

DOIS ESTUDOS SOBRE O DIREITO NATURAL

I — O MOMENTO PRESENTE E O DIREITO NATURAL

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor adjunto e pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; doutor em direito da Universidade Católica de Louvain, Bélgica.

“Human nature cannot by any means subsist without the association of individuals, and the association never could have place were no regard paid to the laws of equity and justice”.

Hume

A mais superficial reflexão sobre o momento histórico presente permite que se constate a existência de diversidades culturais, em diferentes partes do mundo, e sugere a necessidade de sua harmonização. Todavia, entendendo-se que este objetivo deva ser buscado, é preciso abandonar o plano das inferências fáceis e perquirir a origem e a natureza das divergências culturais existentes.

Tal indagação encontra-se no centro da problemática que aflige o ser humano, constituindo-se em aterradora ameaça, pois há uma consciência cada vez mais aguçada de que, ou se estabelece, de algum modo, a prazo mais ou menos curto, formas de convívio mais consentâneas com as exigências da justiça e da equidade, tanto no âmbito de cada Estado, quanto no âmbito da sociedade internacional, ou a própria espécie humana pode extinguir-se. Para aferir-se o alcance desta dramática possibilidade devem-se considerar os elementos essenciais da tão propalada crise de nosso tempo.

É pouco dizer-se que tal crise tem caráter geral, embora os juristas falem e escrevam amiúde sobre a **crise do direito**, “considerando-a como um fenômeno excepcional, a ser explicado por razões particulares, deixando, em consequência, de ligá-la a fenômenos análogos de outros setores da vida social” (1).

Tampouco mostra-se suficiente à percepção de que já dura cerca de meio século, podendo-se identificar seus primeiros signos na acutização dos problemas sociais no interior dos Estados e no agravamento das questões internacionais, precursores das duas guerras mundiais (2).

Já é mais esclarecedor ponderar-se que “talvez seu aspecto jurídico não seja o mais grave, pois constitui o reflexo de uma crise que abrange a totalidade de nossa civilização”, sendo justificado falar-se em “uma transformação que se acha em curso, abrangendo toda a nossa vida econômica, moral, social, internacional, e, apenas indiretamente, jurídica” (3). Na verdade, encontramos-nos em face de um novo mundo que irrompe, com características e exigências novas, cuja natureza é preciso bem compreender como condição do estabelecimento de normas jurídicas que lhe sejam consentâneas. Inserindo-se o jurídico na tessitura geral de nossa época, é enganoso considerá-lo isoladamente. Tomando-se esta via, amontoam-se leis sobre leis, abusando-se do caráter instrumental destas, sem que se chegue à diminuição dos atritos perceptíveis no organismo social, ou à composição dos interesses aí conflitantes. Enquanto, por esta forma, se procrastina o trabalho legislativo, a realidade não cessa de evoluir, até que, atingido o ponto em que

(1) Ravà, Adolfo. “Crisi del diritto e crisi mondiale”. In: Belladore Pallieri, G. et alii. *La crisi del diritto*. Padova, Cedam, 1953. p. 56 nota 21. O autor excetua F. Lopez de Onate. *La certeza del diritto*, Roma, 1942. 2. ed. 1950, cap. II, que alude, preliminarmente, à “crise da nossa época”; e também F. Carnelutti que no seu *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, p. 167-82 se refere ao “aspecto jurídico da crise da civilização”.

(2) Ibid., p. 66.

(3) “Le guerre e le rivoluzioni di questi ultimi decenni non sono che tragiche manifestazione del profondo travaglio in cui si dibatte la struttura sociale del mondo e con essa lo stesso orientamento morale dell’umanità nella ricerca, finora vana, dello sbocco in un diverso assetto, che presenti un certo grado di stabilità”. Ibid., p. 66.

suas demandas se tornam cruciais, surge a ilusão de remediá-las através das “leis-recortes”, resultantes da cisão “de algum projeto-de-lei, que havia sido concebido em sua totalidade, de algumas normas que se consideram improrrogáveis e se editam apressadamente... não inspiradas em um pensamento reformador orgânico... ineptas para regular duravelmente a situação” (4). Deste modo, sobre a crise geral, sobrepõe-se a crise específica do Direito (5), eis que as normas jurídicas, pelo simples fato de serem enunciadas, geram convicções, culminando, por vezes mesmo, em fetichismo legal aprioristicamente contrário à modificação do esquema regulador da vida coletiva.

Nestas condições, pode-se afirmar que a consideração do Direito em um contexto cultural global impõe-se como premissa necessária à sua compreensão e, por consequência, ao encontro de soluções apropriadas às forças sociais integrantes do quadro histórico, das quais apenas artificialmente pode ser separado. Como resultado de tal desvinculação, pode-se chegar ao conceptualismo jurídico, forjado à luz dos dados formais do ordenamento jurídico e teimosamente afastado dos dados da vida real. Dada a sua insuficiência, é preciso ultrapassá-lo, examinando a origem e a natureza do quadro histórico de que são parte as regras legais. Assim procedendo, estar-se-á evoluindo no sentido da apreensão dos valores por que se deve orientar a ordem jurídica capaz de propiciar a pacificação dos interesses conflitantes, no plano internacional e no interior de cada Estado, de vez que, guardadas certas características específicas, uns e outros não parecem diferir substancialmente.

De modo sintético, a questão fundamental que deve ser respondida respeita à **especificidade das condições de nossa época**: como se apresentam, qual a sua origem e natureza, que perspectivas futuras permitem vislumbrar à sociedade humana.

O dado mais facilmente perceptível consiste no extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico. Pela primeira vez, o homem realizou uma verdadeira dominação da natureza, capaz de proporcionar-lhe novas condições existenciais, envolvendo o mundo em uma rede técnica, que opera como “uma imensa usina destinada a explorar

(4) Ibid., p. 68.

(5) Ibid.

suas matérias-primas e energia" (6). Nossa época é tão importante quanto aquela em que se criou o primeiro instrumento, singularizando-se pela consciência cada vez mais lúcida de estar-se vivendo um momento decisivo, sem similar no passado. "Vivemos uma situação espiritualmente incomparável e grandiosa, porque rica em possibilidades e perigos", de tal sorte que se nos revelarmos incapazes de colocar-nos à altura de seu desafio, pode "converter-se no período mais miserável da história, sinalando a ruína da humanidade" (7). A ambigüidade do presente consiste em que, se não se pode excluir que a humanidade se encontre próxima de seu fim, é também concebível que se encontre no umbral de uma nova era de realização, na qual, utilizando-se dos meios técnicos disponíveis, seja possível um avanço fecundo, fundado sobre a experiência do passado (8).

Para que a última parte dessa dramática alternativa se possa converter em realidade, é indispensável refletir-se sobre a situação presente, seus pressupostos e alternativas futuras.

Considerando-se o campo do conhecimento, constata-se um descompasso entre o avanço científico, ligado ao campo da tecnologia, e o adiantamento das Ciências Sociais, daí resultando um "obstáculo à realização dos ideais humanos", pois "o progresso científico e tecnológico em geral só tem razão de ser quando entendido à luz de sua dimensão humana" (9). Enquanto a moderna tecnologia propiciou mira-

(6) Jaspers, Karl. *La situation spirituelle de notre époque*. Postface de Xavier Tilliette. 4. éd. Paris, Desclée de Brouwer; Louvain, E. Nauwelaerts, c. 1951. p. 29.

(7) Ibid.

(8) Ibid., p. 30.

(9) Rosa, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970. p. 19.

culosas realizações (10), as sociedades humanas ainda se defrontam com problemas que bem evidenciam a crise em que se encontram imersas.

Tal descompasso projeta as primeiras sombras sobre as aquisições científicas, cujo valor é posto em questão, em contraste com a admiração ilimitada com que foram encaradas até há pouco tempo, quando se supunha que todos os problemas, inclusive aqueles inerentes à vida em sociedade, eram passíveis de soluções científicas indiscutíveis. A admiração sucede-se a desconfiança face ao avanço tecnológico. Com o passar do tempo, revelou-se que a tecnologia tem seu preço, de que as nuvens explosivas em forma de cogumelo sobre Hiroshima e Nagasaki foram trágicos signos precursores. A experiência, infelizmente, não fez senão corroborá-los, através da ameaça de guerra nuclear que passou a pairar sobre o destino humano, e da escalada da poluição em dimensão planetária, produzida pelos detritos e emanções dos artefatos técnicos. Além disso, em um outro nível, esboça-se um princípio de ceticismo quanto ao método objetivo-quantitativo que se pretendeu, há não muitas décadas, estender a todos os domínios do conhecimento. Hoje, a arremetida avassaladora de tal metodologia começa a esmorecer, inobstante os êxitos a que conduziu, enquanto o ser humano volta-se para si próprio, fazendo-se objeto da investigação, perquirindo seu destino, indagando suas motivações, sua situação, enfim, em um mundo dominado por um ângulo de visão marcadamente técnico-mecanicista. Para que se compreenda bem o alcance de tais indagações, faz-se necessário acompanhar a evolução do desenvolvimento científico.

Hoje, "cada um de nós sabe que o estado do mundo no qual vivemos não é definitivo", podendo-se afirmar que a situação presente nos inquieta porque somos conscientes de que seu futuro depende do

(10) Efetivamente, a ciência permitiu que viesse à luz um novo mundo, cuja crescente sofisticação técnica ensejou as miraculosas realizações da medicina, como os antibióticos e os transplantes orgânicos, permitiu a progressiva compreensão dos mecanismos da hereditariedade, deu condições para dilatar a duração média da vida humana, mudou a própria concepção do tempo, pelo encurtamento das distâncias, inaugurando os transportes a jato, sem fazer-se alusão aos múltiplos objetos que hoje se consideram concomitantes à vida civilizada, de que constituem exemplos o motor à explosão, a lâmpada elétrica, o telefone, o rádio, a televisão, os computadores e tantos outros.

nosso pensamento (11). Isto nem sempre foi assim. Durante largo período, o homem aceitou o mundo como um dado permanente. "Instalava-se nele sem querer mudá-lo. Consagrava sua atividade a melhorar sua situação em meio a circunstâncias em si próprias tidas como imutáveis. Sentia-se seguro, ligado à terra e ao céu. O mundo lhe pertencia, apesar de que, em última análise, fosse não-valor, porque o ser era colocado na transcendência" (12). Em contraposição ao homem do passado, cuja vida "parece-nos ter escoado em uma realidade velada por ele próprio", o homem contemporâneo "deseja penetrar a fundo a realidade na qual nos encontramos", como consequência do rompimento da unidade entre existência e consciência da existência (13). Apesar das limitações que encontra em sua ação, cuja eficácia é sempre restrita, dependendo mais de circunstâncias de ordem geral do que de seus próprios desejos, pois o curso dos acontecimentos não resulta, de modo nenhum, de qualquer vontade particular e, embora sentindo-se por eles levado, ao invés de conduzi-los, do que lhe advém um sentimento de impotência, o homem contemporâneo questiona tudo. Desde que deixou de encontrar repouso na transcendência, volta sua atenção sobre o sentido da vida, buscando uma realização terrestre. Assim, "uma das questões fundamentais que a situação presente traz à baila consiste em saber como deve nela reencontrar-se e como deve superá-la" (14).

A necessidade de realização terrena constitui hoje um dado cultural definitivamente adquirido, vinculando-se de modo indissociável à procura de certos valores destinados a orientar o convívio. Negar a

(11) Jaspers, op. cit. acima nota 6, p. 9.

(12) Ibid., p. 9-10.

(13) "C'est pourquoi il nous semble que le sol se dérobe sous nos pieds; car depuis que c'est écroulée cette unité, soustraite à toute question, nous ne pouvons plus atteindre que séparément l'existence et la conscience de cette existence en nous mêmes et dans les autres. Nous réfléchissons non seulement sur le monde, mais aussi sur la façon dont nous le concevons et nous mettons en doute la vérité de chaque conception. Derrière l'unité apparente de l'existence et de la conscience, nous apercevons de nouveau la dualité du monde réel et du monde pensé. C'est pourquoi nous nous trouvons engagés dans un mouvement qui réalise à la fois une modification de la connaissance et une modification de l'existence grâce à une modification de la conscience connaissant". Ibid., p. 10.

(14) Ibid., p. 11.

tendência conducente à sua descoberta equívale a amputar a condição humana de um de seus atributos essenciais.

A secularização consciente da vida inicia com o Renascimento. Em decorrência da renovação da cultura em todos os sentidos "o caminho, que antes conduzia ao fim deste mundo e ao julgamento final, parecia, então, dirigir-se para a realização da civilização humana" (15), e, com a Revolução Francesa, tal tendência iria florescer, fundando-se, a existência, pela vez primeira, em princípios racionais (16). Inobstante ter-se desviado esse movimento de seus objetivos originais, descambando para o terror e despertando a reação dos Estados europeus, sua contribuição havia marcado de modo indelével a história, sugerindo-lhe novos e até então inimaginados rumos (17).

Nos séculos seguintes, a racionalidade do **homem ocidental**, "cujo fundamento se encontra na ciência grega" (18), não fez senão desenvolver-se, exprimindo-se na dominação técnica do mundo. Como consequência, as civilizações que, durante milhões de anos, cresceram separadamente, em diferentes setores do globo, notando-se pouco ou nenhum contato entre seus diferentes ramos, viram-se, sobretudo a partir do século XIX, progressiva e rapidamente aproximadas, reconhecendo sua comum pertinência ao gênero humano.

Após o declínio da crença generalizada em um progresso geral, que atinge seu ponto culminante no século XVIII, a partir do século XIX os espíritos mais agudos vão-se manifestar de maneira ambi-

(15) Ibid., p. 14.

(16) "Aucun mouvement de renouveau des siècles précédents ne s'était proposé de changer le société... **La Révolution Française** fut le première à s'accomplir au nom d'une conscience complètement sécularisée; pour celle-ci, l'existence humaine devait être radicalement réformée par la raison... Les seuls signes précurseurs de la Révolution furent les fondations américaines: ces protestants que, poussés par l'intransigence de leur foi, avaient abandonné leur patrie, afin de réaliser sur un sol nouveau ce qui avait échoué dans leur pays natal, avaient entrevu, dans une sécularisation commençante, l'idée d'un droit de l'homme universel". Ibid., p. 14-5.

(17) Ibid., p. 15.

(18) Ibid., p. 23.

valente diante da racionalização técnica da vida, afirmando uns a crença em um destino grandioso, manifestando outros uma sensação de vertigem diante de um abismo cuja atração seria irresistível.

Esta bipartição do pensamento perdura até nossos dias em que, "pela primeira vez, o habitat de todo o gênero humano encontra-se unificado em dimensões planetárias", de tal modo que **"tudo se encontra em relação com tudo"**, enquanto a "dominação técnica do espaço, do tempo e da matéria progride de modo infinito, não mais por descobertas particulares devidas ao acaso, mas por um trabalho sistemático, no qual a própria descoberta pode ser metodicamente provocada" (19).

Também característica de nosso tempo é a rapidez do processo social. Nada mais se mostra estável. Tudo se revela passível de ser questionado e, por conseqüência, de transformação. Ao mesmo tempo em que se mostram evidentes os sinais de mudança no curso da história, o homem experimenta, com inusitada intensidade, o sentimento de um vazio existencial, atribuído por Jaspers a um processo, sem precedente, de radical despojamento do elemento divino, ocorrido no Ocidente. Todavia, **"esta eliminação do divino não se deve simplesmente à descrença de alguns, mas é a conseqüência possível de um desenvolvimento espiritual que conduz efetivamente ao nada"**, supondo o desconhecimento do significado a ser atribuído à ciência exata da natureza e a correlata tentativa de transposição de suas categorias **"a todos os domínios do ser"**. Não se trata, pois, de uma irreversível evolução, mas de um movimento tornado possível graças ao imenso sucesso técnico e prático deste tipo de conhecimento (20).

Evidenciada a peculiaridade da situação atual, marcada pela tecnologia, importa determinar as demais circunstâncias que, juntamente com ela, modelam o presente. A adequada inteligibilidade deste afigura-se como condição para que possa o ser humano preencher o va-

(19) Ibid., p. 24. (O grifo é nosso)

(20) Ibid. p. 25-8. (O grifo é nosso).

zio que sente em si próprio, mediante o reencontro de seus mais íntimos caracteres, que apontarão normalmente os valores necessários à sua realização. Reencontrando-se, redescobrirá seu semelhante, que consigo partilha o destino terrestre, reduzindo a solidão e o desamparo em que se encontra. É esta a única maneira de desfazer-se a paradoxal perspectiva que se nos apresenta, em que, com estupefação, presenciase a tentativa de redução do ser à maquinaria universal, confundindo-se a essência com a aparência, e conduzindo o cérebro criador a caminhos de aviltante servidão.

Diga-se, ademais, que bem se situam neste contexto concepções que se proclamam "científicas", tendentes a reduzir os fenômenos humanos a quadros puramente conceituais, dotadas de inatacável lógica interna, atrativas ao espírito, mas, por serem a-históricas, revelam-se, por isso mesmo, comensuráveis a qualquer quadro histórico, enquadrando-se em qualquer sistema valorativo, justificando, em conseqüência, qualquer processo social. Sua lógica imanentista não se ocupa dos dados reais da situação humana, mas de abstrações, cuja "cientificidade" nada mais faz do que contribuir para aumentar o desencontro do homem relativamente a si próprio e a outrem, tentando elidir a aptidão que possui para discernir os valores mais aptos a orientarem-lhe o convívio.

Tendo o homem consciência de si mesmo, pode antecipar ou prever o futuro, sendo, portanto, responsável pelo seu destino (21). Mas, para que possa assumi-lo, é preciso que se utilize da habilidade que lhe é peculiar, objetivando-se, isto é, fazendo-se objeto de sua própria reflexão, considerando "a espécie de ser que é, o que deseja fazer e o que

(21) Para a explicitação destes traços, tão caracteristicamente humanos, vide Lemmert, José. *Psicanálise e psicoterapia*. Porto Alegre, 1966. p. 97-108, 115-8.

pretende tornar-se". Isto lhe é possibilitado graças à sua racionalidade, que se exprime mediante a utilização de símbolos e conceitos abstratos constitutivos da linguagem (22).

Por outra parte, para que possa antecipar seu futuro e exprimir o que deseja ser, deve, antes, indagar o que é, e esta última questão irá remetê-lo fatalmente ao que foi (23). Vinculando-se de maneira dinâmica estas três modalidades por que o homem pode vivenciar o tempo, sempre que cogitar do presente, será levado à perquirição do passado como atualização no presente, e à projeção deste como realização no futuro. Assim vivenciando o tempo, e sendo dotado de racionalidade, é motivado "pela busca de significação em sua vida e no mundo em que existe", objetivando também "compreender o sentido de sua conduta, origem e destino". A tais questões não permaneceu alheio o homem

(22) "Man is also a rational animal in the sense that he can conceive concepts or meanings having universal significance. It is this ability to formulate concepts or symbols which renders him a semantic animal and enables him to engage in logical or rational processes or thought. While sharing with the rest of the animal kingdom the ability to perceive signs which have an immediate, pragmatic value with reference to a given situation, only man has the ability to conceive universal symbols or meanings and thereby to create a language by which to communicate the cumulative results of his experience and reflection. It is this symbolic function which has enabled man to create language and culture and has opened up for him a "new dimension of reality" not available to the rest of the animal kingdom". Bidney, David. *Theoretical anthropology*. New York. Columbia University press, 1953, p. 3.

(23) Efetivamente, "a representação simbólica, que caracteriza a linguagem humana, não permanece limitada apenas ao tempo presente, senão que pode se referir tanto ao passado quanto ao futuro". Ademais, "já no quarto século da era cristã, St. Agostinho (354-430), nas suas "Confissões", se mostrava perplexo diante do problema do tempo e fazia referências ao "presente do passado", ao "presente do presente" e ao "presente do futuro"... Certamente existe uma relação dinâmica entre as três modalidades do tempo psíquico. Assim, a memória, como recordação, constitui um exemplo do tempo psíquico em atividade, transformando o passado em presente. Da mesma maneira, antecipação transforma o futuro em presente. Por outra parte, o presente não constitui apenas o "aqui e agora", senão um processo dinâmico através do qual o indivíduo está constantemente se dirigindo para o futuro". Lemmertz, op. cit. acima nota 21, p. 100-5.

primitivo, dando-lhes uma resposta através da imaginação criativa expressa em seus mitos (24).

A busca de significação é tão imanente à consciência que contestá-la importa em negar humanidade ao homem, amputando-lhe uma faculdade essencial. E faz-se ela tanto mais necessária e urgente quando várias circunstâncias denotam a especificidade de nosso tempo, de tal sorte que "o homem tem cada vez menor probabilidade de encontrar seu caminho fundando-se naquilo que as gerações precedentes consideraram ou pressentiram como o verdadeiro sentido da existência" (25). Separando-se da tradição e pretendendo fazer obra criadora, a humanidade não pode omitir a questão: "em nome de que o futuro?". O caráter radical e amplo desta pergunta a torna inquietante (26). E sua resposta torna-se mais complexa pelo caráter urgente com que se põe, em um decisivo período de transição, em que transparece "um interesse no sentido de neutralização, tendo em vista um ajustamento sem dificuldade a um mundo em que se entrecruzam concepções judaico-cristãs,

(24) "Even primitive man has his myths, in which he gives expression to his creative imagination by speculating upon the origin of his society and culture and attempts to provide some answer to the great enigmas of birth and death. These reflections constitute a primitive ethnology, and hence it may be said that the study of man is among the oldest of human enterprises. Man is conscious of himself as a historical creature having a beginning and an end and cannot refrain from speculating upon his origin and destiny". Bidney, op. cit. acima nota 22, p. 5.

(25) "Les croyances religieuses en particulier, sur lesquelles reposait essentiellement la compréhension de la destinée humaine, semblent se perdre inéluctablement. Les règles de vie que la tradition nous a transmises et sont aussi l'émanation d'un passé imprégné de philosophie n'éveillent que scepticisme et tombent en désuétude". Huber, Gerhard. A propos de l'orientation culturelle et sociale de notre temps. *Bulletin du Credit Suisse*, 79:40, avr./mai 1973.

(26) "La détermination avec laquelle on se tourne vers la planification du futur trahit du même coup un désarroi profond quant à la direction à prendre. ... Cette question se fait d'autant plus pressante que notre époque de transition est sans doute la toute dernière où il soit possible de décider si cette transition mènera ou non l'humain et l'humanité à leur part. Ibid.

marxista-leninistas, islâmicas, budistas, indus, etc. . . .” (27), não pode ser encarado como significando a equivalência de todos os valores, decretando-se, por conseqüência, a impossibilidade de entre eles discernir e escolher, mas como uma necessidade de visualizar as diversidades culturais imanes aos vários agrupamentos humanos, através de uma atitude diversa do etnocentrismo, capaz de distinguir o essencial do acidental.

Considerando-se que a humanidade toda se encontra envolvida no mesmo movimento, como que arrastada pela mesma corrente — eis que tudo se encontra em relação com tudo — constitui exigência lógica, para que se possa adequadamente planificar o futuro, que se perquiram os traços mais significativos da situação histórica atual.

Para isso, é conveniente examinar o penetrante estudo feito por Geoffrey Barraclough (28). Entre a história contemporânea e moderna não há nenhuma linha rígida de separação, eis que “o novo mundo alcançou a maturidade à sombra do antigo” (29). Entretanto, “antes de terminar o século XIX, novas forças estavam produzindo mudanças fundamentais em todos os níveis da existência e em praticamente todas as regiões do mundo” (30). Hoje ninguém mais põe em dúvida que nos encontramos em uma nova época, que resultou “de mudanças básicas na estrutura da sociedade nacional e internacional e no equilíbrio das forças mundiais” (31), e que se singulariza pelo notável aumento populacional, pelo desenvolvimento da automatização resultante do “espetacular progresso no conhecimento e realizações científicas”, confrontando o ser humano com a possibilidade de alterar para melhor, em escala inimaginável, as bases materiais da existência, mas colocando-o, simultaneamente, em face da possibilidade de auto-extinção.

(27) Viehweg, Theodor. *Que veut-on dire par positivisme juridique?* *Archives de philosophie du droit*, Paris, 10:188, 1965.

(28) Barraclough, Geoffrey. *Introdução à história contemporânea. An Introduction to contemporary history*. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1966.

(29) *Ibid.*, p. 25.

(30) *Ibid.*, p. 25-6.

(31) *Ibid.*, p. 41.

Em curto lapso de tempo, vieram-se contrapor potencialidades de realização sem paralelo e “correntes surdas de violência, irracionalidade e inumanidade” (32).

Com o surgimento dos Estados Unidos e Japão como poderosos Estados, a partir das duas grandes guerras, a política deixa de ser européia, assumindo dimensões mundiais. No cenário internacional operam-se apreciáveis modificações, de que constituem exemplos a ascensão político-econômica da China, o declínio das idéias de soberania e nacionalismo, a união dos Estados em grandes blocos regionais como o **Mercado Comum Europeu** e o **Comecon**, notando-se, ainda, várias tentativas de associação de Estados na América Latina, no mundo árabe e na África (33).

Contudo, a marca mais saliente deste novo mundo é a “probabilidade de que a energia atômica, a ciência eletrônica e a automatização venham a afetar nossas vidas ainda mais radicalmente do que a revolução industrial e as mudanças científicas do final do século XIX” (34).

Desde então, o planeta marchava no sentido de uma grande unidade, de que todos os elementos componentes passavam a exercer ação uns sobre os outros, ocasionando recíprocas colisões. Assim, “a maior parte do mundo estava mais estreitamente interligada econômica e financeiramente, do que em qualquer outra época”, mercê dos progressos verificados na construção naval, do declínio do valor dos fretes marítimos e da possibilidade de movimentar artigos em massa. A economia global vinha dar a sua contribuição à História em dimensão mundial, configurando “uma situação inteiramente nova, produto não de um lento e contínuo progresso, mas de forças subitamente libertas com efeito revolucionário, dentro do âmbito de vida de uma curta geração” (35).

(32) *Ibid.*, p. 42.

(33) *Ibid.*, p. 38.

(34) *Ibid.*, p. 39.

(35) *Ibid.*, p. 54.

A própria organização política veio a ser afetada pelo advento da sociedade tecnológica. O que fora excepcional no século XIX, e verificável das zonas industriais inglesas, tais como Manchester, Glasgow ou Sheffield, tornava-se o normal entre as últimas décadas do século passado e os primeiros anos do atual. Modificava-se o contexto social em função das novas formas de produção em larga escala, determinando a concentração populacional em áreas urbanas tentaculares. Como conseqüência, os Estados, vendo-se diante de novos problemas, que demandavam soluções rápidas e eficazes, viram-se compelidos a conceber e aplicar uma política de intervenção (36).

Difícilmente se poderiam exagerar as conseqüências dessa evolução sobre nosso destino. Dela resultou a submissão, cada vez maior, do "conjunto das condições de vida criadas pelo homem às leis da técnica e ao tipo de relações com as coisas e com os seres que a própria técnica implica" (37). Visando esta um crescimento quantitativo, exige a produção industrial em larga escala, mediante a repetição de processos idênticos, que acabam determinando a uniformização do próprio modo de pensar dos indivíduos (38).

Inobstante os incontestáveis benefícios de ordem geral que trouxe, a automatização determinou o surgimento de tensões no organismo social. Dela resultou a ameaça de severa restrição ao indivíduo, mediante a sua destinação a funções e objetivos predominantemente sociais, dificultando-lhe a opção pelo gênero de atividade mais consentâ-

(36) "O governo... envolvendo o desenvolvimento de uma elaborada aparelhagem de administração e execução, foi o necessário produto de uma nova sociedade industrial; era praticamente inexistente antes de 1870, visto constituir uma reação às condições que só atingiriam desenvolvimento em plena escala, depois daquela data". Ibid., p. 119-20.

(37) "La technique est déterminée par un calcul rationnel dont le but de produire autant que possible, de la façon la plus simple et partant le meilleur marché possible. Un accroissement optimal de la quantité, tel semble être l'objectif principal d'une société fondée sur la technique. Au sein de la vie sociale, le processus s'accélérent en conséquence et les mutations historiques prennent un rythme toujours plus vertigineux". Huber, op. cit. acima nota 25. p. 38.

(38) Ibid.

neo com suas inclinações pessoais, tolhendo-lhe, conseqüentemente, a capacidade criativa. Revela-se, assim, a ambigüidade da técnica. Sua própria racionalidade, movendo-se de modo irreversível, confronta-se com a inteligência que lhe deu origem.

As numerosas antinomias e paradoxos observáveis nos dias de hoje constituem indícios a que se deve acuradamente atentar. Em nossa vida, dominada pela **racionalidade técnica**, e orientada no sentido de busca da prosperidade e de bens materiais, como nunca houve antes, exemplo, percebe-se "uma liberação e mesmo uma verdadeira irrupção da irracionalidade... Assim explicam-se os fenômenos da agressividade e do desejo de destruição que sacodem nossa sociedade "tão humana", ou a maneira segundo a qual a sexualidade é, de modo chocante, dissociada de uma "afetividade autêntica" e de que se faz alarde, sob o pretexto de superação dos tabus. Também vem inserir-se neste contexto o uso da droga" (39). E mais, à procura de liberdade, visando a emancipação pessoal, opõem-se múltiplos entraves resultantes da burocracia. Efetivamente, "o sentido da atividade burocrática é de transformar a vida, substituindo o estado de espontaneidade por um condicionamento calculável". E "isto aplica-se não somente à atividade administrativa do Estado, mas também, na mesma medida, à esfera da economia privada, que, no entanto, tem em alta conta a sua liberdade" (40). É também digna de nota a constatação de que o aumento do consumo não conduz à satisfação, nem à diminuição da capacidade de consumir, como se poderia esperar, face ao princípio da saturação. A resultante de um tal estado de coisas é um sentimento de frustração, "experiência hoje constantemente vivida e sentida" (41).

Mas, dentre todos os fatores constitutivos da situação atual, o que mais contribuiu para aproximar os homens foi o extraordinário desenvolvimento das comunicações. A transmissão de notícias, rápida, e, por vezes, instantânea, referente a fatos ocorridos nos mais remotos lugares do globo, tem sido tão decisiva no processo histórico que sua

(39) Ibid., p. 39.

(40) Ibid.

(41) Ibid.

importância dificilmente poderia ser exagerada. O documento mais expressivo deste aspecto é a conferência não pronunciada, mas enviada a Estocolmo para ser lida e conhecida por todos, pelo detentor do prêmio Nobel de literatura — Alexander Soljenitsyne (42), cujo texto merece especial consideração.

Como o homem concebe sua visão do mundo em função de sua experiência pessoal e grupal, resultaram, nas várias comunidades, diferentes escalas de valores. Durante o largo período em que viveram em relativo isolamento, a diversidade não constitui problema maior. Todavia, quando, “no decorrer das últimas décadas, rápida e imperceptivelmente o gênero humano transformou-se em uma única entidade”, e o mundo converteu-se “em um único bloco convulsivo”, a vida extrapolou do quadro dos territórios nacionais. Patentaram-se, desde então, as discrepâncias entre os valores sociais, deixando de ser meras curiosidades surpreendidas por viajantes ocasionais e publicadas pela imprensa. Com a aproximação da humanidade, através do rádio e da imprensa internacionais “os choques e as perturbações de uma de suas partes transmitem-se imediatamente às outras, destruindo, por vezes, uma imunidade necessária... Uma avalanche de acontecimentos abate-se sobre nós e, em um minuto, meio mundo é informado do sucedido”. Mas, as escalas valorativas, segundo as quais tais acontecimentos ganham inteligibilidade, não são passíveis de transmissão pelas ondas radiofônicas ou através das colunas dos jornais, porque “amadureceram e foram assimiladas durante muitos anos, em condições peculiares, nas várias sociedades”. Assim, nos diferentes pontos da terra, encontram-se padrões valorativos diversos: “um para os acontecimentos próximos; outro para os fatos ocorridos à distância; um para as velhas sociedades, outro para as novas; um para os povos felizes, outro para os infelizes”. Para afastar a perplexidade gerada por tal dissonância, abstemo-nos da realização de confrontos necessários, e, “confiantes, julgamos o mundo inteiro segundo nossos próprios padrões domésticos” (43).

(42) Soljenitsyne, Alexandre. Le cri; le discours du prix Nobel. *L'Express*, Paris, 1104:66-73, sept. 1972.

(43) *Ibid.* p. 69.

Desta atitude mental resulta a mútua incompreensão, de que testemunham as brutalidades cometidas em nosso século, em que “a primitiva recusa de aceitar qualquer transação tornou-se um princípio teórico e a ortodoxia passou a ser considerada uma virtude” (44). A violência, inobstante a demonstração histórica de sua esterilidade, ganha terreno, enquanto “o mundo é dominado pela convicção cínica de que a força é todo-poderosa e de que a justiça nada vale”. A constatação de um tal estado de espírito traz uma perturbadora interrogação: até quando poderá sobreviver o homem?

A resposta é tão simples quanto inexorável. Para que a ameaça de destruição deixe de pairar sobre o futuro, é preciso afastar a incompreensão recíproca, pois “não há mais **problemas internos** em nosso planeta superpovoado e a salvação da humanidade depende de que cada um faça seus os problemas de seu semelhante” (45).

Por este modo, apesar do avanço tecnológico sem paralelo, as nódoas da injustiça e da iniquidade não desapareceram da vida humana. Tanto no âmbito estatal quanto internacional encontram-se contradições de difícil superação. Em conseqüência, têm surgido perigosos confrontos, em que se entrevê o fechamento egoístico das sociedades humanas sobre seus próprios interesses e valores. Até o momento, tem-se conseguido sobreviver a tais situações em que os homens teimam em desconhecer a **radical transformação** ocorrida em todos os setores da realidade, que está a exigir uma **atividade solidária**, compatível com o caráter unitário da vida em nosso tempo.

Tal caráter vai tão longe que, a rigor, não mais se podem distinguir, sem incorrer em arbitrariedade lógica, problemas nacionais e internacionais. Nenhuma questão nacional relevante deixa de se repercutir e influir na esfera internacional, que, por seu turno, tende a espelhar e a modificar os diferentes contextos nacionais.

(44) *Ibid.*, p. 71.

(45) *Ibid.*, p. 73.

Ao homem cabe decidir o futuro do mundo unificado em que vive: pode destruí-lo inteiramente, ou reconstruí-lo tendo por base o convívio em termos equitáveis e justos. A opção é sem precedentes na história, tendo suscitado reflexões que enfatizam o caráter decisivo da época atual, urgindo a retomada de certos valores essenciais — a adesão, “enfim, à ética fundada sobre a abnegação e o senso da responsabilidade coletiva” — conhecida, por certo, pela tradição humana, mas não tendo conseguido até o presente transpor o estatuto de um ideal (46).

A técnica transformou o mundo, mas o método quantitativo, experimental, a visão mecanicista dos fenômenos sociais, o trabalho e o instrumental dos cientistas e tecnocratas revelaram-se impotentes para solver o dilema em que vivemos.

Para que o homem possa decidir seu destino, é mister, do ponto de vista do convívio regulado pelo Direito, investigar o substratum comum das várias escalas de valores existentes. Assim procedendo, é provável que termine por encontrar-se a si próprio, pela descoberta dos caracteres que lhe são imanentes e essenciais. Trabalhando neste sentido, por certo sua atividade revelar-se-á fecunda, fazendo cessar a monótona repetição de que estamos em face de uma crise particular — crise econômica, crise política, crise religiosa, crise do Direito ou de qualquer outra espécie. O que há é uma modificação radical das condições da existência, reclamando uma adequação do pensamento e da ação compatíveis com seus contornos atuais. De maneira breve, pode-se dizer que, na fase presente, é preciso buscar valores comuns, ao invés de aceitar-se o fechamento e a intolerância culturais que trazem consigo o germe da incompreensão e o risco do desastre.

No campo jurídico, o pensamento, voltado nesta direção, vai nos conduzir à problemática do Direito Natural.

(46) “L’humanité en effet n’aura d’avenir que si elle parvient, au tournant où elle se trouve actuellement, à refaire certaines des valeurs essentielles de notre tradition et à les perpétuer. Que les hommes adhèrent enfin à l’éthique fondée sur l’abnégation et le sens de la responsabilité collective — la grande tradition de l’humanité le connaît certes, mais elle n’est restée jusqu’ici qu’un idéal — là semble être le point qui décidera de notre avenir”. Huber, op. cit. acima nota 25, p. 40.

II — EM QUE CONSISTE A PROBLEMÁTICA DO DIREITO NATURAL. ANTIGÜIDADE E VASTIDÃO DO TEMA

É certo que deve o direito atentar à diversidade das condições de cada sociedade, nos diferentes momentos históricos. Apenas por esta forma pode realizar-se a evolução cultural de modo apropriado às necessidades humanas (1).

Ainda que, à primeira vista, possa parecer paradoxal, a partir da variabilidade histórica das normas jurídicas esboça-se a problemática do direito natural. Ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de adaptação do direito, tendo em vista a mutabilidade espaço-temporal das situações que regula, acode ao espírito a pergunta referente ao grau ou medida dessa adaptação. Vale dizer, inobstante a necessidade de ajustamento histórico do direito, indispensável à sua formulação e aplicação, haverá algo que, de regra, não muda, ou, ao menos, não deve mudar, e que permita desvelar-lhe os atributos essenciais? Por outras palavras, será possível, em meio às suas manifestações fenomenais, distinguir algo que não seja contingente? Será o fenômeno jurídico puramente relativo ou poder-se-á nele distinguir algo de absoluto? Se a resposta a esta indagação for positiva, será possível asseverar que a problemática do direito natural, embora devendo ser visualizada em perspectiva histórica (2), permitirá que se descubram as

(1) Para maiores considerações sobre este aspecto, vide Azevedo, Plauto Faraco de — Do histórico no direito. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, 4(9):5-34, 1974.

(2) “É a História (o estudo concreto dela) que permite compreender e incorporar num sistema coerente tudo o que o homem faz e cria na produção de sua existência social... É a História — ou é do ponto de vista histórico — que cumpre interrogar, sempre, tudo o que “se passa”, tudo o que tem (ou teve) importância decisiva para a evolução humana. A História é, assim, o “fio condutor”, sem o qual nenhum acontecimento tem “sentido” ou “razão de ser”, pois é justamente a ótica histórica que incorpora aos fatos — a tudo o que é “produzido” ou “criado” — um determinado sentido ético-espiritual, ou existencial”. Chagas, Wilson — *Temas do nosso tempo*. In: *Conhecimento do Brasil (e outros ensaios)*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, c1972. p. 56. O grifo é nosso.

condições mínimas de validade intrínseca (3) do direito positivo.

Infere-se, pois, que a indagação vai tocar o fundamento do próprio Direito, o que explica suas remotas raízes, bem como a sua persistência através das diversas teorias por que se tem manifestado.

Sinala Friedmann que a idéia do direito natural tem surgido, repetidamente, ainda que de várias formas, nos últimos dois mil e quinhentos anos, “como a expressão da busca de um ideal mais alto do que o direito positivo, depois de ter sido momentaneamente rejeitada ou escarneada”. Em sua opinião essa busca “da justiça absoluta” é a história de um fracasso. Ademais, “modificando-se as condições político-sociais, mudaram as noções sobre o direito natural. A única coisa que permaneceu constante foi o apelo a algo mais elevado do que a lei positiva” (4).

Radbruch, por seu turno, registra que “desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode dizer-se que toda a Filosofia do Direito foi a doutrina do Direito Natural”, abrangendo tal designação manifestações da mais variada índole, caracterizando-se, todavia, todas elas, por certos traços fundamentais e distintivos (5).

Desde tempos remotos, filósofos, jusfilósofos e pensadores políticos têm sustentado a necessidade da existência de “um direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser a um tempo indivi-

(3) “La Constitución de un país estatuye qué reglas deve observar el legislador ordinario cuando legisla sobre tal o cual materia; pero esas reglas no se refieren a la justicia ó injusticia de la distintas leyes, sino a la forma o desarrollo del proceso legislativo. Cuando dichas exigencias han quedado cumplidas, el precepto legal es válido, y sua validez deriva del cumplimiento de tales exigencias. Puede suceder que las normas creadas por los organos legislativos no sean justas en todo caso, y valgan, empero, **formalmente...**” “Por isto cabe distinguir “el criterio formal de validez, relativo a las condiciones de elaboración de cada precepto, y el criterio material, exclusivamente referido al valor intrínseco de las distintas normas”. Garcia Maynez, Eduardo — *Introducción al estudio del derecho*. 19. ed. cor. México, D. F. Porrúa, 1971. p.7.

(4) Friedmann, W. — *Legal Theory*. 5. ed. London, Stevens, 1967. p.95.

(5) Radbruch, Gustav — *Filosofia do direito*. Trad. e pref. por L. Cabral de Moncada. 4. ed. rev. aum. Coimbra, Arménio Amado, 1961. p.69-70.

dual e social”. Suas normas constitutivas têm sido buscadas além da infindável variedade dos direitos positivos existentes, apresentando-se como medida destinada a aferir a legitimidade de toda e qualquer forma de direito positivo. No que tange ao conteúdo da idéia de direito natural, muitas teorias foram expostas no decurso da História, mas “a idéia de um corpo de normas fundadas na natureza humana... tem demonstrado grande vitalidade e tenacidade” (6). Nos séculos XVII e XVIII os termos “Filosofia do Direito” e “Direito Natural” chegaram a considerar-se como sinônimos (7).

Já na tragédia grega encontra-se a oposição entre o direito da cidade ou positivo e as leis divinas, exprimindo as últimas uma ordem superior do universo. A idéia do direito natural constitui um elemento essencial encontrável na filosofia estoica, bem como no pensamento cristão desde as suas origens. Assembléias políticas, na América e na Europa, fizeram-na suporte de declarações solenes sobre que, posteriormente, vieram a fundar-se importantes textos constitucionais. Nestas condições, pode-se afirmar sua continuidade histórica, no âmbito da civilização ocidental (8), desde o século V A.C., até meados do século XIX, quando a noção eclipsou-se, por influência do historicismo e do positivismo jurídicos, para ressurgir, no início do século XX, estendendo-se em vigoroso movimento doutrinário, até nossos dias. Destarte, testemunha-se hoje a sua retomada através de incontáveis trabalhos. Se motivos outros, inerentes à “situação espiritual de nosso tempo” não demandassem seu estudo (9), tal persistência histórica seria já suficiente para aguçar a curiosidade e incitar o espírito a perquiri-la.

(6) Bodenheimer, Edgar — *Teoria del derecho*. México, Fondo de Cultura Economica, 1942. v.2, p. 127.

(7) Mata-Machado, Edgar de Godoi da — *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972. p. 67-8; mesmo no século XIX, na quinta edição de um curso de Filosofia do Direito, H. Ahrens, conserva-lhe em 1860, o título original: *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*. 5.éd. rev. augm. Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1860.

(8) Relativamente a seus antecedentes orientais, veja-se Montejano, Bernardino — *Curso de derecho natural*. Mar del Plata, El Cid, 1967. p. 11-3.

(9) Vide a este respeito: Azevedo, Plauto Faraco de — *O momento presente e o direito natural*. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, 4(10) :97-108, 1974.

Foram os gregos os primeiros a verdadeiramente situar e discutir a problemática do direito natural. Apercebendo-se da variabilidade histórica das normas jurídicas, mediante a singela observação de que aquilo que um povo desaprovava era por outro sancionado, vieram a perguntar-se se “o direito e a justiça eram meros produtos da convenção, da utilidade ou da conveniência ou se, detrás desta confusa diversidade, havia alguns princípios gerais orientadores, permanentes e uniformes de justiça com validade extensiva a todos os tempos e a todos os povos” (10).

Que a questão seja fundamental, que toque as raízes do jurídico, é tão evidente que nem seria necessário mencioná-lo. Respeita a obrigatoriedade dos preceitos legais, podendo ser resumida na pergunta: **por que o direito obriga?** Tal interrogação explica-se por não se exaurir o problema da validade no aspecto formal, indo o espírito expontaneamente além, no sentido da validade intrínseca. Pode esta, por seu turno, ser expressada pela questão: **o direito formalmente válido, suscetível de ser coativamente imposto pelo Estado, é também válido em consciência?**

Segundo Strauss, o abandono do direito natural conduz ao niilismo, terminando por identificar-se com este (11). Demais, a rejeição do direito natural “equivale a dizer que todo o direito se limita ao direito positivo, significando isto que o que é justo é decidido exclusivamente pelos legisladores e tribunais dos diversos Estados.” Ora, é perfeitamente sensato e, por vezes mesmo, necessário, falar-se de leis ou de decisões injustas, o que faz supor a existência de um padrão “inde-

(10) Bodenheimer, op. cit., p. 128.

(11) “In spite of this, generous liberals view the abandonment of natural right not only with placidity but with relief. They appear to believe that our inability to acquire any genuine knowledge of what is intrinsically good or right compels us to be tolerant of every opinion about good or right or to recognize all preferences or all “civilizations” as equally respectable. Only unlimited tolerance is in accordance with reason.” Strauss, Leo. **Natural Right and History**. Chicago, University of Chicago, 1965. p. 5.

pendente e superior ao direito positivo”, segundo o qual se possa avaliá-lo. Por isto, a necessidade do direito natural é a mesma, tanto hoje como no passado. (12).

Muito embora se tenha adotado o propósito de, por agora, não tomar partido relativamente à problemática do direito natural, é forçoso registrar-se o efetivo ressurgimento desta idéia, logo após o início do presente século, quase simultaneamente na Itália, França e Alemanha, vindo a colocar-se em primeiro plano como alternativa ao positivismo jurídico (13). As tendências que neste sentido primeiramente se manifestaram já antes da Primeira Guerra Mundial, “foram reforçadas pela emergência do totalitarismo e das ditaduras... Ao aceitarem a legislação dessas ditaduras totalitárias, quer fascistas quer comunistas, como formas de direito, os positivistas se perderam.” Proclamar a legitimidade de uma norma legal “só porque Hitler assim o quis” constitui aberração que só pode ser evitada mediante o encontro de “um padrão válido fora e além do Direito” (14).

Que o ressurgimento do direito natural em nossos dias traduza uma imperiosa necessidade, parece prová-lo a preocupação que lhe votam mesmo juristas habitualmente voltados ao estudo do direito positivo. É o caso de Pontes de Miranda que, comentando a Constituição vigente, assinala que alguns legisladores acreditavam na **eternidade** das leis que haviam elaborado ou ouvido em revelação, crença esta que ainda encontra quem a professe. Mas, “se atendemos a que esse adjetivo “eternas” se refere à exigência do homem, e não à da vida, e que a vida mesma pode acabar, já vemos quão relativo é o seu conteúdo. Ainda assim, **uma vez que há algo de imutável no homem, é possível que algumas regras jurídicas sejam — enquanto existem homens — as melhores para eles**”, devendo-se, portanto, voltar a pesquisa nesta direção.

(12) Ibid. p. 2.

(13) Friedrich, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito** (Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive) Rio de Janeiro, Zahar, 1965, p. 197.

(14) Ibid., p. 200-1.

e não importando isto, de nenhum modo, em negação da variabilidade das normas ordinárias e mesmo das constituições (15). No que tange a este aspecto, já em 1857 Pimenta Bueno, aludindo à reforma constitucional, observava que, embora podendo ser as leis as melhores ao tempo de sua edição, “a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém importantes nas idéias, costumes e necessidades sociais, revoluções que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais”, razão por que manda a sabedoria que provenham as próprias constituições acerca dos meios legais segundo os quais possam ser mo-

(15) Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969*. 2. ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, v.3, p. 132. O grifo é nosso.

Alguns dentre os filósofos gregos acreditavam que as normas jurídicas não eram senão arranjos casuais, mutáveis em conformidade com as circunstâncias e com os homens que as elaboravam. Dentre estes pode-se citar alguns dos mais destacados sofistas, como **Trasímaco** que afirmava não ser a justiça senão o que convém ao mais forte, e **Cálicles** que contrapunha as normas convencionais, elaboradas pela maioria, caracterizando-se pela debilidade, ao “direito natural do homem forte” — visam as leis à igualdade entre os homens, mas, tanto na vida animal quanto humana, evidencia-se a superioridade do forte sobre o fraco, razão por que o homem forte pratica uma ação em conformidade com a natureza, infringindo os preceitos legais, dada a artificialidade destes. Nesta mesma linha de pensamento, o céptico **Carnéades** afirmaria, cerca de duzentos anos mais tarde, que, sendo todos os seres vivos naturalmente impelidos a buscar a satisfação de suas vantagens pessoais, a justiça, implicando no sacrifício destas, seria pura insensatez. O sofista **Protágoras**, “antecipando as opiniões dos positivistas modernos”, sustentava a validade e obrigatoriedade das leis independentemente de seu conteúdo moral. No mesmo sentido, o céptico **Timão** negou a existência de uma ‘justiça natural’, tendo em vista a diversidade do direito positivo nos diferentes Estados. Inobstante tais idéias, “a maioria dos filósofos mais destacados da antiga Grécia adotaram posição oposta. Acreditavam que há certos elementos na natureza humana que são os mesmos em todos os tempos e em todos os povos, e que tais elementos se expressavam através do direito... Denominaram **physis** (natureza) a este elemento permanente e universal do direito. ... Contrastaram-no com outro elemento instável, variável, resultado de um acordo ou conveniência temporal de determinada comunidade política. Chamaram a este último **nomos** (convenção, norma criada pelo homem). **Physis** representava para eles a necessidade baseada em causas naturais, ao passo que **nomos** significava a ação livre e arbitrária de um legislador humano”. Bodenheimer, op. cit., p. 128-30; Id., *Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas* (Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law). Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 19-20.

dificadas, eis que “a imprevidência não deixaria senão o recurso fatal das revoluções” (16). Ainda, com referência à constituição, considerando-a como fonte do direito, escreve Cirne Lima que ela “é, sem dúvida, o padrão de algumas leis e a origem de alguns direitos; mas não o é de todas as leis, nem de todos os direitos. A Constituição, assim entendida, identificar-se-ia com o **direito natural, fundamento do direito positivo...**” (17).

A continuidade, ou, dir-se-ia talvez melhor, a insistência com que se tem mantido historicamente a concepção do direito natural é explicada por d’Entrèves, em virtude de guardar íntima vinculação com problemas essenciais ao direito, relativos à sua determinação, vale dizer à definição de sua natureza e essência; à determinação do caráter obrigatório da norma legal e, portanto, das relações entre direito e moral; à determinação do fundamento do direito e à possibilidade de estabelecer um padrão segundo o qual se possa aferir seu valor intrínseco, nos aspectos objetivo e subjetivo. (18).

Buscando precisar em que consiste a problemática do direito natural, não se pode deixar de considerar o pensamento de Eisenmann que lhe dedicou extensas considerações, começando por afirmar que, apesar das diferenças que possam apresentar entre si, devem englobar-se sob essa denominação todas as doutrinas que afirmam a existência

(16) Bueno, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e analyse da constituição do imperio*. Rio de Janeiro, J. Villeneuve, 1857. p. 486.

(17) Cirne Lima, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre, Sulina, 1964 p. 37. O grifo é nosso.

(18) “Pour commencer par la définition du droit... poser la notion du Droit naturel, c’est rejeter d’avance la notion que le droit n’est rien d’autre que le commandement, muni de sanction, d’une volonté souveraine. C’est se ranger contre la conception “positiviste” du droit, si l’on entend par là la réduction de tout droit à la seule règle de droit positive de type étatique. Comme le dit son nom, le Droit naturel est un droit que ne relève pas de la volonté: ses règles ne sont pas “imposées”, mais bien plutôt “proposées” comme un modèle. Elles ne sont pas “commandées”, mais “appriees”. D’Entrèves, Alexandre P. *Le droit naturel*. In: *Annales de Philosophie Politique*. Paris, Presse Universitaires de France, 1959. v. 3, p. 147-9.

de regras jurídicas **extra e supra positivas**, às quais melhor caberia a denominação de “direito ideal”, por constituir a antítese perfeita de “direito positivo” (19).

Desdobra-se, a seguir, a análise, em três níveis, correspondentes a três ordens de problemas com que se preocupam os juristas: problemas de conhecimento das regras de direito positivo, de casuística ou dogmática jurídica e de legislação.

Relativamente aos primeiros, “a tarefa é de pura descrição, de pura relação de dados de fato; é uma obra de constatação, comparável em essência às operações primeiras de que procedem as ciências da natureza”. Sob este aspecto, o papel do direito natural apresenta-se como nulo. Busca o jurista descrever realidades, enquanto que, em nome do direito natural, estabelecem-se juízos de valor sobre essas, incapazes de conferir-lhes ou impedir-lhes a existência. O direito positivo não se define como um sistema de regras justas. Diante de leis referentes à pena de morte ou à segregação, o jurista, enquanto circunscreve seu pensamento e sua ação ao aspecto descritivo, pode criticar ou lamentar sua existência. Não lhes pode negar todavia a qualidade de leis, vale dizer, de direito positivo. Tal atitude não importa na sua aprovação ou no reconhecimento de que esteja o indivíduo obrigado a obedecê-las em consciência. Há aí duas posturas espirituais diversas, uma descritiva, outra valorativa (20).

(19) “Assurément, la dénomination générique “droit idéal” conviendrait beaucoup mieux à cette notion que celle de “Droit naturel”: “idéal” est l’antithèse toute indiquée de “positif”; le mot exprimerait mieux et leur caractère de règles bonnes, désirables, et leur caractère de règles valables *per se*, indépendamment, et de leur consécration par une autorité et de la réalisation qu’elles trouvent”. Eisenmann, Ch. Le juriste et le droit naturel. In: *Annales de Philosophie Politique*. Paris, Press Universitaires de France, 1959. v. 3, p. 206, nota 1.

(20) “Tout ce qu’on peut admettre, c’est qu’il peut être moralement préférable de ne pas traiter de telle ou telle législation sur un ton de neutralité indifférente, voire même dans certaines circonstances, de ne pas choisir d’en traiter alors que rien ne vous y oblige. Mais, plus encore que pour l’homme de théorie, c’est pour l’homme de pratique, l’administrateur ou le juge, que ce problème de conscience est susceptible de se poser de façon aiguë”. Ibid. p. 207-11.

Já quanto aos problemas integrantes do objeto da “casuística” ou “dogmática jurídica”, que consistem em saber-se “que tratamento jurídico deverá ser dado a uma situação concreta, em um determinado estágio do sistema de regras constitutivo de uma ordem jurídica”, poderia o direito natural desempenhar, neste campo, algum papel? Seria sua intervenção necessária, ou, ao menos, possível? (21).

Considerando-se que os sistemas de direito positivo estabelecem unanimemente a regra da obediência do juiz às normas legais regularmente editadas, **encontrando a regra aplicável** ao caso, deverá, no correto desempenho de suas funções, aplicá-las. Não existe a prerrogativa judicial de julgar as leis existentes segundo um sistema de regras **extra** ou **supra positivas** e de não aplicá-las, ou de tê-las como inexistentes, no caso de contrariedade relativamente a tal sistema. “Em presença de uma regra legislativa formal, ou da conclusão resultante da combinação de várias disposições legislativas, não há lugar para o direito natural no que respeita a soluções concretas no plano do direito positivo” (22). Por outras palavras, o julgamento do jurista, a propósito das regras de direito positivo, tendo por medida o direito natural, não pode interferir nos problemas atinentes à “casuística” ou “dogmática jurídica” (23).

Deste ponto de vista, há ainda uma outra situação a ser considerada, a qual se concretiza quando o juiz não encontra no sistema jurídico uma regra capaz de propiciar a solução ao litígio que lhe é submetido. Na verdade, porém, tal situação desdobra-se em duas outras: em uma há “a ausência de qualquer regra no sistema jurídico prevendo expressamente o caso **sub iudice**”, enquanto que, na outra, o dispositivo legal existe, mas seu sentido ou alcance não se mostra de maneira indubitável.

(21) Ibid., p. 212-3.

(22) Ibid., p. 214-5.

(23) Ibid., p. 217.

Inexistindo norma legal prevendo o litígio de modo expresse, pode-se pretender que os juízes nada criem de novo em tal hipótese, como sucede no Direito Penal em que vige o princípio do **nullum crimen sine lege**. Todavia, o mesmo não sucede em qualquer setor do ordenamento jurídico: “Nenhum sistema jurídico de um Estado moderno consagra tal princípio no mínimo no âmbito das relações civis ou comerciais...”, admitindo-se a existência de lacunas, autorizando-se, do mesmo passo, o juiz a supri-las. O artigo 4.º do código civil francês proíbe ao juiz de “recusar-se a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei”. No mesmo sentido, o artigo 1.º do código civil suíço determina que, na falta de dispositivo legal ou de regra costumeira regendo o caso **sub iudice**, deve o juiz decidir “segundo as regras que estabeleceria se devesse realizar obra legislativa”. Nestes dois dispositivos “o legislador consagra oficialmente o que se veio a denominar “o poder normativo do judiciário”; fundamentam eles a existência de regras de direito jurisprudencial autônomas ou primeiras, isto é, que não se liguem a uma regra legislativa pré-existente referindo-se ao mesmo objeto” (24). Configurada a existência da lacuna, busca o juiz o fundamento de sua decisão em uma fonte exterior ao direito positivo. Tratando-se de “regras-de-princípio” ou de “regras-valores”, que pressupõem a idéia de justiça, ou as idéias concernentes ao homem, à sua condição ou destino (por exemplo, aquelas referentes à liberdade de consciência e às outras liberdades morais, à dissolução do casamento ou à remuneração do trabalho), é o direito natural ou “ideal” que lhe fornecerá o substrato necessário, penetrando no âmbito do direito positivo, podendo vir a constituir parte deste, “no caso de consagração geral e reiterada da norma por essa forma obtida”. É, ademais, evidente que a solução do caso concreto não foi alcançada através da mera dogmática jurídica, cifrada em um raciocínio silogístico a partir das regras legislativas. E comprova-se a participação do juiz na elaboração das normas legais (25).

É freqüente a hipótese em que, embora existindo o dispositivo legal, pairam dúvidas quanto a seu sentido ou alcance. Dela consti-

(24) Ibid., p. 218-9.

(25) Ibid., p. 218-9, 223.

tuem exemplo um número ponderável de regras legais em que figuram palavras abstratas cujo sentido deve ser definido. Não se pode pretender que o legislador defina cada um dos termos que emprega, “sobretudo aqueles que correspondem a noções não especificamente jurídicas”, havendo, ainda, “numerosos casos em que é sobre o conjunto da formulação legislativa que paira a incerteza”. Resulta que o juiz não pode chegar à decisão de tais litígios mediante um raciocínio puramente silogístico. Não lhe é suficiente o rigor formal, devendo “prosseguir a obra da legislação, aperfeiçoar a criação da norma jurídica, mantendo-se em seu quadro, mas indo além dos elementos de seu texto” (26). Nesta situação, como no caso de existência de lacuna, “o juiz participa da criação do direito, ou, mais precisamente, das regras de direito... Apenas a medida de sua participação, de seu papel criador, é mais limitada...”. Mas, o que é que o fará decidir-se por tal ou qual interpretação? Dentre os motivos que podem interferir em sua conduta “encontram-se as idéias ou sentimentos de valor ético, de justiça, etc., isto é, o direito natural” (27).

No tocante à terceira ordem de problemas, concernentes à legislação, entendendo-se como tal “a ação dos órgãos investidos do poder de elaborar regras jurídicas”, a questão do direito natural é clara-

(26) “Le législateur avait, si l'on peut dire, créé une première couche de matériaux; le juge y en ajoute une seconde, qui manquait pour faire une règle complète, parfaitement définie ou déterminée”. Ibid., p. 220-1.

(27) Ibid., p. 221. “les deux situations... envisagées font apparaître qu'il n'existe probablement et n'a jamais existé aucun “système de droit écrit (ou: législatif)” pur et absolu, c'est-à-dire aucun système où la création des règles de droit soit le fait de la loi exclusivement, “les organes exécutifs”, les juges en particulier, ne faisant qu'appliquer les règles législatives, autrement dit les concrétiser ou individualiser. Les systèmes auxquels on attribue cette qualité font seulement une place considérable à cette source de droit, consacrent sa primauté, mais non son véritable et plein monopole. On ne voit qu'une seule tentative conséquente qui ait été faite pour réaliser le système pur: celle de l'Assemblée Constituante Française, avec l'institution “référé législatif” c'est-à-dire en gros l'obligation faite aux juges de demander au législateur lui-même l'interprétation des dispositions législatives, obscures ou incertaines”. Ibid., p. 217, nota 1.

mente suscitada quando se cogita da criação de “regras-valores”. Problemas de legislação desta ordem suscitam “a questão capital da idéia de direito natural... — aquela de sua verdade: é possível conhecer ou reconhecer com certeza objetiva as normas, ou algumas normas que se imporiam à consciência porque intrinsecamente boas? Pode-se determinar de maneira racionalmente convincente estas regras superiores que apresentariam este caráter natural, este valor de ideais?” (28). E, desde logo, segue-se a resposta: a questão não pertine especificamente à ciência do direito. Filósofos, moralistas, sociólogos são os homens mais qualificados a considerá-la e a dar-lhe resposta. A contribuição do jurista não pode ser original, pois a posição que ele assume não é de caráter jurídico, não resulta de sua experiência de jurista: ela reflete “sua filosofia, sua concepção do mundo ou seu temperamento, erente, metafísico, agnóstico ou de outra espécie.” Contudo, não se pode negar que “haveria, no máximo, um número muito reduzido de normas cuja sanção parece-nos impor-se com evidência, porque quase tocam a própria noção, a essência mesma da ordem jurídica...” (29). A despeito dessa assertiva, revela-se a vacilação no pensamento de Eisenmann, pois, logo após, afirma que a idéia do direito natural é “provavelmente uma utopia” (30).

Da exposição até o momento feita, percebe-se que o tema em estudo tem sido objeto de larga e longa controvérsia. Constata-se, de outro lado, que apresenta conexão com o plano dinâmico da interpretação e aplicação do direito. É sob este ângulo que o problema da **lei injusta** se revela com maior agudeza. São os práticos do direito, o advogado, o juiz, o consultor jurídico que, buscando solução aos casos concretos que lhes são submetidos a exame ou solução, deparam com a possível inadequação das normas jurídicas aos fatos a que são prepostas. Nota-se, também, que a concepção do direito natural apresenta-se, de certa maneira, como antitética relativamente à concepção positivista do direito.

Com referência ao último aspecto, escreve Verdross que “por

(28) Ibid., p. 222-3.

(29) Ibid., p. 224.

(30) Ibid., p. 225.

direito natural entende-se, desde a antigüidade, aquele conjunto de normas que se desprendem da natureza racional e social do homem”, observando que “o positivismo filosófico-jurídico considera o direito natural como mero produto da imaginação de certos autores, que, sob tal rótulo, explicitam seus desejos políticos”. Considerando-se a multiplicidade de teorias expostas, cumpre se distinga o direito natural do **jusnaturalismo**, abrangendo este o conjunto de teorias que, sob várias modalidades, procuraram expor o objeto daquele. O que importa saber é se essa multiplicidade de teorias jusnaturalistas implica ou não na inexistência do objeto a que se referem, ou, se, ao contrário, há entre a sua grande maioria uma básica coincidência (31).

De qualquer maneira, é certo que em nossos dias assiste-se, paralelamente a um incremento da indagação científica, a veementes apelos implícitos ou explícitos à noção de direito natural, que bem atestam sua permanência como indagação essencial. Situações históricas têm havido, em que os homens, vendo suas vidas esbarrar no desvario político-jurídico, têm protestado contra ilimitadas pretensões de seus governantes na emissão de normas legais, contrastando-as com as imposições da natureza e racionalidade humanas.

O primeiro registro incontestado da noção de direito natural no ocidente encontra-se no episódio de Antígone, descrito por Sófocles na tragédia do mesmo nome, no século V A.C.. A época, direito, moral e religião se confundiam em um todo indissociável. O oráculo de Delfos, como voz autorizada na enunciação da vontade divina, era consultado na criação do direito. “As formas de elaboração das leis e decisões judiciais eram mescladas de cerimônias religiosas, e os sacerdotes representavam importante papel na administração da justiça”, crendo-se mesmo que o próprio rei devia sua investidura e autoridade a Zeus, supremo juiz (32).

(31) Verdross, Alfred. **Derecho internacional publico** (Völkerrecht) Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid, Aguilar, 1955. p. 33.

(32) Flückiger, Felix. **Geschichte des Naturrechts**, Zurique, 1954, I, p. 12-3. Cf. Bodenheimer. **Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. (Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law). Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 18.

Não é, pois, estranhável que transpareçam nítidos vestígios religiosos na manifestação do direito natural revelada no episódio de Antígone. Tendo seu irmão, Polinice, se revoltado contra o rei Creonte, ordenou este que não se desse sepultura ao insurreto. Ocorre que sepultar os mortos constituía um dever indeclinável prescrito pela lei sagrada, cuja desobediência acarretaria a maldição e o castigo divinos. Diante desta irreconciliável antinomia de mandamento — o temporal e o divino — Antígone decide-se pelo último. Interpelada pelo rei, assim se exprime:

“Não foi do Sumo Zeus essa ordem emanada.
Nem a justiça a impôs dos Manes na morada.
Do céu não procedeu. Nem podia acudir-me
Que um decreto de rei ou ato humano infirme
Inolvidáveis leis, eternas, não escritas,
À raça dos mortais por imortais prescritas.
**Não são d’ontem nem d’hoje; estranhas são às datas.
Têm existido sempre, imutáveis, inatas.**
Por humana coação leis santas infringir
Fôra da divindade a cólera atrair.” (33)

Manifesta-se, nesta passagem, o conflito entre duas ordens de leis, consoante o contexto cultural da época. Todavia, o episódio revela o momento de transição indispensável ao surgimento do direito natural. Segundo Rommen é este tão velho quanto a filosofia e, como esta, surgiu com a admiração. No entendimento dos povos antigos, o ordenamento jurídico, tendo sido estabelecido por Deus, é sagrado. Tal sucedeu também com os gregos antigos. Para que se possa questionar o direito, é necessária a sua separação do elemento divino que, do mesmo passo que lhe confere o estatuto da imutabilidade, afasta qualquer indagação respeitante à sua validade intrínseca. Opera-se a cisão, condição do surgimento do direito natural, quando a razão, pondo-se a perscrutar a história, desvenda profundas modificações operadas em seu curso, tanto no domínio do direito quanto no da moral. E, desde logo,

(33) Sófocles. Antígone. Trad. do Barão de Paranapiacaba. Rio de Janeiro, E. Bevilacqua, 1909. Apud Mata-Machado, op. cit., p. 60. O grifo é nosso.

estas modificações, perceptíveis nos limites da comunidade local, revelam-se também além fronteiras. “Em presença desta diversidade, primeiramente assombra-se a razão humana, depois começa a distinguir um direito divino e um direito humano”. Põe-se, então, o problema do direito natural: “dos fundamentos morais das leis humanas que é idêntico ao do fundamento da força obrigatória das leis, segundo o qual podem obrigar o homem no foro da consciência...”, apresentando íntima vinculação com a questão das melhores leis e da melhor forma de Estado (34).

Descrevendo a constância do direito natural no ocidente, desde o século V A.C., e tendo sinalado o breve eclipse por que passou, desde meados do século XIX até início do século XX, quando ressurgiu através de incontáveis escritos, procurou-se delimitar seu perfil conceitual, evitando-se qualquer valorização extemporânea a propósito das diversas concepções mencionadas. Explica-se esta atitude pelo princípio lógico segundo o qual não é possível argumentar sobre o que quer que seja, sem previamente circunscrever o objeto da discussão. Omitir o caráter problemático do direito natural seria desnaturá-lo. Demais, é justamente sua natureza polêmica que iucita à indagação. Não teria este sentido, tratando-se de um tema sobre que pairasse o acordo unânime dos espíritos. De outra parte, descrevê-lo de modo apriorístico, negando-o ou afirmando-o, como freqüentemente se tem feito, equivale a condenar-se ao monólogo, incompatível com a investigação científica e incapaz de conduzir os espíritos à adesão. Mostra-se, portanto, manifesta a conveniência de registrar-se idéias defendidas por jusfilósofos contemporâneos, ainda que se reconheça a impossibilidade de exauri-las, tal o número de pensadores que as têm enunciado.

Pensa Jouvenel que a expressão direito natural é infeliz por elidir o fator essencial à idéia que enuncia. “A palavra-chave que não figura no enunciado é a palavra moral...”, pois quando se fala em direito natural entende-se primeiramente que o fundamento do direito

(34) Rommen, Enrique. *Derecho natural. Historia-doctrina*. (Trad. francesa del alemán e introd. de Emile Marmy. Versión castellana de Héctor González Uribe. Mexico, Jus, 1950. p. 13-4.

positivo se encontra na moral (que traça também limites ao direito positivo), e mais — que tal moral é “natural”, isto é, inerente ao homem enquanto tal, independentemente dos tempos e dos lugares”. Aceita-se, nestas condições, uma subordinação do direito relativamente à moral, imediatamente dada, **centrando-se a questão na pergunta**: “há verdades morais válidas e evidentes para todos os homens?”, o que faz com que intervenha a idéia do “homem em si”. Ora, se tais verdades existem, “deveriam encontrar-se, ao menos a título de elementos, manifestadas em todas as ordens jurídicas” (35). A seguir, são sintetizadas as proposições do ceticismo: 1.º) há uma exigência universal do sentimento humano no sentido de que o ordenamento jurídico manifeste os princípios morais; 2.º) dever-se-ia, por consequência, constatar uma invariância fundamental dos ordenamentos jurídicos; 3.º) esta invariância não existe de nenhuma maneira; 4.º) daí concluir-se ser a razão incapaz de fundar um ordenamento jurídico intrinsecamente moral. Pode-se, entretanto, chegar à conclusão diversa, mantendo-se as três primeiras proposições e alterando-se a última. Neste caso, conclui-se que, se a razão não se ocupou, até o presente, de presidir à elaboração dos sistemas jurídicos, isto não se deve a uma fraqueza imanente, mas sim à sua fraqueza política (36). Em conclusão, afirma que, embora se lhe afigure como contrário à experiência, afirmar que a ordem jurídica seja vista como simples explicitação de princípios morais, é certo que a moral age constantemente sobre o direito, assim explicando-se o “caráter cíclico da idéia de direito natural”; ela não intervirá quando a evolução do direito se ajuste “às exigências do sentimento moral”; ao contrário, mostrar-se-á atuante sempre que haja inadequação legal proveniente “seja de extremo dinamismo político, seja de exagerado conservadorismo jurídico”. Completando a exposição do pensamento de Jovenel, deve-se consignar que duvida que “possa a razão discursiva construir um edifício de normas válidas **semper et ubique**, como modelo ao direito positivo, a partir de conceitos e de proposições relativas ao homem”. Em resumo, descrê do direito natural como “modelo imutável”, mas

(35) De Jovenel, Bertrand. L'idée de droit naturel. In: *Annales de Philosophie Politique*. Paris, Presses universitaires de France, 1959. v. 3, p. 162-3.

(36) *Ibid.*, p. 164-5.

não nega sua existência como “força geradora”, cujas manifestações derivam da consciência que se tem de outrem (37).

Já a posição de Goldschmidt é positiva e bastante abrangente. Direito natural é “o conjunto de todas as considerações jurídicas e da realidade subjacente”. Os direitos consuetudinário e legislado não constituem senão conclusões e determinações do direito natural, dele também haurindo seus princípios e interpretação (38). Havendo oposição entre direito natural e direito positivo “da qual a contradição entre justiça e segurança jurídica não é senão um caso especial”, não é sempre possível advogar a automática revogação do “direito antinatural”. Tem este vigência provisória, comparável à obrigatoriedade de uma lei contrária ao Direito Internacional Público ou à de uma norma contrária à constituição, antes que se lhe declare a inconstitucionalidade. Entrementes, não fica prejudicada a vigência do direito natural, pois é lícita a revogação das normas que lhe sejam contrárias com caráter retroativo, eis que “a retroatividade, como é sabido, só é lícita se não é retroatividade” (39).

A eventual oposição entre direito positivo e direito natural encontra-se à base da concepção do último, muito embora não se deva daí inferir que o direito positivo se coloque em posição contrária ao direito natural, consistindo a missão daquele precisamente na realização deste (40).

(37) *Ibid.*, p. 173-4.

(38) “Si se desea una descripción global del Derecho Natural, éste puede ser caracterizado como el conjunto de todas las consideraciones jurídicas y la realidad subyacente, abstracción hecha del Derecho consuetudinario y del Derecho legislado los que, no obstante, por regla general no constituyen sino conclusiones y determinaciones del Derecho Natural. El legislador vive enteramente del Derecho Natural, ya que entendemos por consideración jurídica cualquiera que se refiera al Derecho. Pero también el funcionario y el particular aplican mucho más Derecho Natural que Derecho contingente. La interpretación se nutre casi enteramente del primero...” Goldschmidt, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. 2.ª ed. Buenos Aires, E.J.E.A., c1954. v.1, p. 47-8.

(39) *Ibid.*, p. 46-7.

(40) Du Pasquier, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. 4.ª ed. mise à jour et aug. Neuchâtel, Delachaux & Niestlé, c1967. p. 263.

Sob este aspecto, mais explícito e claro é o pensamento de Mata-Machado, segundo o qual o direito positivo ou vigente é **formalmente** válido, ao passo que a validade do direito natural é **intrínseca**. Ambos “contrastam-se... , mas não se opõem, uma vez que o fundamento de ambos é um só — **aquilo que é devido ao homem** (como tal, ou porque assim o exige a vida social e política).” Nesta perspectiva, o direito natural é considerado como “algo devido ao homem, enquanto que homem, tendo em vista a essência do homem (aquilo que o homem é): melhor sua **natureza**, raiz dos atos que o homem pratica...”, existindo “independentemente de sua criação ou mesmo de seu reconhecimento pelo Estado”. Mas, “tudo quanto é direito natural pode... vir a manifestar-se em regras de direito positivo”, traduzindo, respectivamente, exigências da natureza humana e da convivência social. Tanto um como o outro encontram-se sujeitos a variações espaço-temporais, explicando-se estas, no que tange ao direito natural, “em função do progresso da consciência moral” (41).

Mas, ao caminhar-se em direção ao final desta etapa da análise, convém volver a atenção a seu ponto de partida. Sendo a história o **fió condutor** essencial à inteligibilidade dos fenômenos que se apresentam ao espírito, clamando por uma atenção mais ou menos imperiosa segundo as vicissitudes do próprio quadro histórico em que se inserem (42), é indispensável, ao considerar-se o direito natural, não esquecer a **perspectiva histórica**. Perceber-se-ão, assim, significativos exemplos de interação entre direito natural e história.

Visto sob este prisma, “foi o principal instrumento na transformação do velho direito civil dos romanos em um vasto sistema cosmopolita...; como fundamento de uma ordem jurídica internacional, inspirou, em uma linha contínua de desenvolvimento, os estóicos, o direito e a filosofia romanas, os fundadores do cristianismo, a ordem jurídica da sociedade medieval ocidental e o sistema de Direito Internacio-

(41) Mata-Machado, op. cit., p. 39-41.

(42) “O essencial é, sempre, a perspectiva histórica. Sem perspectiva histórica não há verdade, como não há realidade: nada há de novo a conhecer. Tudo se dilui no já visto e já conhecido, numa perspectiva abstrata do saber, que não leva a nada.” Wilson, Chagas, op. cit., p. 57.

nal de Grotius...; em seu nome lançou-se o apelo à liberdade individual contra o absolutismo...; através das teorias de Locke e Paine forneceu as bases da filosofia individualista da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, bem como das constituições de outros estados”. Todavia, nos dias de hoje, não tem sido favorecido como consequência da “supremacia crescente do estado nacional” e do “**crescimento da disciplina coletiva**” (43).

Nesta enumeração encontram-se implícitos dois aspectos que devem ser explicitados.

O primeiro permite afirmar-se ser impensável um direito natural meramente racional, sem contato com a existência, que é, por definição, histórica.

O segundo traz à baila os fins do ordenamento jurídico. Dentre estes importa referir a certeza (ou segurança) jurídica e a justiça. Embora não se trate de fins antitéticos, mas complementares, pode ocorrer que em determinadas circunstâncias, se apresentem como contraditórios. Em tais hipóteses, é necessária a opção entre a certeza (ou segurança) jurídica, propiciadora da ordem, e a justiça, capaz de ensejar o inter-relacionamento humano harmônico. Correspondem esses dois objetivos à natureza individual e social do ser humano que reclama, por isto mesmo, simultaneamente a proteção de interesses e valores **pessoais e sociais**. Por isto, visto sob este ângulo, deve o direito encontrar o “equilíbrio entre aquilo que é essencial à vida da comunidade e o que não se pode negar ao homem como indivíduo, ser racional” (44). Sendo fatal ao direito o desequilíbrio manifesto entre as duas ordens de interesses ou valores apresenta-se como intuitiva a necessidade de alcançar ou, ao menos, de propender para o meio termo realizador do estado de direito.

(43) Friedmann, op. cit., p. 95-7. O grifo é nosso.

(44) Fonseca, Arnaldo Medeiros da. Socialização e humanização do direito. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro 11 :12, 1952/1953.

Enunciados estes dois objetivos fundamentais, é bem de ver-se que o direito natural situa-se no pólo da justiça (ou da validade intrínseca), o que, aliás, bem ressalta do pensamento de Goldschmidt (45). E, “para a realização da justiça, sentimos a necessidade de **certas regras de direção, fornecidas pela razão, com base na experiência...**” (46). Demais, sendo a certeza (ou segurança) jurídica “uma qualidade indispensável da justiça, nenhuma lei que não a assegure pode ser considerada justa”. Mas, sendo esta proposição verdadeira, não o é menos a que afirma que, “se, o ordenamento jurídico se restringir a ser um mero sistema legal, nunca será completamente justo”. (47).

(45) Goldschmidt, op. cit., p. 46-7.

(46) Fonseca, op. cit., p. 12.

(47) “But the system can never be completely just without loosing the quality of beeing a purely legal system.” Bockelmann, Paul. Law and Security in the Modern State. *Law and State*, Tübingen, 9 :134, 1974.