

O Direito Natural na Concepção de Gény

CLENÍCIO DUARTE

O NOTÁVEL professor da Faculdade de Direito de Nancy representa, no pensamento jus naturalista, um papel preeminente no seu movimento de renascença. Após o tremendo golpe que lhe vibrou a escola histórica, (1) o direito natural, cambaleante, procurou, na concepção do “direito justo” de STAMLER, firmar-se como um direito de conteúdo variável, essencialmente plástico. (2) Ora, tal concepção é, em última análise, flagrantemente contraditória, pois, como adverte HAURIU, citado por RIPERT, (3) um ideal não pode ser relativo e sim absoluto.

Contra essa teoria, que desvirtuara a concepção do direito natural, para harmonizá-la aos cânones da escola de SAVIGNY e PUCHTA, levantou-se GÉNY, (4) procurando dar à doutrina do direito natural um novo fundamento.

Estabeleceu, então, o insigne professor um direito natural irreduzível, que dominaria a elaboração científica do direito positivo. Tentando salvá-lo da morte certa, GÉNY lança mão de todos os meios que lhe fornece sua robusta formação jurídica, chegando, numa última tentativa de salvamento, a minimizá-lo, reduzindo-o à idéia elementar de justiça. (5)

O vocábulo *direito* pode ser compreendido em um sentido *ideal*, ou numa aceção *positiva*. (6)

No primeiro caso estaria compreendido o direito natural; na segunda hipótese, o direito inserto nas legislações, o direito positivo. E, assim, sempre foi entendido o direito natural, por todos

os filósofos, teólogos e juristas que dêle se preocuparam, desde a mais remota antiguidade. (7)

GÉNY, entretanto, pretende distinguir entre um direito natural, que se poderia chamar ideal, e um direito natural, com atuação direta sobre o direito positivo. O primeiro seria um conjunto de regras que, presente na consciência de todos, não deveria indicar uma aplicação coercitiva. O segundo determinaria os preceitos que deveriam ser suscetíveis de uma coersão efetiva.

Embora admitindo essa dicotomia, GÉNY não deixa de reconhecer a dificuldade de um direito natural aplicável por via de constrangimento, concepção que se nos afigura, em si, contraditória, pois, existindo a coação, não há falar em direito natural, mas sim em direito positivo. Demais, qual a utilidade prática da distinção, se não podemos deixar de reconhecer que a simples indicação dos preceitos de direito natural que deveriam ser empregados, mediante coação, através do direito positivo, que os encamparia, não seria bastante, dado que o direito positivo poderia não aceitar essas sugestões!

Ao propósito, é interessante a crítica de J. DABIN, (8) que nos diz: “Não basta que uma solução de coação seja recomendada pela moral ou mesmo pela “lei natural”, para que se torne desejável, em relação ao bem comum, ou, em todo caso, praticável tecnicamente. Ao contrário, a verdade jurídica pode muito bem reclamar coação para deveres que a lei natural não reconhece suscetíveis de nenhuma “coerção efetiva”, ou até mesmo postular todo um sistema de constrangimento em matérias em que a “lei natural” não prescreve dever de qualquer espécie.”

Assim, não nos parece aceitável admitir um direito natural “positivo”, ou, como conceitua J. DABIN, um “direito natural jurídico”, visto que o “direito jurídico” há que ser, forçosamente, o direito positivo. (9) E’ que o direito positivo se compõe de regras aplicáveis mediante coação do Poder Público. As expressões “natural” e “positivo” são absolutamente antagônicas, uma excluindo terminantemente a outra.

A concepção do direito natural “positivo”, isto é, suscetível de coação, se nos afigura, assim, contraditória, nada mais representando do que a própria negação do direito natural.

(1) L. TANON. — *L'Évolution du droit et la conscience sociale*. — Paris, F. Alcan, 2.^a ed., 1905, págs. 1 e 5; “Pode ver-se facilmente que essa doutrina era a antítese plena da jusnaturalista”; E. BODENHEIMER, *Teoria del Derecho*, ed. mexicana, pág. 265.

(2) RIPERT, — *La règle morale dans les obligations civiles*, — Paris, 4.^a ed., 1949, pág. 17.

(3) *Ob. e loc. cit.*

(4) *Science et Technique*, 1924, vol. II, págs. 127 e segs.

(5) *Ob. e vol. cit.* págs. 418 e segs.; *La nécessité du droit naturel* — in “*Science et Technique*”, vol. IV, págs. 264 e 265.

(6) JEAN DABIN — *La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*, 1929, pág. 2. O notável jurista gaulês emprega, ao propósito, as expressões “direito dos moralistas, direito moral” e “direito dos juristas, direito jurídico”. Embora a aceção seja a mesma, não se nos afiguram merecedoras de acolhida as expressões de Dabin, por isso que é flagrantemente redundante a expressão “direito jurídico”.

(7) JEAN DABIN — *ob. cit.*, pág. 301.

(8) *Ob. cit.*, pág. 304.

(9) J. DABIN, *ob. cit.*, págs. 11 e 305; V. nota 6.

Negamos a existência de princípios jurídicos, superiores ao direito positivo, imanentes em cada um de nós, imutáveis e irreduzíveis. Admitimos, entretanto, que haja, em cada um de nós, aspirações para um direito justo, sujeito, todavia, às nossas concepções subjetivas, dependentes da corrente filosófica e religiosa que seguimos e, dessa forma, essencialmente variável, segundo os indivíduos, as épocas e os povos. (10) Daí não podermos aceitar o direito natural, por isso que essas aspirações para um direito justo não podem ser tomadas como direito natural, dada a sua extrema mutabilidade, segundo aqueles elementos. O direito natural, a ser admitido, só poderia ser concebido como um ideal e êste, por definição, deve ser absoluto, necessário e não contingente.

Estamos com RIPERT, (11) quando adverte:

“Qui douterait aujourd’hui que cette prétendue raison est tout simplement la conception qu’un peuple et une époque se font de la société?”

No seu notável trabalho, inserto nos “Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique”, 1933, números 3-4, intitulado “O Laicismo do Direito Natural”, GÉNY procura refutar as asserções de RIPERT, CUCHE e DABIN, que pretendem um direito natural de fundo religioso, para asseverar que êste, desde a sua concepção tradicional, saiu da natureza, interpretado pela consciência, independentemente dos dogmas de uma religião determinada. E, reforçando o seu ponto de vista, cita SÃO TOMÁS DE AQUINO, que concebeu o direito natural dentro do terreno filosófico, sem nêle fazer intervir a revelação. E acrescenta: (12) Após ter SÃO TOMÁS DE AQUINO justificado a existência da lei natural, de que a lei humana nada mais é do que a aplicação positivamente feita na humanidade, êle admite, ainda, a existência da lei divina. Mas esta vem a ser uma variedade da lei positiva; é a lei editada por Deus, para reger a conduta do homem. Ela (a lei divina) deixa intacta, como tal, a lei natural, pura, que é a mesma para todos, imutável em seus princípios gerais, inscrita no coração dos homens e da qual derivam as leis estabelecidas pela humanidade, impondo-se sem intervenção de elementos sobrenaturais.

Não é verdade — continua GÉNY — que GROTIUS tenha secularizado o direito natural, porquanto êste, em sua essência, sempre permaneceu leigo.

Essa concepção do direito natural perfeitamente estranho ao direito divino — prossegue GÉNY — continuou sempre predominante, até que, em meados do século XIX, em alguns auto-

res italianos, mais teólogos que filósofos, surgiu a tendência em procurar soluções do direito natural em argumentos tirados dos princípios dogmáticos do catolicismo. Mas é, segundo GÉNY, uma atitude insulada, que não fêz escola. A prova é que nas Encíclicas dos pontífices da Igreja Católica sempre se conservou uma equidistância entre o direito natural e o direito divino. (13) E isso se explica, adverte GÉNY, pela necessidade que se deve reconhecer no direito natural de ter um caráter universal, que o torne aceitável para todos os homens, independentemente de seus credos religiosos. E essa idéia se encontra na filosofia, sem necessidade de ir buscá-la na teologia, que poderá, quando muito, aperfeiçoá-la, mas não lhe é essencial.

Daí a necessidade de minimizá-lo, a fim de que o direito natural se ajuste às variadas doutrinas religiosas existentes no universo, ou mesmo aos que não têm religião.

Admitindo a influência religiosa, para aperfeiçoar o direito natural, GÉNY chega à concepção de um “direito natural progressivo”, que iria, gradativamente, se elevando e, conseqüentemente, cada vez mais se adaptando ao ideal do justo, admitindo, entretanto, que êsses desenvolvimentos, oriundos da força das crenças e revelações religiosas, só valeriam dentro da zona de influência a que pertencesse êsse ideal. Mas, de qualquer modo, o núcleo primitivo, ou seja, a essência mesma do direito natural, reduzida a um mínimo, se imporia a todos, alcançando a universalidade. Seria, — assim minimizado o direito natural — um conjunto de “regras de conduta exterior, impostas pela natureza, reconhecidas pela consciência e a razão comuns a todos”. (14)

Não há negar que a doutrina de GÉNY representa um tremendo esforço, no sentido de ressuscitar o direito natural, dando-lhe um conteúdo mínimo, afastando-o, completamente do ideal religioso, que pode influenciar, mas não é essencial à sua concepção.

A idéia, entretanto, de um direito acima e independente do direito positivo, decorrente da própria natureza do homem e resultante das supremas exigências dessa natureza, parece-nos uma concepção utópica, pois não seria possível conseguir, mesmo dentro de um mínimo, uma unanimidade tal que pudesse sintetizar essa concepção, essencialmente variável, segundo os indivíduos, as crenças e a orientação filosófica do valor do *justo*.

E, supondo-se que se pudesse atingir essa unanimidade, admitindo-se a existência do direito natural, que representaria, segundo a definição de GÉNY, êsse conjunto de regras de conduta exterior, reconhecidas pela consciência e a razão co-

(10) No mesmo sentido, RIPERT, *La règle morale*, cit., pág. 16; GURVITCH, *Droit naturel ou droit positif?*, in “Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique”, 1933, págs. 69 e segs.

(11) *Ob. cit.* pág. 16.

(12) *La Laïcité du Droit Naturel* — in “Archives”, pág. 14.

(13) *Idem*, *ibidem*, pág. 15.

(14) *Id.*, *ibid.*, pág. 21.

muns a todos, fácil era transformá-lo de direito ideal em direito positivo. E, então, não se poderia mais falar em direito natural, por isso que êste, concretizando-se, deixaria de ser um ideal, para se transformar em realidade.

Como adverte RADBRUCH, (15) "se existisse um direito da natureza, uma única verdade jurídica, inteligível e demonstrável, não seria possível conceber que um direito positivo, em contradição com essa verdade absoluta, tivesse força obrigatória. Êsse direito positivo deveria deixar

de existir, pela evidência do seu êrro, em face da verdade transparente. A força obrigatória do direito positivo só pode fundar-se no fato de que o direito justo não é nem inteligível, nem demonstrável".

Assim, de balde procurou GÉNY, com o brilhantismo que o caracteriza, dar um sôpro de vida à velha concepção do direito natural, já inteiramente mumificada.

O relativismo jurídico lançou a derradeira pá de cal no caixão em que, em entêrro solene, se conduziu o velho direito natural. E, à beira do seu túmulo, não se lhe pode negar o elogio fúnebre de ter, embora românticamente, contribuído para o desenvolvimento, já em bases científicas, da Filosofia do Direito.

(15) G. RADBRUCH — *Le relativisme dans la philosophie du droit* — in "Archives de Philosophie du droit", 1934, ns. 1-2, pág. 106.