

Rumos da filosofia jurídica luso-brasileira

António Braz Teixeira

1. Um dos domínios da reflexão filosófica em que tem sido mais intenso e contínuo o diálogo luso-brasileiro é, decerto, aquele cujo objecto é a realidade jurídica, seja através de pensadores que são pertença comum das nossas duas culturas, como é o caso de António Vieira (1608-1697), de Tomás António Gonzaga (1744-1810) ou de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846), seja pela vigência simultânea, nas escolas jurídicas dos dois Países, dos mesmos manuais ou compêndios, como aconteceu como os de Álvares Fortuna e Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886), seja pela atenta consideração, ora concordante ora crítica, do que foi sendo pensado na outra margem do Atlântico, seja, ainda, pelo inegável paralelismo ou convergência nos rumos da meditação sobre o Direito e a Justiça em Portugal e no Brasil.

O objecto da presente comunicação é, precisamente, o de procurar tornar patentes tais afinidades e convergências e a similitude dos caminhos que, no mundo luso-brasileiro, tem demandado a reflexão filosófica que busca uma melhor compreensão da experiência e da realidade jurídicas e dos valores cuja precária e sempre imperfeita e inacabada concretização o Direito visa alcançar, começando por notar ser possível distinguir três ciclos ou momentos essenciais no percurso histórico da reflexão luso-brasileira sobre o Direito, de muito diferente duração e diverso sentido.

2. O primeiro período da nossa comum consideração especulativa da realidade jurídica decorreu no âmbito do jusnaturalismo, se bem que nele hajam sido apresentadas quatro diferentes visões ou concepções do Direito Natural, desde o jusnaturalismo de fundamento teológico e matriz agostiniana e senequista de Vieira e de jusnaturalismo racionalista e contratualista de Gonzaga até à formulação, de recorte sensista e utilitarista, que encontrou no pensamento de Silvestre Pinheiro Ferreira e ao jusnaturalismo de livre inspiração kantiano-krausista de Ferrer e seus discípulos e sucessores portugueses e brasileiros.

Assim, segundo o teísmo cristão e o criacionismo e providencialismo divinos que dele directamente derivam que definem o pensamento do grande jesuíta cujo quarto centenário estamos comemorando, na hierarquia das leis, o primeiro lugar seria ocupado pela *lei divina* e pela *lei natural*, instituídas directamente por Deus, ambas eternas, constantes e imutáveis, a que viria a associar-se o *direito das gentes*, de dignidade e poder vinculante idênticos aos da lei natural.

Por sua vez, a *lei humana* ou o *direito positivo* retiraria o seu ser e a sua validade da sua conformidade com as leis divina e natural e com o direito das gentes, devendo o seu conteúdo desenvolver e regulamentar a lei natural, com vista a dotá-la de força coerciva e a reger a conduta social dos homens de acordo com a igualdade em que consiste a justiça, como virtude do que dá a cada um o que é seu, pois só a realização, da justiça através do respeito dos legítimos direitos de cada um dos membros da sociedade, constitui a comunidade política.

O princípio fundamental em que se baseava o jusnaturalismo vieirino era o de que a natureza fez todos os homens iguais e a todos dotou de liberdade natural, daqui decorrendo a sua atitude de franca e decidida oposição à escravidão dos índios brasileiros, se bem que, um tanto contraditoriamente, admitisse a dos negros africanos para aqui trazidos.

3. Para o futuro autor de *Marília*, o Direito Natural viria a consistir no conjunto das leis que Deus infundiu no homem para o conduzir ao fim para que foi criado e que este pode conhecer por meio do raciocínio e da razão, leis que, no entanto, por desprovidas de sanção, após o homem haver perdido a sua originária inocência e justiça, deixaram de ser suficientes para garantir a paz social e impedir que o ser humano, presa dos seus apetites e paixões, viole aquelas mesmas leis naturais.

Daí a necessidade de que, diversamente do que ocorria no primitivo e originário estado da natureza, em que todos os homens eram iguais, alguém detivesse o poder de ditar as leis que constituem o direito civil e os outros o dever de obedecer-lhe.

Para o autor do inconcluso *Tratado de Direito Natural*, se a lei civil não pode contrariar a lei natural quando esta é imperativa, já pode coartá-la naquilo em que ela se limita a permitir ou conceder, do que resultaria, então, que, actualmente, o Direito Natural seria mais restrito do que no originário estado de liberdade, mantendo, porém, o seu carácter racional e necessário, pelo que não poderia haver ignorância invencível dos seus princípios primários, os quais são imutáveis, por terem a sua fonte na vontade divina e não sofrer alterações a natureza do homem nem a sua razão.

Próxima da de Gonzaga se apresentava a concepção jusnaturalista de Diogo António Feijó (1784-1843), para quem o Direito Natural decorria da natureza das coisas, cabendo à consciência e à razão dar a conhecer ao homem as leis que o autor da natureza lhe quis prescrever e devendo os diversos ramos do direito (civil, público, político e das gentes) ser o desenvolvimento do mesmo Direito Natural a diferentes objectos.

Para o futuro Regente do Império, os direitos naturais fundamentais seriam o *direito de liberdade*, o de *igualdade* e o de *segurança e defesa*. O primeiro conferiria ao homem o poder de procurar os meios necessários para alcançar os seus fins, que Feijó fazia consistir na felicidade e na justiça, vindo aquele a coincidir com o *direito de propriedade*, visto a liberdade ser uma propriedade pessoal, inata e essencial do homem. Por sua vez, o *direito de igualdade* decorreria da pertença a uma mesma espécie e da filiação num Pai comum, prescrevendo que cada homem tem igual direito de usar o que é seu e de não ser subordinado senão a Deus. Finalmente, o *direito de segurança e defesa* consistiria no poder de defender os seus legítimos direitos, usando de todos os meios necessários para prevenir e repelir qualquer ataque, ainda que à custa do agressor.

4. Divergindo de ambos, Silvestre Pinheiro Ferreira entendia que a lei do justo ou o direito universal ou da razão é o que esta, em cada caso, mostra ser mais útil ao homem e ao cidadão, segundo a sua natureza e o seu destino na sociedade. Deste modo, para o autor das *Preleções Filosóficas*, aqui proferidas há dois séculos, a Justiça vinha a consistir na utilidade individual e social, pelo que o carácter justo ou injusto de qualquer acto se determinaria pelo resultado a que conduzisse, sendo tanto mais justo quanto maior fosse a soma de bens que produzisse para a sociedade ou para o indivíduo em particular. Advertia, contudo, o nosso filósofo que este princípio utilitarista não podia entender-se no sentido de os interesses de alguns deverem sacrificar-se aos do maior número, pois isso equivaleria a admitir ou aceitar a existência de privilégios, os quais constituem sempre uma injustiça e uma violação do pacto social. Deste modo, para Silvestre Pinheiro Ferreira, só seria justo o que fosse conforme ao interesse comum ou geral de todos os membros da sociedade.

Os direitos naturais, inerentes à natureza de todo o homem e insusceptíveis de lhe serem negados ou retirados, seriam três, o de *segurança pessoal*, o de *liberdade individual* e o de *propriedade real*. O primeiro impõe a todos o dever de nada fazerem contra a vida e o bem-estar pessoal de nenhum membro da sociedade e o de socorrer os outros contra toda a maldade alheia e contra os eventos naturais que ponham em perigo a sua vida ou bem-estar, enquanto o segundo consiste no poder de fazer tudo o que não atente contra a segurança ou a propriedade alheia e o terceiro é o direito que cada um tem de dispor à sua vontade do produto do seu trabalho e das coisas que possui de boa-fé, desde que não afecte a propriedade, a liberdade ou a segurança alheias.

5. Liberal como Pinheiro Ferreira, Vicente Ferrer, a quem se deve uma profunda renovação dos estudos filosóficos-jurídicos no mundo lusíada, a partir de uma tentativa de fusão ou de síntese entre a razão prática kantiana e o

pensamento de Krause, entendia o Direito num sentido puramente formal, como conjunto de condições, tanto internas como externas, que, sendo dependentes da liberdade e da vontade do homem, concorrem para a realização do seu fim racional, individual e social, nisto se distinguindo radicalmente da Moral, que cura unicamente de intenções e impõe deveres, determinando que o homem use todos os meios necessário para alcançar aqueles fins.

Deste modo, para o lente conimbricense, o Direito seria tão só condição do exercício da liberdade de cada sujeito, cujo único limite seria o respeito pelos direitos alheios e pela esfera de acção livre dos outros titulares de direitos. Daí que, contrariamente aos deveres morais, que são de natureza afirmativa, os jurídicos apresentassem conteúdo negativo, dado consistirem numa abstenção, a de não invadir a esfera jurídica alheia, e que, coerentemente, a sua ideia de Direito viesse a coincidir com o princípio do *neminem laedere*.

Distinguindo os *direitos naturais absolutos* ou *originários*, cuja fonte é a natureza humana, dos *hipotéticos* ou *derivados*, que pressupõem um acto concreto de aquisição, Ferrer incluía entre os primeiros os de *personalidade* e de *propriedade*, os quais englobavam os de justa actividade, de liberdade, de associação, de independência e o de usar, incondicionalmente, das coisas externas, podendo até destruí-las por mero capricho.

6. Adaptado, durante algumas décadas, no ensino filosófico do Direito tanto em Coimbra como nas Faculdades de São Paulo e de Olinda, o manual de Ferrer, pelo seu extremado individualismo, não deixou de suscitar críticas ou oposições por parte de alguns dos seus discípulos e sucessores, primeiro em Portugal e depois no Brasil, a partir do final da década de 50 do século XIX.

Assim, em Coimbra, José Dias Ferreira (1837-1907) contraporá a Ferrer que, mais do que um *complexo de condições*, o Direito constitui um *conjunto de princípios*, cujo fundamento se encontra na liberdade e na igualdade da natureza humana e cuja função é a manutenção da ordem social, a qual depende da realização do bem, o que torna o Direito e a Moral idênticos na origem e no fim, o que o levava a acolher a doutrina do chamado “mínimo ético”.

Por sua vez, Joaquim Maria Rodrigues de Brito (1822-1873) fará da ideia, de matriz proudhoniana, de *mutualidade ou reciprocidade de serviços*, o cerne da ideia de Direito, o que o conduzirá a sustentar que a ideia de igualdade é mais importante e decisiva do que a de liberdade para definir a realidade jurídica e a atribuir à noção de dever papel nuclear no mundo do Direito, já que considerava que cada homem tem direitos porque tem o dever de prestar aos seus semelhantes os serviços que estiverem em seu poder e o de exigir os de que carece como condições do seu desenvolvimento.

7. Alguns anos mais tarde, a crítica do individualismo jurídico de Ferrer, em nome de uma visão mais social do Direito, encontrará também eco na Academia paulista, na obra de Carlos Mariano Galvão Bueno (1834-1883) e de João Teodoro Xavier de Matos (1828-1878).

A concepção de Direito do primeiro apresenta claras afinidades com a de Rodrigues de Brito, ao afirmar o lente paulista dever o Direito ser entendido como complexo de condições dependentes da vontade de outrem, necessárias à realização do fim integral atribuído ao homem pela sua natureza, o que lhe conferiria uma dimensão intrinsecamente social.

Quanto ao Direito Natural, pensava Galvão Bueno que, porque Direito ideal, era uma meta que a sociedade deveria visar e com que o direito positivo deveria harmonizar-se, progressivamente, sem, contudo, com ele vir a coincidir plena e integralmente.

Para João Teodoro Xavier de Matos, o Direito Natural seria constituído pelo complexo harmónico e sistemático dos princípios necessários, universais e incondicionais da Justiça, os quais decorreriam da natureza do homem e da dos demais seres a que aqueles se aplicam. Assim, para o catedrático paulista, os princípios da Justiça constituiriam verdades ontológicas e absolutas, a cujo conhecimento o homem poderia ascender por via racional e dos quais decorreriam duas regras fundamentais: a que impunha o respeito mútuo das actividades livres e a omissão de ofensas directas ou indirectas aos seres dotados de destino próprio e a que prescrevia a prestação de socorro aos outros sujeitos jurídicos.

8. O segundo ciclo ou momento da reflexão filosófico-jurídica luso-brasileira, iniciado no âmbito de concepções metafísicas naturalistas e voluntaristas, por Francisco Machado de Faria e Maia (1841-1923), em Coimbra, e por Tobias Barreto (1839-1889), no Recife, a breve trecho se encaminhou no sentido do positivismo e do monismo evolucionista e materialista, em autores como Teófilo Braga (1843-1924), Alberto Sales (1857-1904) e Sívio Romero (1851-1914), vindo a caracterizar-se por uma atitude declaradamente anti-jusnaturalista e por tender a considerar a realidade jurídica de uma perspectiva predominantemente sociológica. Embora, de diversos modos, não de todo coincidentes, hajam intuído ou vislumbrado a individualidade do mundo humano da cultura, perfilharam uma minorada noção de liberdade e nenhum deles logrou entender adequadamente a realidade e a objectividade dos valores, presas todos dos acanhados pressupostos naturalistas de que partiam.

Sequaz de um pandinamismo e de um monismo evolucionista, Faria e Maia compreendia o Direito como realidade humana e a vida jurídica como

parte da actividade voluntária do homem, aquela que dizia respeito às relações externas da vontade, enquanto a Moral se reportaria às suas relações internas, encontrando-se o fundamento de ambos na natureza humana. Constituinto um princípio imanente que radicaria na consciência, seria na vontade, reflectindo-se na inteligência, que se encontraria a origem das ideias de justo e de injusto, do que resultaria, então, que a justiça seria imanente aos próprios seres que rege.

Por outro lado, dado que o direito positivo ou a lei jurídica representa a necessidade de existência, acção e desenvolvimento da vontade colectiva ou da vontade de cada um nas suas relações com as outras vontades, todo o facto, para ser justo, terá de harmonizar-se com a existência, acção e desenvolvimento da vontade colectiva, segundo três leis fundamentais, a primeira das quais impõe o respeito pela existência das outras vontades individuais (*neminem laedere*), enquanto a segunda exige o respeito pelas combinações feitas com as outras vontades individuais (*pacta sunt servanda*) e a terceira determina que se respeitem as resoluções da vontade colectiva no exercício da soberania.

9. Naturalista e monista era, igualmente, a filosofia de Tobias Barreto, pensador marcado, simultaneamente, pelo neo-kantismo, pelo darwinismo e pelo evolucionismo, o que o levava a ver no Direito um produto da cultura humana, constituído pelo “conjunto das condições existenciais e evolucionais da sociedade coactivamente asseguradas, ou estabelecidas ou manejasdas pelo Estado”.

Convergindo, significativamente, com o positivismo jurídico, o mestre sergipano não só reduzia o Direito ao direito positivo, recusando qualquer jus-naturalismo, como considerava elementos essenciais do conceito de Direito a estadualidade e a coactividade, do mesmo passo que perfilhava um estrito legalismo, que negava realidade e validade jurídica ao costume, e acolhia uma visão voluntarista do Direito e um neutralismo ético, que recusava qualquer fundamento supra-empírico ou supra-positivo da ordem jurídica, bem como um relativismo historicista, directa decorrência do seu monismo evolucionista.

Também Teófilo Braga e Sívio Romero consideravam a vontade como domínio próprio do Direito, e recusavam a ideia de um Direito Natural absoluto, eterno e originário, ao mesmo tempo que afirmavam a essencial historicidade do Direito e o seu carácter evolutivo e progressivo, a sua natureza de disciplina prática, multiforme, múltipla e complexa, extremamente variável em função das circunstâncias e condições concretas de cada época e de cada povo e sustentavam que o conceito de Direito só poderia obter-se a partir da consideração do conjunto humano nas suas diversas e progressivas formas de sociedade e não com base na análise da natureza fisiológica ou psicológica do

homem como indivíduo, pelo que a ciência jurídica seria parte da sociologia, única base adequada para a determinação do conceito de Direito.

10. Contra este acanhado e insuficiente modo de entender a realidade jurídica se ergueram, há um século, as vozes, ao tempo isolados e desatendidas, de Farias Brito (1862-1917), no Brasil, e Paulo Merêa (1889-1977), em Portugal, em nome de um novo espiritualismo que, no caso do primeiro, recusava o voluntarismo ético e jurídico dos mestres da Escola do Recife em que se formara, via na verdade a regra das acções, entendia a liberdade como consciência da acção e império da razão, atribuía renovado sentido à doutrina do “mínimo ético” e considerava a Justiça o princípio fundante do mundo jurídico.

Por sua vez, o segundo defendia um novo idealismo, cujos expoentes seriam Bergson e William James e que, no campo do Direito, se reflectia nas obras de Saleilles, Hauriou e Charmont, se contrapunha à árida visão positivista da realidade jurídica e atribuía primordial relevância à dimensão antropológica e prática do Direito e à sua relação directa com a concreta vida do homem.

As sérias e reflectidas intervenções especulativas dos dois pensadores não lograram, no entanto, abalar o positivismo monista e materialista imperante no mundo jurídico luso-brasileiro, que conheceu aqui representantes da entregadura de Pedro Leça (1859-1921) e João Arruda (1861-1943), e, no Porto, inspirou a reflexão de Abel Salazar (1889-1946), tendo conduzido a que em 1911, viesse a ser abolido o ensino filosófico do Direito, por breves meses, no Brasil, durante um quarto de século, em Portugal.

11. Deste modo, seria necessário esperar cerca de três décadas para que as sendas precursoramente abertas pelo filósofo cearense e pelo jovem escolar de leis conimbricense viessem a ser, de novo, demandadas e a especulação filosófica sobre o Direito adquirisse renovado sentido no mundo luso-brasileiro, graças a duas figuras maiores da cultura de língua portuguesa, Luís Cabral de Moncada (1888-1974) e Miguel Reale (1910-2006), que, partindo ambos de uma leitura dinâmica do neo-kantismo culturalista, souberam combiná-lo com elementos colhidos tanto na fenomenologia como no pensamento existencial, em sínteses de feição própria, dotadas de inegável originalidade.

Os dois jurisfilósofos, que mantiveram intenso e fecundo diálogo especulativo e marcaram, de forma decisiva, os rumos da reflexão filosófica-jurídica em cada um dos seus Países, coincidiam em aspectos fundamentais da sua meditação sobre o Direito. Dentre os pontos mais relevantes dessa convergência de posições especulativas, refiram-se a reivindicação da legitimidade e valor da filosofia jurídica e do seu carácter específica e radicalmente filo-

sófico, uma concepção pluralista da realidade e do mundo jurídico e a consequente visão pluridimensional do Direito, em clara oposição aos monismos sociologista, normativista e logicista do positivismo, a importância por ambos conferida à noção da *experiência jurídica* e à temporalidade e à historicidade do Direito, concebido como realidade ou objecto cultural e a paralela consideração do problema do seu fundamento axiológico, na via da meditação do problema do Direito Natural e da teoria da Justiça, e a reflexão epistemológica acerca da natureza e valor da ciência jurídica.

Particularmente significativo foi o diálogo que travaram sobre a teoria tridimensional do Direito proposta pelo mestre paulista, que lente de Coimbra notou ser extensível a todo o restante mundo normativo, desde o preceito moral ao mandamento religioso e aos usos sociais, o que levou Reale a introduzir naquela alguns ajustamentos e precisões.

Igualmente fecundo se revelou o diálogo especulativo que o filósofo de *Experiência e Cultura* manteve com outros dois destacados pensadores lusos, cuja reflexão foi marcada, como a de Reale, pela ontologia de N. Hartmann e pelo pensamento existencial de Heidegger. Refiro-me a António José Brandão (1906-1948), jurisfilósofo de notável envergadura, que nos legou profundas e inovadoras reflexões no domínio da ontologia jurídica, da teoria da Justiça e da análise da problemática filosófica suscitada pelo conceito de vigência, e a Delfim Santos (1907-1966), pensador que, no domínio filosófico-jurídico, que abordou acidentalmente, em dois admiráveis ensaios publicados na segunda metade da década de 40 do século passado, se ocupou do conceito de Direito, da ideia de Justiça e das formas próprias da racionalidade jurídica, desenvolvendo aí pontos de vista precursora e fecundamente originais.

12. Fruto do magistério de Moncada e Reale, o mundo luso-brasileiro, desde o início dos anos 40 do século XX, conheceu um renovado interesse pelo estudo filosófico do Direito, o qual se exprimiu e desenvolveu em múltiplos rumos, que vão desde o neo-idealismo, em que avultam nomes como Afonso Queiró (1914-1998), Renato Cirell Czerna (1922-2005) e António José de Brito (1927) e do personalismo jurídico, linha em que se escrevem, entre outros José Pedro Galvão de Sousa (1912-1992), Manuel Gomes da Silva (1915-1994) e Mário Bigotte Chorão (1931), até à fenomenologia, cultivada com brilho por Franz Paul Langhans (1908) e Aquiles Côrtes Guimarães (1937), ao racio-vitalismo, de que foram expoentes Luís Washington Vita (1921-1968), A.L. Machado Neto (1930-1977) e Ubiratan Borges de Macedo (1937-2007) ou à teoria da racionalidade jurídica, representada por jurisfilósofos como Lourival Vilanova (1915-2001), João Baptista Machado (1927-1991), A.Castanheira Neves (1929), Nelson Saldanha (1931), José Sousa e Brito (1939) e Tércio Sam-

paio Ferraz Jr. (1941), cumprindo lembrar ainda o interesse especulativo que pela problemática filosófica do Direito e da Justiça revelaram diversos pensadores não juristas. Foi o caso, além do já referido Delfim Santos, de autores tão diversos como Augusto Saraiva (1900-1975), Álvaro Ribeiro (1905-1981), Henrique Lima Vaz (1921-2001), Orlando Vitorino (1922-2003), Eduardo Abranches de Soveral (1927-2003), Mário Sottomayor Cardia (1941-2006) ou Constança Marcondes César (1945), cujas diferentes perspectivas filosóficas não têm deixado de enriquecer a reflexão filosófica-jurídica contemporânea em língua portuguesa.