Direito natural (hoje) – Mafalda Miranda Barbosa – 2025

1. Até ao século XIX, afirmou-se a existência de uma ordem normativa de essência superior onde o direito positivo se fundamentava. Contudo, a resposta que ao longo dos tempos foi sendo dada à questão de saber o que é o direito natural não foi unívoca, avultando, consequentemente, diversas formas de jusnaturalismo. Se inicialmente, no período da filosofia grega, o direito natural se afirmava com uma base cosmológica ou antropológico-racional, com a Idade Média, e sob influência do Cristianismo, o direito passa a ser visto como uma manifestação de uma lei natural e da vontade de Deus. Este jusnaturalismo haveria de, no fim de um processo mais ou menos longo, culminar no jusracionalismo. Com este retorna-se à dicotomia clássica entre direito positivo e direito natural, em oposição à tricotomia medieval cristã, assente na distinção entre *ius positivum*, *ius naturale humanum* e *ius divinum*, renovada mais tarde pela Igreja Católica. Os autores jusracionalistas partiam da análise do homem para tentarem extrair dessa análise a característica psicológica mais marcante do ser humano – instinto de sociabilidade (Grócio), egoísmo (Hobbes), instinto de conservação do homem (Pufendorf) – com base na qual procuraram elaborar os sistemas de direito natural, de natureza puramente racional, que se libertaram progressivamente da teologia moral, regressando ao dualismo clássico entre *ius naturale* e *ius positivum*. Paulatinamente, o direito natural passa a assentar em direitos naturais do indivíduo, que se compreende a si mesmo desarreigado de qualquer vínculo social, e o direito passa a ser encerrado num texto, embora meramente declarativo do direito.

2. Com o jusracionalismo estavam lançadas as bases do positivismo legalista: quer a conceção do direito como um conjunto de normas, quer a racionalidade subjacente a este pensamento, quer a desconsideração do caso concreto como único e infungível eram características comuns a ambos os modelos de pensamento. A diferença residia na pressuposição pelo jusracionalismo de um fundamento extralegal, identificado com um direito natural puramente racional, que o positivismo terá desconsiderado por completo, desinserindo o pensamento jurídico do quadro mais amplo de problematização filosófico-prática. As insuficiências do positivismo jurídico haveriam de determinar não só a sua falência, como a necessidade da sua superação. Se, do ponto de vista metodológico, atentas as inconcludências do Método Jurídico protagonizado por aquela corrente do pensamento, surgiram determinados movimentos práticos tendentes à sua superação, do ponto de vista da fundamentação do

direito, a par de correntes várias, de índole funcionalista e de índole procedimental, assistiu-se a um ressurgir do direito natural.

3. O jusnaturalismo moderno, contudo, não pode ser captado de modo unívoco. A este propósito, importa considerar as perspetivas fenomenológicas e outras que recorrem quer à consideração das estruturas lógico-objetivas, quer à consideração da natureza das coisas. Repare-se, contudo, que nem sempre o apelo à natureza das coisas envolve, pelo menos confessadamente, a adesão a uma forma clássica de jusnaturalismo, com as suas notas de a-historicidade e universalidade. Radbruch é disso exemplo claro. Na sua *Die Natur des Sache als juristische Denkform* [RADBRUCH, "La natura delle cose come forma giuridica del pensiero", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, 145 s.], o autor sustenta claramente que a natureza das coisas não deve ser confundida com o direito natural, já que este se traduz na descoberta, a partir das características do homem, de um direito válido para todos os tempos e todos os povos, enquanto a partir da natureza das coisas chegamos ao pluralismo histórico e nacional. À imutabilidade do direito natural contrapor-se-ia um direito historicamente situado. Partindo de uma base sociológica, o autor pretende, por meio dela, aceder ao sentido ontológico, postulando-se a imanência do valor no ser, que assim se quedaria em fundamento do dever-ser: há, por isso, que ter em conta os dados e formas sociais como os costumes, as tradições, os usos, a factualidade jurídica relevante, dentro da qual se integram as próprias pessoas, e o direito vigente.

4. Também Maihofer vê na natureza das coisas uma estrutura objetivo-histórica e existencial [Maihofer, *Recht und Sein*, *Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vitorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1954]. Para ele o homem não o é apenas na sua unicidade e irrepetibilidade, dotado de uma total subjetividade que tornaria imprópria qualquer imposição exterior, mas seria portador – em simultâneo – de uma dimensão social, pela qual estaria investido em papéis e posições que o colocariam em face dos outros homens numa determinada condição. Ao transcender-se a individualidade, encontrar-se-iam as estruturas de objetividade e nelas o fundamento para a imposição normativa. Para ele, envergando um dos papéis que a comunidade lhe reserva, o homem encontraria o seu lugar no mundo, justificando-se e fundamentando-se a ordem social que mais não é do que a localização dele no contexto societário. No fundo, as situações sociais típicas em que sucessivamente o homem vai sendo inserido conteriam em si critérios de dever-ser, que se extrairiam das posições

paradigmáticas em que se encontrasse, a envolver relações, significações, expectativas, interesses, pretensões. Simplesmente, ao considerar que a natureza das coisas remete unicamente para as objetivações conseguidas e institucionalizadas, não encontra arrimo de sustentação para a resolução das questões mais complexas e problemáticas que ultrapassam aquela institucionalização. Como explica Castanheira Neves, "não tem o homem de adaptar-se e aceitar o desenvolvimento desumano das coisas, mas, pelo contrário, deve intervir na própria natureza para a humanizar constantemente" [Castanheira Neves, *Questão de facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, Almedina, Coimbra, 1967, 798]. Donde se conclui, de acordo com o ensinamento com o qual concordamos, não poder o critério de ordenação das condutas ser encontrado na imanência das estruturas objetivadas. Ainda que a recuperação feita por Maihofer dos *entia moralia* de Pufendorf pudesse corresponder à normatividade jurídico-culturalmente vigente, esta não se confunde por antonomásia com o princípio normativo da fundamentação do direito como direito que, implicando o salto para o patamar da axiologia, não nos pode remeter imanentemente para o plano do ser como forma de se alcançar o dever ser.

5. Do mesmo modo, não parece colher a proposta de Welzel e de Stratenwerth de fundamentação do direito a partir das estruturas lógico-ontológicas. De facto, Welzel – e, na sua linha, o seu discípulo – tentou apoiar o direito nas estruturas ônticas e nas estruturas sociais, procurando a partir delas aceder às características do dever ser. Nessa medida, o direito ancorar-se-ia em dados pré-legais que correspondessem a tais estruturas ônticas, de que seria exemplo a construção da teoria finalista da ação [WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Vandenhöck & Ruprecht, Göttingen, 1962, 236 s.]. Simplesmente, a recusa do formalismo e da neutralidade não se alcança por via da mobilização destas estruturas lógico-ontológicas. É que o sentido que delas se extrai pode ser contrário ao sentido da própria dignidade humana, dependendo do desenvolvimento que se conheça. De facto, ainda que o direito natural se refira a uma ordem social, enquanto ordem de cultura, que corresponde às determinações que a caracterizam, nada permite qualificá-la como uma ordem de valor se não pressupusermos um sentido de validade que vai intencionada no jurídico e que não pode ser descoberto no próprio objeto a valorar. Além disso, se o fundamento último da valoração for o próprio objeto

valorado, o juízo a que acedemos não ultrapassa a mera explicitação do sentido daquele.

6. Donde se conclui que o fundamento da juridicidade – não podendo ignorar a estrutura ontológica do ser humano – há de fazer apelo a uma dimensão axiológica sem a qual a judicativa tarefa em que ela se realiza não se logrará cumprir, dimensão axiológica essa que deve ser descoberta na ideia de dignidade da pessoa humana, que, por seu turno, não pode encontrar o seu fundamento na simples (se bem que profundíssima) afirmação tomasiana da pessoa como *subsisten in rationalis natura*, antes o devendo procurar na pressuposição de uma Razão Criadora que ofereça à natureza e à humanidade os seus valores e os seus princípios, de tal sorte que o homem – com a sua inteligência, a sua memória e a sua vontade, de que falava Santo Agostinho –, ao afirmar-se como pessoa, não pode deixar de estabelecer com o outro – igualmente pessoa – uma relação de cuidado.

Bibliografia

- BARBOSA, Mafalda Miranda, *A dignidade da pessoa. A fundamentação do jurídico, a (re)compreensão do direito à luz do dever e o bloqueio da simples aspiração*, Gestlegal, 2024
- MAIHOFER, *Recht und Sein*, *Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Vitorio Klostermann Verlag, Frankfurt, 1954
- NEVES, Castanheira *Questão de facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade : ensaio de uma reposição crítica*, Almedina, Coimbra, 1967
- RADBRUCH, "La natura delle cose come forma giuridica del pensiero", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21, 1941, 145 s
- WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., Vandenhöck & Ruprecht, Göttingen, 1962,