

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1981

ANO 18 • NÚMERO 72

O direito natural

IDUNA E. WEINERT

Procuradora da República, Profes-
sora de Direito Constitucional e
Subchefe do Departamento de Di-
reito da UnB

SUMÁRIO

- 1º CAPÍTULO – *Considerações gerais*
- 2º CAPÍTULO – *A doutrina do direito natural segundo Hans Kelsen*
- 3º CAPÍTULO – *A doutrina do direito natural segundo Jacques Maritain*
- 4º CAPÍTULO – *As doutrinas jusnaturalistas contemporâneas – O direito natural existencialista*

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

1º CAPÍTULO

Considerações gerais

O primeiro aspecto a ser lembrado é, sem dúvida, o fato de que a discussão do tema proposto nunca esteve encerrada, de modo definitivo, ao longo de toda a história da humanidade, a partir do momento em que o homem conscientizou-se de sua individualidade, de sua existência sobre a face da Terra.

Evidentemente, sucederam-se fases de inegável esplendor de seus estudos e pesquisas seguidos de flagrante desprestígio e negação mesma de sua existência.

O reconhecimento de direito superior e anterior, transcendente e supra-ordenado ao direito humano ou histórico-positivo, jamais deixou de preocupar jusfilósofos de todas as épocas; quer seja através da palavra revelada (*lex divina*), ou indiretamente, na ordem natural de sua criação (*lex aeterna*) ou ainda deduzido da razão humana (*lex naturalis*), colocou-se sempre em questão a validade e a justiça das leis impostas por Deus, uma vez que, não obstante seu sentido último, teológico-metafísico, o problema está sempre na consideração imediata do jurista no momento em que opera a subsunção do caso concreto à lei positiva.

Assim, através de sucessivas respostas, vimos a questão focalizada sob diversas óticas, que enfatizavam suas diferentes colocações ao longo do tempo, tendo como fundamento comum a necessidade de conceber-se "uma ordem mais alta e perfeita, um ponto ideal firme de referência crítica para a legislação vigente".

Esta ordem composta de um núcleo de princípios superiores e imutáveis inspiraria, completaria ou modelaria a legislação positiva, visando a suprir suas deficiências e a responder às críticas e insatisfações levantadas pela consciência social.

Como o direito é sempre um ensaio de ser direito justo, no dizer de RADBRUCH e RECASENS SICHES, a longa caminhada do jusnaturalismo através dos tempos caracterizou-se, sempre, pela tentativa de conciliação da imperecibilidade do ideal axiológico contido nas normas jurídicas com a variabilidade de suas representações histórico-sociais.

No dizer de MACHADO NETO, que bem acentua a importância do jusnaturalismo, sua longa tradição oferece-se, no mundo jurídico, com a mesma insistência e domínio ideológico das idéias grandiosas e dos pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes (*Compêndio de Introdução à Ciência do Direito* — Saraiva, São Paulo, 1969 — pág. 21).

Efetivamente, esse é o ponto vital do nosso tema, a sua universalidade e imperecibilidade, fundadas na ontológica indagação da existência de fato, para lá dos fenômenos, de alguma coisa suscetível de ser apreendida pelo espírito humano e dotada de forte objetividade e independência do sujeito cognoscente, ou seja, saber-se se, para lá do mundo sensível dos homens, haverá outro mundo de que o primeiro seja mero reflexo ou cópia.

A essa ordem de estudos denomina-se hoje, na moderna terminologia filológica, Axiologia ou Filosofia dos Valores, que se volta, essencialmente, a averiguar se, sobrepondo-se a todas as opiniões e valorações dadas por cada homem ou povo, nas diversas épocas, existirá algo de em si mesmo verdadeiro e justo, com geral e universal validade para todos os homens, e que, no dizer de ANTIGONA, de SÓFOCLES, "não é de hoje nem de ontem, mas de todos os tempos e não foi inventado pelos humanos".

Ainda quanto à magnitude do tema, MICHEL VILLEY logrou sintetizá-la, ao lembrar que a doutrina do direito natural clássico salva a autonomia do direito contra o perigo inerente a todas as outras teorias, qual seja, o de ser absorvido à moral, à economia, à administração e à política; que ela nos dota

de quadros sólidos, além de ser autenticamente especulativa e, por fim, que não deixou de ser ensinada depois de vinte e cinco séculos, sendo o seu valor garantido por milhares de juristas e filósofos (*Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit* – Capítulo VII – pág. 165).

Para uma visão englobante do tema proposto, destinada à compreensão de sua colocação atual, impõe-se uma rápida incursão, mesmo que *en vol d'oiseau*, sobre os momentos mais significativos da evolução sofrida pela doutrina do direito natural através dos tempos e que está intimamente identificada à busca da justiça como princípio regulativo do direito.

Para os gregos, o direito participava diretamente da ordem ontologicamente imutável das coisas, sendo ele mesmo a expressão de uma essência metafísica ou a própria justiça essencial, valendo salientar que não ocorria, em verdade, a distinção entre o problema da justiça e o do próprio direito, que deveria ser a explicitação da ordem imutável (da família, da tribo, da *polis*), bem como a neutralização das violações contra ele cometidas.

O século V marcou-se pela grave crise sofística que levou a opor a *nomos* dos homens e da política à *physis*, estabelecendo-se uma subjetividade individualística de características democráticas.

O idealismo de PLATÃO conduziu o pensamento grego, no entanto, de volta a uma ordem ideal-necessária que fosse, a um só tempo, modelo e simultaneamente fundamento ontológico da ordem político-social, enquanto que o racionalismo estóico levou a que de novo a *physis* se tornasse sinônimo de *nomos*, fundidos num *justo*, universal.

O panorama jurídico romano foi, entretanto, bastante diverso. A Justiça identificava-se com a ordem jurídica objetiva, uma vez que, para compreender regulativamente o direito, faltavam ao jurista da época dois pressupostos essenciais, representados pelo sentido histórico e o reconhecimento da autonomia da consciência ética, ou seja, a própria dimensão de subjetividade do jurídico.

Importante, entretanto, foi o legado a nós deixado por Roma, consubstanciado na autonomização e constituição específica do *jus*, representadas pela expressa intenção de justiça de seu pensamento jurídico. Aí estão, até nossos dias, expressões tais como *bona fides*, *justa causa*, *aequitas*, *utilitas*, *humanitas* etc., que provam o afirmado, não obstante não haverem alcançado os romanos uma exata compreensão da colocação intencional-normativa da justiça.

É fácil imaginar-se, em vista do que até aqui foi dito, o grande impacto causado ao pensamento jurídico-filosófico pela introdução de uma nova visão do mundo normativo: sua dualização em dois reinos, bastante distintos: o reino do direito humano ou histórico-positivo, criado e imposto pelos homens (*lex temporalis*), e o reino de um direito transcendente e supra-ordenado a este, imposto por Deus.

A principal contribuição do teológico dualismo cristão ao pensamento filosófico foi a instituição, na compreensão do normativo, de um elemento novo e fundamental, o princípio axiológico, e não apenas a simples associação ao direito humano e socialmente condicionado dos romanos, da dimensão metafísico-intelectualista da melhor interpretação grega.

Partindo do princípio fundamental de que Deus não é apenas o supremo e perfeitíssimo Ser mas o sumo Bem, perfeita e justa é Sua lei; *legis corruptio*, por via de consequência, no dizer de SANTO TOMÁS, seriam todas aquelas que Dele se desviassem ou não cumprissem o Seu princípio último de validade.

Para SANTO AGOSTINHO a *lex intima* era aquela através de que Deus falava aos homens na consciência, a *recta conscientia* dos que, feitos à imagem e semelhança Dele, teriam a alma, a razão e o coração, bem como a íntima consciência, iluminados pela lei divina.

Revelado o Absoluto, nada mais restava que a adequação das normas de direito à sua visão abrangedora, num movimento caracteristicamente descendente.

O que podemos sentir, a essa altura do pensamento jusnaturalista, é que já existiam condições para a configuração verdadeiramente axiológico-normativa do direito, intimamente relacionada a seu fundamento de validade, ou seja, ao problema de sua justiça, bem como que esta visão abrangia, igualmente, um pressuposto de dinamismo da vontade divina, refletido no desenvolvimento da ordem de criação, com implicações quanto à possibilidade de compreensão da historicidade particular das ordens normativas.

A introdução da idéia do dualismo objetivo do universo jurídico fincou-se de forma incontestável e irremediável no cenário filosófico, não sendo mesmo superado pelas novas correntes de pensamento surgidas na Idade Moderna. O que ocorreu, em verdade, foi a sua radicalização, caracterizada pela opção feita no sentido de um espírito problemático e criador, experimentador e agente, que veio a substituir a atitude contemplativa e receptiva da posição anterior.

A resposta a essa opção traduziu-se em sucessivas colocações de um racionalismo cartesiano: o realismo conceitual do idealismo metafísico, o transcendentalismo formal kantiano, o intelectualismo técnico da ciência, o individualismo contratualista e abstrato e outras, que implicaram num jusnaturalismo *more geometrico*, em que os princípios do *justum*, que deveriam compor determinada ordem jurídico-social, apresentavam-se, em suma, deduzidos da própria natureza, de forma lógico-racional. Este "direito natural" refletia, inegavelmente, duplicidade, em face do direito positivo-histórico vigente.

O impasse conduziu à superação da doutrina jusnaturalista, no século XIX, por uma nova ordem de pensamento jurídico, tendente a excluir, de forma total e contundente, as indagações a respeito da validade material ou da justiça do direito, vistas já agora como impertinentes e estranhas mesmo à Ciência do Direito.

Quatro são os fatores, entretanto, que, sobrepondo-se aos demais, influíram decisivamente no processo da citada superação do direito natural e que poderiam ser assim resumidos:

1 — a filosofia crítica de KANT, na medida em que repelia todas as formas de normativismo heterônomo-transcendente, e punha em causa a possibilidade de um dogmatismo metafísico;

2 — o movimento cultural e epistemológico da Escola Histórica, fundado na compreensão da vida humano-social como história e no entendimento do direito como uma realidade histórico-cultural;

3 — o surgimento de uma nova concepção de Estado, após 1789, que institucionalizou a vontade universal contratualista havida por ROUSSEAU como fundamento da ordem civil;

4 — o positivismo jurídico, como atitude gnoseológica fundamental, sem pressupostos prévios, baseado em fatos empiricamente observáveis e que remetia as idéias, os princípios axiológicos de justiça e outras especulações congêneres aos resíduos “metáfísicos”.

O direito “positivo”, ou seja, posto, vigente e cogente, passou a ser o objeto único do positivismo, que o conhecia mediante um processo metodológico exclusivamente descritivo-interpretativo, analítico-dedutivo e sistemático-conceitual das normas impostas pelo Estado.

Vários e significativos foram os representantes dessa escola filosófica, que buscaram, em seus escritos, a total e implacável eliminação das implicações sociais e axiológicas do direito.

O mais expressivo deles é, sem dúvida, HANS KELSEN, o “Mestre de Viena”, que teve especial preocupação no trabalho de retirar do direito aqueles elementos que lhe pareciam estranhos já que consubstanciadores de fatos e valores sociais.

Contra o direito natural desenvolveu a mesma substanciosa argumentação contida na obra *A Justiça e o Direito Natural*, que será objeto do próximo capítulo.

2º CAPÍTULO

A doutrina do direito natural segundo Hans Kelsen

HANS KELSEN, o “Mestre de Viena”, figura exponencial do positivismo jurídico de raízes kantianas, na elaboração de sua *Teoria Pura do Direito*, intentou poderosos esforços no sentido de redignificar cientificamente o direito, através da eliminação daqueles fatores que considerava estranhos à ciência jurídica.

Estabelecendo, como o fez, a pureza metodológica como princípio fundamental de sua teoria, KELSEN teve de empreender duas ordens prioritárias de purificação: a separação das ciências naturais das ciências sociais e, num segundo momento, o desentranhamento do direito do complexo de normas morais, políticas, jusnaturalistas ou ideológicas em que se achava submerso.

A primeira etapa foi vencida, é forçoso reconhecer, de forma extremamente lógica e pragmática, como de resto se propunha a ser toda a sua teoria; segundo KELSEN as leis naturais, expressas sob a forma de juízos hipotéticos, estariam regidas pelo princípio da causalidade, numa relação direta de causa e efeito não sujeita à interferência de atos humanos; a realidade social, igualmente expressa por juízos hipotéticos, seria, entretanto, regida por leis

normativas, subordinadas ao princípio da imputação, através de uma relação de causa e efeito profundamente marcada pela presença humana e, por conseguinte, de conteúdo extremamente variável.

Numa representação gráfica, poderíamos resumir, da forma que se segue, os dois juízos hipotéticos acima referidos, relativos, respectivamente, às leis naturais e às leis normativas:

“Dado A será B” (lei natural);

“Dado A deverá ser B” (lei normativa).

Vista como já foi, até agora, a magnitude e imperecibilidade do tema proposto através de seus sucessivos enfoques, fácil é imaginar-se o ímpeto com que o nosso autor lançou-se à tarefa de eliminação do tradicional dualismo da doutrina jurídica, Direito Natural—Direito Positivo, procurando, como seria de se esperar, a redução do primeiro ao segundo.

Partindo do princípio de que a teoria idealista do direito é uma teoria dualista na medida em que admite duas espécies de normas jurídicas, emanadas de duas diferentes ordens, a primeira “transcendental, ideal, que não é estabelecida pelo homem, mas lhe está supra-ordenada”, e a segunda “uma ordem real, estabelecida pelo homem, isto é, positiva”, KELSEN relaciona-a ao dualismo típico de toda a especulação metafísica, que diferencia entre uma esfera empírica e outra transcendente, segundo o esquema clássico da “Teoria das Idéias” de PLATÃO e o dualismo do Aquém e do Além, do homem e de Deus, que fundamenta toda a teologia cristã.

A teoria dualista opõe-se ontologicamente a teoria realista do direito, que é monista em razão de apenas reconhecer a existência de um direito, o positivo, real, posto pelo homem, independentemente do reconhecimento de um direito “ideal”.

Ao lado disso, argumenta o “Mestre de Viena”, o relativismo axiológico das normas, que tiveram como fundamento de validade valores de justiça relativos, torna igualmente inseguro e contraditório esse fundamento.

Classificando a doutrina do direito natural como uma doutrina idealista-dualista do direito, nos termos acima expostos, KELSEN aponta sua característica fundamental: funda-se ela na idéia de que a natureza é “a fonte da qual promanam as normas do direito ideal, do direito justo”.

Na definição mesma da doutrina em tela encontra nosso autor sua primeira antinomia, lembrando que as normas de direito natural, se fundadas na “natureza” em si, pertenceriam à órbita do “ser”, própria dos fenômenos naturais, regidos pelo princípio da causalidade, o que colidiria com um “dever-ser” típico das normas jurídicas, subordinadas ao princípio da imputação, antes referido; não há, pois, como conciliar, *ab initio*, a idéia de normas de direito natural fundadas na natureza e que se rejam, ao mesmo tempo, pelo princípio orientador das leis normativas.

“Realidade e valor pertencem a domínios distintos”, afirma categoricamente HANS KELSEN.

Por outro lado, acrescenta, "as normas imutáveis da doutrina do direito natural apenas podem ser as leis naturais. Quando a doutrina do direito natural deduz da natureza normas imutáveis da conduta justa (*recta*), o que ela faz é transformar regras do ser em normas do dever-ser e produzir, assim, a ilusão de um valor imanente à realidade".

O núcleo da argumentação kelseniana antijusnaturalista situa-se, entretanto, no fundamento metafísico-religioso dessa doutrina.

Após examinar a evolução do pensamento jusnaturalista, KELSEN chega, inevitavelmente, à conclusão de que, se a natureza foi criada ou é regida por uma autoridade transcendente, que reúne em si o valor moral absoluto e dita ordens ou normas retas justas, toda a doutrina do direito natural deveria assumir o seu caráter nitidamente religioso, visando a emprestar a suas normas o pressuposto de eternidade e imutabilidade das emanações divinas. Esse fato só bastaria para distanciar, de forma irremediável e irreconciliável, as normas de direito natural, eternas e imutáveis, das prescrições do direito positivo, que, por serem criadas pelos homens, são intrinsecamente temporais e variáveis.

Por outro lado, diz KELSEN, admitindo-se a existência de um direito natural estabelecido por Deus, chegar-se-ia à conclusão que os direitos subjetivos são inatos ao homem e que têm um caráter sagrado; nesta medida, impossível seria ao direito positivo ou orgá-los ou retirá-los aos humanos, restando-lhe apenas a tarefa subsidiária de protegê-los e garanti-los.

O "Mestre de Viena" leva às últimas conseqüências o seu ataque ao jusnaturalismo, especialmente ao focalizar as suas múltiplas e até contraditórias versões; ao limite, chega mesmo a afirmar que não existe, em verdade, um direito natural, mas teorias de direito natural que nada mais são que máscaras sob as quais se ocultam interesses, acusação que visa, sem sombra de dúvida, a utilização, historicamente observada, dessas doutrinas como fundamento de filosofias políticas diametralmente opostas.

Além de afirmar e reafirmar sempre o caráter conservador do direito natural, HANS KELSEN raciocina logicamente no sentido de que, se o direito natural emana de Deus e, portanto, é justo e perfeito, no momento em que ele ingressa no direito positivo tornar-se-á, fatalmente, um direito natural imperfeito, o que representa contradição intrínseca na medida em que o direito positivo é, por sua origem humana, imperfeito; teríamos, em última análise, um direito natural com possibilidades de imperfeição, afastando-se totalmente de seu fundamento primeiro e essencial.

3º CAPÍTULO

A doutrina do direito natural segundo Jacques Maritain

Após a arrasadora demolição do jusnaturalismo feita por HANS KELSEN e que reflete com nitidez o total desprestígio a que ficou relegada essa magna ordem de especulações filosóficas, desde os meados do século XIX até o começo do século XX, por força do esplendor alcançado pelas interpretações histórico-evolutivas do direito e pelo positivismo jurídico, assistimos, no desenvolver do

nosso século, ao ressurgimento da filosofia do direito natural, bem como da ciência do direito, orientadas por valores éticos.

De novo voltou a preocupar aos homens em geral e aos filósofos em especial, principalmente após os dois conflitos que tanto abalaram o mundo, a necessidade de revalorização de determinada ordem de direitos que, exatamente por terem sido tão cruelmente feridos, emergiram de forma incontrollável, impondo aos detentores do poder não apenas o seu reconhecimento, como a adoção de instrumentos garantidores de sua observância.

Nesse sentido, importantíssima conquista foi obtida com a assinatura, em 1948, por 123 nações, dos mais diferentes credos e filosofias políticas, da "Declaração Internacional dos Direitos do Homem", documento consubstanciador daquelas exigências naturais mínimas, comuns a todos os homens em todas as épocas e que, precisamente nesta medida, compõem como que um mínimo ético a estar presente em qualquer ordenamento jurídico que pretenda o reconhecimento de sua validade.

Inúmeros e da maior relevância são os nomes que despontaram a partir desse novo momento do direito natural, através de enfoques de renovado interesse; na impossibilidade de uma análise mais aprofundada de suas obras, tentaremos deter-nos mais demoradamente em JACQUES MARITAIN, expoente do pensamento jusnaturalista denominado "neo-escolástico" ou "neotomista", em função de sua declarada inspiração na doutrina medieval-católico-escolástica de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

A grande diferença que se coloca entre o direito natural clássico e o direito natural tomista está em que o primeiro desenvolveu sistemas muito específicos e pormenorizados, enquanto que o segundo preferiu estabelecer princípios gerais de grande amplitude.

Há autores neotomistas que reconhecem, inclusive, apenas um número reduzidíssimo de princípios de direito natural, dentre os quais ocuparia o ápice o antigo *suum cuique*, significando "dar a cada um o que é seu". A partir dessa suprema preocupação restaria ao Estado incluir entre suas normas de direito positivo aquelas prescrições que garantissem aos homens os direitos de que seriam detentores por natureza, ou seja, pelo fato mesmo de serem seres humanos.

EDGAR BODENHEIMER, ao estudar os aspectos relacionados ao ressurgimento do direito natural e da ciência do direito fundada em valores éticos, refere-se ao direito natural neo-escolástico salientando, quanto a este, a posição ocupada por MARITAIN e a colocação que faz, no sentido de afirmar que "há, em virtude mesmo da natureza humana, uma ordem ou disposição que a razão humana é capaz de descobrir, e segundo a qual deve a vontade humana agir, para se harmonizar com os fins necessários da criatura humana. A lei não escrita, ou direito natural, não é mais nada do que isso" (*Ciência do Direito — Forense*, Rio, 1966 — págs. 158-159).

Relativamente a esses direitos, pondera MARITAIN que eles não são necessariamente absolutos e ilimitados, devendo, em geral, ser regulamentados pelo direito positivo, para que o interesse público seja atendido.

Na obra de MARITAIN, *O Homem e o Estado*, desenvolve o autor interessantes ponderações em torno do fenômeno observado por ocasião da elaboração e concretização da "Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem", de cujos trabalhos preliminares participou, e que reflete, de forma irrecusável, a universalidade dos chamados direitos naturais.

Observou ele que "homens mutuamente opostos em suas concepções teóricas podem chegar a um acordo meramente prático em relação a uma lista de direitos humanos", acrescentando que "seria, entretanto, completamente fútil procurar uma justificação racional comum para essas conclusões práticas e para esses direitos", pois, "se tal fizéssemos, correríamos o risco de impor um dogmatismo arbitrário ou deter-nos-iam diferenças irreconciliáveis".

Em verdade, concordaram os representantes de mais de uma centena de nações em uma enumeração de direitos, desde que "não nos perguntem por quê", uma vez que, a esse ponto, começariam as divergências.

Para JACQUES MARITAIN o fundamento filosófico dos direitos do homem é a lei natural, tomada esta sob uma perspectiva ontológica, como expressão da máxima sabedoria do "Autor de Ser", identificado à figura de Deus na doutrina católica.

Diz nosso autor que o primeiro elemento, ontológico, da lei natural está no próprio homem, na medida em que cada ser tem a sua própria lei natural, da mesma forma que tem sua própria essência; significaria isso que a lei natural, segundo MARITAIN, seria a um só tempo ontológica e ideal; é ideal porque se fundamenta na essência humana e sua estrutura imutável e em suas necessidades inteligíveis; é ontológica, na medida em que a lei natural do homem é a lei moral, "coextensiva a todo o campo das normas morais naturais, a todo o campo da moralidade natural".

Num segundo momento gnoseológico, MARITAIN refere-se à forma pela qual a razão humana descobre a lei natural, nem de modo abstrato e teórico ou valendo-se de exercício conceptual do intelecto, ou nem ainda por meio do conhecimento racional. Para ele, que esposa de forma integral e profunda a doutrina de SANTO TOMÁS DE AQUINO, o homem descobre as normas da lei natural "por inclinação".

E o que seria esse conhecimento por inclinação?

Para MARITAIN, tal conhecimento não seria conceitualmente claro mas obscuro, assistemático, vital por conaturalidade ou cogenialidade através do qual, para formulação de um juízo, o intelecto "consulta e escuta a melodia interior que as vibrações das tendências últimas manifestam no sujeito" (*O homem e o Estado* — Livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1966 — pág. 93).

E esse processo de conhecimento está, para o nosso autor, diretamente relacionado ao grau de desenvolvimento da consciência moral do homem; quanto maior for sua experiência moral e social mais aguçado será o seu poder de conhecimento "por inclinação", no melhor pensamento tomista.

Situados os aspectos ontológico e gnoseológico da lei natural, volta-se MARITAIN para a faceta essencialmente religiosa de toda a sua doutrina jusna-

turalista; para ele “a lei natural só é lei por ser uma participação da Lei Eterna”, emanada esta da Sabedoria Criadora de Deus, de cujo direito, que é pura Justiça, emanam todos os direitos do homem. Explica o filósofo: “Ora, a lei natural, ou seja, a normalidade do funcionamento da natureza humana que se nos revela mediante um conhecimento por inclinação, só é lei, isto é, só obriga em consciência, porque a natureza e as inclinações da natureza manifestam uma ordem da razão — isto é, da “Razão Divina”.

Partindo do pressuposto essencial de que a lei natural enfoca direitos e deveres que estariam ligados, necessariamente, ao princípio primeiro expresso por “faze o bem e evita o mal”, o nosso autor afirma que a lei positiva ocupa-se desses direitos e deveres de forma contingente, na medida em que suas leis ou costumes incorporam um grupo particular de coisas que serão consideradas boas e permitidas, repelindo outras tantas, consideradas más e proibidas.

Desta forma, o fundamento da validade e de vigência tanto da lei positiva (*jus gentium*), como do Direito Internacional Natural (Law of Nations), reside exatamente na lei natural, que se impõe por si própria à consciência dos homens.

JACQUES MARITAIN distingue, ainda, os direitos naturais em “absolutamente inalienáveis” e “substancialmente inalienáveis”, incluindo entre os primeiros, para exemplificar, o direito à existência e à felicidade, aos quais o corpo político não poderia opor quaisquer restrições, enquanto que os segundos seriam aqueles os quais o corpo político deveria restringir, visando resguardar o bem comum, colocando entre estes o direito de associação e à palavra.

Mesmo relativamente aos direitos naturais absolutamente inalienáveis, reconhece MARITAIN a existência de certas limitações que diriam respeito não a sua posse, mas ao seu exercício, de que seria demonstrativo o direito à herança cultural humana, condicionada a possibilidades concretas das variadas sociedades.

A cada indivíduo, em particular, estaria reservada uma enumeração de direitos naturais, diretamente ligados a sua vida mesma, e que comporiam um elenco de normas garantidoras da própria dignidade do homem em face da sociedade.

Em destacada posição, dentre esses últimos, estariam os direitos ao trabalho e à liberdade de escolher livremente esse trabalho; viria, como conseqüência, toda uma série de direitos relacionados ao trabalho humano, tais como o de formar grupos ou sindicatos profissionais, o da proteção social, o do salário justo, o do auxílio financeiro estatal em casos de doença e desemprego e hoje mais conhecidos como “os direitos do trabalhador”.

Acrescenta, ainda, MARITAIN, que não existem, em verdade, antagonismos entre “novos” e “velhos” direitos do homem, uma vez que ambos encontram-se colocados lado a lado na “Declaração Universal de Direitos do Homem” da ONU e resultam de longa e penosa evolução através dos tempos.

4º CAPÍTULO

As doutrinas jusnaturalistas contemporâneas. O direito natural existencialista

Ao início da apreciação da visão jusnaturalista de JACQUES MARITAIN, foi feita referência ao atual processo de ressurgimento, com ímpeto verdadeiramente significativo, da doutrina do direito natural, colocada já agora sob angulação que reflete as conquistas e aspirações do homem contemporâneo.

Essas novas orientações, embora dirigidas às mais diversas ordens de especulações em torno da existência ou não de um direito divino supra-ordenador das formulações positivas, têm, entretanto, alguns pontos em comum, registrados por LUIS RECASÉNS SICHES em seu trabalho *Jusnaturalismos Actuales Comparados*, e que poderiam ser assim resumidos:

1 — a reafirmação da existência indiscutível do direito natural, aliada ao reconhecimento de que sua doutrina não está, em absoluto, conclusa mas, pelo contrário, muitíssimo ainda resta a investigar e indagar sobre o relevante tema;

2 — a remissão à metafísica, como fundamento primeiro do direito natural;

3 — a desnormatização do direito natural;

4 — a dificuldade enfrentada em situar até onde se estende o conceito de “natureza humana”, que deveria ser restringido consideravelmente, comparado à extensão dada ao mesmo pela Escola Clássica Moderna do Direito Natural, de que seriam representantes GRÓCIO, ALTUSIO, PUFENDORF, TOMASIO, WOLF e alguns neo-escolásticos do século XIX;

5 — a concepção tridimensional do direito: fato social, norma e valor em total interação com vistas à satisfação de necessidades da vida em sociedade;

6 — a ênfase no sentido de que a doutrina jusnaturalista deve alimentar-se substancialmente nos conhecimentos sociológicos, que viriam propiciar melhores resultados, mais eficazes e oportunos em função do tempo e lugar das diversas situações históricas;

7 — o reconhecimento de que, no ser humano, há dimensões essencialmente imutáveis que convivem com outras diversas e sempre mutantes;

8 — o reconhecimento, cada vez mais acentuado, de que a dignidade da pessoa humana é o valor supremo para o direito;

9 — o entendimento, em termos absolutos, da improcedência do emprego do processo lógico de interferência à jurisprudência e à legislação, devendo ser substituído pelo método da compreensão dos assuntos humanos.

A doutrina jusnaturalista de JACQUES MARITAIN, que oferece os traços gerais acima referidos, encontra-se colocada por RECASÉNS SICHES como integrante da reelaboração neotomista emergente, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial.

KARL JASPEHS, ERICH FECHNER, WERNER MAIHOFER e HANS WELZEL são as figuras mais representativas da orientação do direito natural

apoiada essencialmente em algumas idéias da filosofia da vida ou da existência humana em si mesma, e por isso mesmo nominada de existencialista.

O existencialismo jusnaturalista, além de caracterizar-se pelos aspectos gerais referidos por RECASENS SICHES e acima enumerados, inclina-se mais precisamente em direção a uma conceituação das normas jurídicas como preceitos mecânicos, desprovidos de autêntica vitalidade, que não expressariam a essência da vida e toda a sua personalidade; teriam elas, apenas, uma dimensão genérica, cotidiana, inautêntica.

Segundo MAIHOFER, as diferentes formas sociais, e entre elas o direito, se nos apresentam como "exterioridade existencial", num processo de trânsito do interior ao exterior. O fenômeno da objetivação é a manifestação da exterioridade, e na realidade mesma em que se situam mundo e pessoa o direito se coloca, como campo jurídico referido à pessoa jurídica mas não à pessoa humana, em suas mais genuínas manifestações.

MAIHOFER traz a exame, igualmente, aspecto da maior relevância para o delineamento de sua filosofia ao enfatizar o condicionamento social em que se acha mergulhado o ser humano, na medida em que lhe são heteronomamente impostas, desde que nasce, normas de procedimento e raciocínio que, ao mesmo tempo que o tornam socialmente situado e datado, cerceiam a livre manifestação de seu *ego*.

O direito positivo atua como imperativo social utilitário, desconhecendo o "eu", a personalidade individual de cada um, para dirigir-se a todos, de forma impessoal e alheia à vontade de seus destinatários; entende WERNER MAIHOFER que ao ser humano, como tal, em verdade, só resta assumir os diferentes "papéis" que a sociedade lhe impõe e que o subordinam a correspondentes áreas do direito.

Exemplificando, diz MAIHOFER que, como "pai" ou "filho", sujeita-se o homem às normas do direito da família; como "proprietário" ou não, ao direito das coisas; como "cidadão" ou não, às normas de direito público, e assim por diante, considerado que, qualquer que seja seu campo de atuação ou o meio em que viva, existirão sempre preceitos jurídicos a lhe regular os passos.

O homem é lançado ao mundo e nele passarão sempre a conflitar as exigências de sua personalidade livre com as imposições jurídicas do direito "Direito" e "ser" estariam, pois, naquela relação expressa pela inautenticidade e indiferença do primeiro ao segundo, se referido ao plano ontológico autônomo pessoal da existência humana autêntica.

A posição de FECHNER já seria bem menos "existencialista" na medida em que rechaça colocações radicais, representadas pelos conceitos de um "mundo absurdo", de atos gratuitos e liberdade absoluta.

Entende FECHNER que o direito é uma das ordens em que o homem se acha inserto e que constitui, por outro lado, uma das dimensões da ordem do mundo.

Ao analisar a estrutura tridimensional do direito, o nosso autor aí encontra o direito natural existencial, no sentido de que a liberdade humana não pode

ser entendida numa visão arbitrária e total, mas na de que ela existe movendo-se dentro do quadro das leis do ser.

Para FECHNER a correção e validade do direito natural residem na convicção, que deve ter o homem, de haver-se empenhado com máxima conscientização na busca de uma melhor solução, através da ponderação de todos os dados das possibilidades humanas.

Admitindo FECHNER a íntima correlação entre Direito, Sociologia e Metafísica (norma, fato, valor), dá ele, por outro lado, ao seu direito natural um conteúdo de *devenir*, visto que ao homem cabe participar de duas formas em seu processo de maneira cognoscitiva, diferenciadora, ao situar-se sociologicamente, e de forma decisória, ao escolher valores, decisão esta sempre carregada de riscos.

Reconhece RECASÊNS SICHES nos filósofos jusnaturalistas existencialistas, além da compreensão do Direito como normatividade mundana, inautêntica, formalista e tipificada, e da tridimensionalidade do mesmo, outras características comuns, representadas pelas reiteradas incursões do direito natural na Sociologia, buscando as devidas conseqüências práticas, oportunas e eficazes dos critérios jusnaturalistas em cada realidade social particular; pelo entendimento comum de que a metafísica constitui-se em fundamento primeiro do direito natural, bem como pela redução da área supostamente tida como da natureza humana.

Esta última faceta do jusnaturalismo existencialista, já que comum a seus insignes representantes, merece particular ponderação, visto consubstanciar o ponto crítico da distinção entre as antigas e as atuais visões do direito natural.

Especialmente em relação à Escola Clássica Racionalista do direito natural, coloca-se a questão; durante séculos atribuiu-se à natureza humana uma extensão que ela, em verdade, nunca teve, refletindo o fenômeno, unicamente, um condicionamento histórico vencido, afinal, pelo enorme desenvolvimento que alcançaram, em nosso século, outros ramos científicos.

Assim é que muitos comportamentos humanos foram tomados à conta de suposta natureza humana, em função de condicionamentos sociais e históricos que lhes davam esse aspecto.

Empreenderam os novos jusfilósofos a tarefa de redução da área de incidência do que até então conhecia-se como "natureza humana", pela exclusão daqueles comportamentos aos quais costumamos hoje chamar de "segunda natureza", ou hábitos, e que se distinguem dos primeiros, permanentes, imutáveis e universais, por não apresentarem, exatamente, essas peculiaridades.

Não há, porém, qualquer antinomia nessa nova atitude cognoscitiva do direito natural, resultante da evolução científica que experimentou a humanidade; muito pelo contrário, à medida que se depurou e limitou o conceito de natureza humana, mais esta idéia tornou-se objeto de fecundo esclarecimento e inexpugnável fortalecimento.

CONCLUSÃO

De tudo, ou quase nada, que foi dito, apenas três observações serão feitas, por consubstanciarem, na realidade, outras tantas ordens de indagações:

1 — A conquista dos chamados “direitos naturais” pelo homem vem ocorrendo como que numa espiral irreversível, que poderia ter como ponto de partida, por exemplo, a “Carta de João Sem Terra”, de 1215, avultando-se, nesse processo, a preocupação sempre constante, nos homens, de obter não apenas o reconhecimento desses direitos, mas de vê-los inseridos em documentos escritos, no direito positivo em geral.

2 — O fato de que o capítulo destinado a abrigar os direitos individuais, conferidos aos homens “por natureza”, constitui sempre a parte nobre, essencial, dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, emprestando-lhes mesmo as condições para um reconhecimento internacional, valendo assinalar, ainda, que até nos países de regimes totalitários cede o Estado ante a imperioridade de acatamento dessa ordem de direitos.

3 — A evidente oposição entre as duas colocações fundamentais do direito natural ao longo da história da humanidade, representadas, respectivamente, pela necessidade de reconhecimento de uma Lei Natural Divina, emanada de um Ser Absoluto, criador de tudo e de todos e que supra-ordenaria toda a ordem jurídica, e pela recusa da presença de um Deus no ápice dessa construção.

O problema é, estranhamente, lembrado e enfatizado por JACQUES MARITAIN, na obra citada no capítulo III, ao registrar que, dentre as dezenas de nações que subscreveram a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, havia representantes das mais diametralmente opostas filosofias políticas, religiosas e morais, o que não impediu a assinatura do documento.

BIBLIOGRAFIA

- BODENHEIMER, Edgar — *Ciência do Direito — filosofia e metodologia jurídicas*. Rio de Janeiro, Forense.
- KELSEN, Hans — *A justiça e o direito natural*. Armênio Amado, Coimbra, Editor Sucessor, 1963.
- LIMA, Hermes — *Introdução à ciência do Direito*. Freitas Bastos, 15ª edição, 1966.
- MACHADO NETO — *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. A. L., São Paulo, Edição Saraiva, 1969.
- MARITAIN, Jacques — *O homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Livraria Agir Editora, 4.ª edição, 1966.
- NEVES, A. Castanheira — *Lições de introdução ao estudo do Direito*. Coimbra, 1968/69.
- SICHES, Luis Recaséns — *Iusnaturalismos actuales comparados*. Madrid, Universidad de Madrid — Facultad de Derecho — Sección de Publicaciones e Intercambio, 1970.
- VILLEY, Michel — *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*.