. Nós, porém, não podemos ser os subordinados de nossa própria vontade. A razão proclama a nós, até certo ponto, à maneira de um mensageiro, as exigências que a vontade da razão do autor da natureza dirige a nossa vontade. Fala-se, por isso, melhor de direito natural que de direito racional”. O direito natural são, portanto, as exigências que a vontade da razão do autor da natureza dirige a nossa vontade. Quando essas normas valem “pela natureza mesma”, então somente porque elas, pela vontade da razão do autor da natureza, são dirigidas a nossa vontade.

Cathrein fundamenta o direito natural como o fundamento necessário do direito positivo. Ele pergunta (S. 556): “De onde toma a sociedade humana ou a autoridade humana o direito de nos obrigar?” “A resposta somente pode dizer”, diz ele: “A natureza mesma, ou melhor, o autor da natureza concede a ela o direito.” Da natureza das pessoas nós conhecemos que deus quer a existência da sociedade e a sociedade, sem uma autoridade que fixa um direito positivo, não é possível. É, portanto, deus que dá a essa autoridade o direito de promulgar leis. “Esse direito e o dever jurídico correspondente são dados pela lei moral natural e formam o fundamento indispensável de cada direito positivo. Eles não radicam na vontade das pessoas, mas na vontade de deus.”²⁷

27 - Acaba no mesmo aquilo que Johannes Messner, em sua grande obra: *Das Naturrecht* (3. Aufl., Innsbruck 1958), tem a dizer sobre a fundamentação do direito natural. Na S. 265 ele define: “O direito natural é a ordem das competências próprias, humanas particulares e sociais, fundamentadas na natureza humana com suas responsabilidades próprias.” Competências próprias são procurações para o atuar. Elas são “afiançadas pela lei da razão moral própria dela (da natureza)”. Procurações para o atuar podem resultar somente por normas. Essas normas são o direito natural, do qual Messner (S. 266) diz, são “os princípios de direito próprios da razão das pessoas” ou “normas”. Como “ordem” um agregado de normas, direito natural uma ordem é, são o direito natural essas normas jurídicas “próprias” da natureza da pessoa. Assim também Messner chega, em um — muito superficial — caminho e em um idioma extremamente amaneirado, ao resultado, que o direito natural é fundado na natureza da pessoa.

Da natureza da pessoa, porém, diz ele, na S. 24/25: que ela é condicionada pela sua *alma do espírito* e que “deus ... pela suposição da natureza humana (em Christus) sela a retratabilidade fiel de deus, escrita na alma da pessoa, e então testifica que o valor da pessoa ... é superior a cada valor mundano”. Isto é, que a pessoa, em vir-

tude de sua natureza, tem valor divino. E isto é, que a natureza humana — porque a pessoa é retrato fiel de deus — mesma é divina. Por isso, tem de — se isso, agora, é comprovado expressamente ou não — o direito natural, fundado na natureza da pessoa, afinal de contas, ser fundado em deus.

Da lei moral, da “lei natural moral” ou “lei da razão moral”, que afiança as “procurações postas” na natureza humana, diz Messner (S. 66): não é correto que “deus prescreveu a lei moral à pessoa, criada por ele, por uma decisão arbitrária como dador de leis absoluto”. Correto é, ao contrário, que deus como que causa prima (nota do tradutor: causa primeira) “impõe” sua vontade à natureza, ele “deixa sua vontade ficar eficaz mediante as forças e instalações que ele colocou dentro dela [na natureza]; isto é, com auxílio da *causae secundae* (nota do tradutor: causa secunda). Não existe nenhum fundamento para a suposição que o criador, com a pessoa, procede em outro modo como com a natureza restante”. Do que irrefutavelmente resulta que a vontade de deus é a causa prima do direito natural próprio da natureza da pessoa.

Em seu escrito, publicado mais recente: *Grundlagen einer Rechtstheologie* (München 1962), o teólogo católico Gottlieb Söhngen define, na S. 24/25, direito natural como: “direito inscrito na natureza humana por deus;” e esclarece na S. 39: “Também no direito natural a distinção de ‘natural e sobrenatural’ não bate certo puramente, nem histórica nem objetivamente.” Isto é, pois, certamente, a natureza do direito natural é natureza divina.