

DIREITO NATURAL DE CONTEUDO EM DEVIR

LUIZ FERNANDO COLLIO

1. O direito natural sempre fez parte das especulações filosóficas, tendo-se constituído de maneira *perene* em núcleo das preocupações filosófico-jurídicas. É que a necessidade de fundamentar a ordem jurídica historicamente constituída corresponde a anseios profundamente inculcados no ser humano, fato que ultimamente tem sido objeto de fecundas indagações fora do campo filosófico ou técnico-jurídico, porém de ordem psicológica e sociológica ⁽¹⁾. Essa fundamentação do direito positivo tem sido encarada através dos tempos mediante duas atitudes básicas: objetivamente, como fonte de validade formal ou material das normas de direito positivo, ou subjetivamente, como critério valorativo pessoal, presidindo o relacionamento entre o indivíduo humano e a ordem jurídica positiva. O direito natural se apresenta multifacetado, centro de preocupações científicas de diversas ordens de conhecimento, relacionadas com o fenômeno *jurídico*; assim, além da Filosofia Geral e da Filosofia do Direito, também a Dogmática Jurídica, por mais "purista" que possa ser ⁽²⁾, é levada a considerar a natureza e o fundamento do direito, o que via de regra tem conduzido ao direito natural; relacionada com a ciência dogmática do Direito, a política legislativa busca no direito natural a inspiração para as atividades legiferantes; a prática judiciária e a hermenêutica do direito, ainda que dentro do legalismo mais estrito e estremo, ou na oposta atitude da *mais romântica liberdade jurisdicional* ⁽³⁾, procura no direito natural a justificação de suas atitudes. A sociologia jurídica, enquanto conhecimento causal-explicativo, objetiva uma tipologia sócio-normativa dos fenômenos jurídicos encarados como fenômenos sociais; ora, as *leis* da evolução do direito que desta maneira se induzem relacionam-se certamente com o direito natural, o mesmo acontecendo com o direito comparado, enquanto procura, a partir da aproximação dos diferentes sistemas jurídicos, descobrir as constantes da evolução do direito; além disso, qualquer tentativa epistemológica de universalização da Ciência do Direito conduz ao direito natural, seja pela via sociológica da redução do direito a tipos normativos, seja pela via lógica de identificar os conceitos jurídicos fundamentais, os elementos "a priori" de toda ordem jurídica.

Não obstante a multiplicidade de aspectos que possa apresentar, toda a problemática jusnaturalista se desenvolve segundo as questões funda-

mentais do ser, vale dizer, como problemática de natureza ontológica, ética, lógica e metafísica. Ontologicamente, o pensamento jusnaturalista indaga do **ser real** do direito natural, como alguma coisa que é dotada de função normativa em sua mesmidade; o problema ético envolve a consideração do direito natural como **telos**, princípio rector do direito empírico; o problema lógico, a sua condição formal apriorística como determinante de todo conteúdo normativo empírico; e a problemática metafísica o considera como ordem existencial dimanante do homem e transcendente a todas as experiências, valorações e possibilidades humanas, vale dizer, como ordem cósmica ou divina, dirigida para o homem. Mas essa problemática está referida à existência humana de maneira prevalente, no sentido de que integra essa existência a ponto de poder ser vivenciada emocionalmente sob a forma de sentimento do justo, ou psicossocialmente como "sentido básico permanente do dever-ser" (*). Por conseguinte, toda concepção jusnaturalista somente tem sentido se encarada sob um aspecto funcional, de fundamento e limite de toda ordem jurídica empírica; assim sendo, malgrado a multivocacidade do conceito de direito natural, é unívoca a função do pensamento jusnaturalista, quer sob o aspecto objetivo de orientação normativa de toda ordem jurídica empírica, quer sob o aspecto de critério legitimador do direito positivo.

A univocidade funcional do pensamento jusnaturalista explica em parte a decadência do mesmo pensamento a partir do momento em que o apriorismo racionalista levado às últimas conseqüências pareceu afastar o direito natural do seu denominador comum, o homem, afastamento que se tornava mais evidente na medida em que o positivismo, metodologicamente dirigido às coisas humanas, parecia reaproximar o pensamento filosófico do homem.

O renascimento da filosofia do Direito Natural em pleno século XX processou-se sob a égide de um profundo humanismo, neo-humanismo, como se convencionou denominar o movimento contemporâneo da valoração das coisas humanas; mais ainda, evidenciou-se que o problema do direito natural é um problema referido ao direito, e não um problema metajurídico, que pudesse ser afastado das especulações jurídicas e filosófico-jurídicas em nome de um pretenso apego ao **real**, ao **existente**, que são por sua vez dados igualmente discutíveis e relativos. Esta lição restou, passado o surto de positivismo; das críticas formuladas à doutrina do direito natural pelo pensamento sociológico e positivista, restou constatação de que, se o direito é um fenômeno essencialmente humano, a sua fundamentação somente tem sentido na medida do humano; daqui surge a principal característica do pensamento jusnaturalista contemporâneo, qual seja, a sua perspectiva neo-humanista, vale dizer, um direito natural que decorre do homem e é dirigido para o homem. Assim, duas tendências tradicionalmente em oposição e geralmente encaradas como mutuamente excludentes são harmonizadas numa síntese superior, verdadeiro **milagre** epistemológico que somente a dialética dos contrários pode explicar satisfatoriamente: de um lado, a tendência sociológico-jurídica de encarar o direito como um fato social passível de redução causal-explicativa; do outro lado, a tendência metafísica de pesquisar o ser jurídico imanente e transcendental a todos os fenômenos históricos rotulados de "ju-

rídicos"; esse novo direito natural neo-humanista vai buscar o seu susten-táculo no pensamento dialético, na filosofia existencial e na moderna antropologia.

A maior parte das posições doutrinárias que pretendem conceituar o direito baseia-se no falso pressuposto de que um objeto que é dinâmico em sua natureza pode ser reduzido a um conceito estático, universal e "a priori"; tal apriorismo é em verdade o causador de muita incompreensão sobre os fundamentos do direito. Tendo presente essa constatação, procuraremos considerar, no conceito do direito, as idéias que permitem uma compreensão dialética do fenômeno, vale dizer, possibilitando a apreensão dos seus elementos de vida e desenvolvimento, sem o que qualquer tentativa de aproximação da realidade jurídica estará frustrada.

O Direito se apresenta como uma interação de três elementos: uma regra de conduta dotada de certas características formais que a distinguem dentre todos os tipos de regras de conduta; uma relação entre os membros da sociedade, cuja conduta é normada pela regra de direito; um valor ou conjunto de valores que se pretende sejam realizados no tipo de conduta que a relação envolve. Elemento normativo, elemento relacional e elemento axiológico, eis os componentes do fenômeno jurídico.

A interação destes elementos assume, todavia, um caráter dialético, pois não se trata de elementos estanques que podem ser compreendidos separadamente, ou partes de um mesmo todo; a norma somente é jurídica porque se refere a uma relação e porque implica, na prática, em uma imposição de valores mais ou menos acatados naquele momento histórico pela maioria dos membros da comunidade; a implicação é dialética porque deve ser compreendida em sua dinâmica, já que qualquer tentativa de separação dos elementos acabará por destruir o objeto no seu todo. É nisso que a concepção aqui apresentada difere da teoria tridimensional, de Miguel Reale, e da concepção egológica de Carlos Cossio; a tridimensionalidade do direito é vista pelo professor da Universidade de São Paulo como diferentes aspectos de um mesmo fenômeno, sendo que o direito pode ser estudado como um fato social, uma norma e um valor (6); a teoria egológica reduz o fenômeno jurídico à conduta, sendo a relação entre a conduta e a norma uma relação de conceito para objeto; o papel da dialética no egologismo é puramente metodológico, pois o processo de que o espírito se serve para "compreender" a conduta jurídica é um constante relacionamento entre uma conduta e os valores bilaterais (6). A tese que ora expomos ultrapassa o egologismo, pois a dialética deixa de ser um movimento do espírito para constituir um movimento do objeto, restituindo-se assim a dialética ao seu devido lugar na essência mesma das coisas, já que o estado normal dos objetos é o estado de movimento, sendo o "estático" uma pura abstração, não condizente com o real. É evidente que se o objeto é dialético em seu próprio "ontos", o conhecimento que se pretende ter desse objeto deverá ser um conhecimento que consiga absorver a própria dinâmica do objeto, vale dizer um conhecimento dialético (7).

Assim sendo, no fenômeno jurídico, tal como se apresenta na realidade, pode-se observar um elemento normativo, a ser estudado pela parte da teoria geral do direito consagrada à norma jurídica; um elemento de

conduta a qual se apresenta como uma relação social bilateral-atributiva, estudada, na teoria geral do direito, pela teoria da relação jurídica e seus elementos; um elemento axiológico, estudado pela teoria da justiça e dos valores jurídicos ⁽⁸⁾.

No estudo do direito positivo, que é uma extensão ou especialização, dentro da jurisprudência, da teoria geral, é mais difícil manifestar a tridimensionalidade do objeto, pois, por força da tradição, a ciência do direito positivo se reduz ao estudo da lei e das outras formas de que a norma jurídica se reveste; com algum esforço, todavia, pode-se perceber o elemento normativo, dominante epistemologicamente, no estudo das fontes formais do direito positivo, o elemento relação na teoria dos direitos subjetivos e do dever jurídico, e todo o conjunto de institutos historicamente elaborados e vinculados ao direito subjetivo, tais como as pessoas, os bens, a responsabilidade, as ações, a coerção e a sanção, etc. Já o elemento axiológico escapa ordinariamente à teoria do direito positivo, pois os valores jurídicos se manifestam através das normas ou dos julgados; não obstante, admite-se no direito processual uma teoria da justiça e da equidade vinculada a técnicas judiciárias.

A concepção dialética do direito engendra algumas noções que se afiguram como permanentes, vale dizer, comunicam-se aos três aspectos do fenômeno jurídico: a noção de atributividade e a idéia do justo.

A atributividade é nota essencial do direito e consiste na característica de a regra de direito, por ser precisamente de direito atribuir às pessoas a cuja conduta se refere o poder, ou faculdade, ou possibilidade de exigir ou obrigar que a mesma regra seja cumprida; a atributividade implica na bilateralidade e intersubjetividade, características que põem em relevo o aspecto relação, isto é, o fato de que o fenômeno jurídico se caracteriza pela conduta de duas partes, das quais uma é titular de obrigações para com a outra, que é titular dos direitos subjetivos correspondentes; por outro lado, a atributividade engendra a heteronomia e a coercibilidade, características que salientam o fato de a regra de direito encerrar um comando, dirigido à conduta bilateral-atributiva, proveniente do exterior, vale dizer, excluindo as motivações internas da consciência, que, embora assumam importância jurídica na medida em que contribuem para a estimativa da conduta em relação aos valores jurídicos, são irrelevantes para a efetividade dos imperativos jurídicos; à teoria geral do direito, enquanto teoria da norma, compete o estudo detalhado dessas características do direito, quais sejam, a bilateralidade, atributividade e intersubjetividade, a heteronomia e coercibilidade ⁽⁹⁾.

A idéia do justo é igualmente essencial à compreensão do direito, pois toda a organização jurídico-normativa, toda doutrina do direito, todo ato de conduta inserido no contexto jurídico-social tem por finalidade e fundamento a realização de uma determinada concepção ideológica, filosófica ou doutrinária, confessional ou não, que se apresenta como justa. Este fato não escapa, inclusive, à observação sociológica, e se apresenta à luz de opiniões de sociólogos e juristas eminentes, que têm do direito uma visão mais sociológica do que filosófica ou propriamente técnico-jurídica, como fenômeno integrante do **direito-fato-social**. Assim, já Fran-

çois Geny constatava que o direito encontra seu conteúdo próprio e específico na noção do justo, noção primária, irredutível e indefinível⁽¹⁰⁾. Mais modernamente, Cláudio Souto apresenta uma definição sociológica do direito em que o "sentido básico do dever ser" é essencial⁽¹¹⁾. Com efeito, as inúmeras concepções de justiça hesitam em dar prevalência ao aspecto subjetivo, em que a justiça aparece como um sentimento, ou ao aspecto objetivo, em que a justiça aparece como regra de ação. A concepção axiológica da justiça pretende ultrapassar ambas as posições, colocando-a onde ela sempre esteve, isto é, como um valor integrado à conduta bilateral-atributiva.

Não se pode, por conseguinte, ter uma noção exata da regra de direito abstraindo a relação de conduta a que ela se refere e os valores que pretende realizar; da mesma forma, não se concebe um ato de conduta, que seja bilateral, sem que um imperativo externo à própria conduta garanta os seus efeitos e a conceba como um fenômeno jurídico, e nem se pode chegar a uma noção de justiça como mero conceito, desvinculado do objeto que lhe constitui o *substratum*, no caso dos valores jurídicos, a conduta relação.

De todo o exposto se depreende a dificuldade em encontrar uma definição do direito na medida em que essa definição pretenda ser universal e, ao mesmo tempo, abarcar o fenômeno jurídico tal como se apresenta no mundo dos fatos, uma definição que encerre toda a historicidade e a própria dialética do direito. Não obstante, o direito pode ser concebido como a realização factual de valores de conduta bilateral aceitos, em determinado momento histórico, pela maioria dos membros de uma sociedade, sob a garantia de um sistema de imperativos-atributivos. Mas antes e acima de tudo o direito é um fato humano; sem abordar a questão da fonte material do direito, parece evidente que existe em função do homem e só se justifica na medida em que contribui para que o homem se realize como tal. Dentro dessa perspectiva, não há como procurar os fundamentos do direito, isto é, as razões pelas quais o direito obriga e há de ser aceito pela comunidade como direito, fora do humano. Toda a problemática dos fundamentos do direito reside, por conseguinte, na reciprocidade e implicação dos fenômenos conceituados como Homem e Direito, cuja dialética está presente em maior ou menor grau em todas as concepções que pretendem interpretar esses fenômenos; ora, tanto uma compreensão errônea do em que consiste o direito, como uma consideração do ser humano não condizente com a realidade, e se abarcar todos os seus aspectos, conduzem a resultados igualmente falsos na resposta à questão do "como" e "por que" o direito obriga. Tal contraposição entre o humano e o jurídico nos leva a considerar a natureza humana como fundamento do direito, pois, se se trata de uma realidade existente em função do Homem, essa função decorre do fato de ser o homem o que é e como é. Finalmente, é evidente que essa fundamentação do direito na natureza humana não será válida se ficar excluído dessa natureza qualquer fator, por irrelevante que possa parecer, mas que esteja integrado no essencialmente humano e contribua para identificá-lo dentro

da natureza; daí a importância dos aportes da antropologia contemporânea.

3. A idéia do direito natural pode ser considerada em relação ao conceito de natureza ou ao conceito de direito, pois, se a definição de natureza pode levar a teorias as mais variadas e até antagônicas, nada impede que as doutrinas jusnaturalistas tomem como ponto de partida os conceitos elaborados através da história do pensamento jurídico para definir ou pensar o direito: Segundo Erik Wolf, a concepção do Direito como ordem da objetividade, vale dizer, como direito objetivo, pode conduzir à tese jusnaturalista da "lex naturae" ou "lex naturalis" dos antigos, enquanto que uma concepção que considere o direito como ordem da subjetividade levará à teoria de um direito natural subjetivo, identificada nos chamados "direitos do homem" das "declarações universais" (12); as teorias do direito natural do "senso comum" repousam na idéia do direito como ordem da consensualidade, isto é, um direito que é elaborado naturalmente e que é apenas reconhecido pelo legislador ao transformar-se em norma efetiva, como as teorias historicistas do "Volksgeist" e assim por diante.

As doutrinas jusnaturalistas fundamentadas na "natureza das coisas" estão referidas, não ao conceito do direito, mas ao conceito de natureza. O vocabulário filosófico de Lalande nos apresenta onze acepções filosoficamente válidas do termo natureza (13). Erik Wolf, como critério de classificação das correntes jusnaturalistas, seleciona nove teses de conceituação da natureza: natureza como ipseidade, como originalidade, como autenticidade ou pureza, como causalidade, como idealidade, como "criação", como impulsividade natural e como "natureza da coisa" (14). Essa natureza da coisa é definida pelo autor como "a ordem ou estrutura necessária de cada ente segundo sua determinação ou função" (15). Não obstante, pensamos que a idéia de natureza das coisas está presente em pelo menos outros dois conceitos de natureza, quais sejam, o de ipseidade e o de impulsividade natural.

Como ipseidade ou individualidade, natureza significa o ser próprio, a essência do ente ou a sua mesmidade; como impulsividade natural, ou vitalidade, natureza significa o intuitivo e o instintivo, o momento irracional da existência em que a natureza se confunde com a própria vida.

A idéia de natureza da coisa, abrangendo a ordem necessária, a ipseidade e a vitalidade, fundamentam numerosas correntes jusnaturalistas: a partir da ordem necessária, ou estrutura irreduzível do ente, desenvolveu-se a idéia de uma "justiça das coisas", "a essência das regularidades empiricamente conhecidas da existência social que se apresentam

recorrentemente por necessidade objetiva dos **dados**, como um esquema de ordenação constantemente reproduzida" (16), idéia central das concepções de Hugo, Ihering e Dernburg (17); com fundamento na essência irreduzível das coisas desenvolveu-se uma concepção *jusnaturalista* individualista, doutrina que ampara a pretensão do indivíduo a existir segundo seu ser e a valer como aquilo que é; direito natural passa a ser a quintessência, o núcleo da existência jurídica concreta do homem; a concepção da natureza como vitalidade fundamenta, outrossim, as teses do *jusnaturalismo vital*, que reduz o homem ao puro instinto animal de conservação da raça e outros; assim, o direito justificado pela "raça superior", pelo poder econômico (o dinheiro governa o mundo), pelos privilégios da própria nação ("wright or wrong, my country") e outras doutrinas de não saudosa memória.

O rápido panorama ora apresentado de algumas tendências *jusnaturalistas* baseadas na natureza das coisas, as conseqüências negativas de algumas delas, levam-nos a considerar as razões desses desvios que poderão ser identificados, menos na falta de coerência entre as premissas relativas ao conceito de natureza e as conclusões referidas às concepções jurídicas, do que em uma análise errônea do em que consiste a natureza humana, em uma visão insuficiente, porque isolada do contexto mais amplo formado pela existência espiritual e social, do que se deva entender por "essência" do ente humano, individual e social.

4. A inferioridade física do homem em relação aos outros animais é um fato evidente e provado biológica e antropologicamente. Do ponto de vista biológico, o homem é um mamífero inespecializado, incapaz de sobreviver pelos seus próprios meios às condições da vida extra-uterina; mais ainda, é um animal fisicamente inadaptado, inadequado à natureza, vale dizer, incapaz de um equilíbrio com a natureza, no que não foi favorecido pela evolução natural, dentro do conjunto dos animais superiores.

As concepções evolucionistas salientam o fato de que o desenvolvimento cerebral, dotando o animal-homem de uma arma invencível — a inteligência — com a qual pode ele afirmar-se na luta pela vida e pela preservação da espécie, provocou ao mesmo tempo a decadência do corpo, dado a relativa desnecessidade do seu aperfeiçoamento, já que, graças à inteligência, pode o homem suprir suas deficiências físicas por meios artificiais; o momento evolutivo em que o animal-homem começa a utilizar-se de meios extracorpóreos marca o início da cultura; esse momento talvez tenha começado com o simples aconchego, uns aos outros, para aquecimento, o que sugeriu o uso de peles como vestimenta protetora contra o frio, ou então com o primeiro arremesso acidental de um

objeto⁽¹⁸⁾, o que sugeriu a multiplicação da força muscular; a história da cultura, em sua fase atual, não está em condições de afirmar com segurança como se verificou essa passagem da vida animal para a vida cultural, apenas sugere hipóteses; por outro lado, o relacionamento causal entre o desenvolvimento cerebral e o corporal a que aludimos não é também indiscutível; pode ter ocorrido que o desenvolvimento intelectual tenha realmente sido causado pela inferioridade física preexistente, mas não é também improvável que o "gérme" da inteligência tenha existido desde as origens da vida e que, em dado momento da evolução animal, tenha se manifestado e desenvolvido justamente no animal que apresentou condições para tal, pelo processo de evolução natural. O que importa para os nossos estudos é que o homem, reunindo corpo e inteligência, evoluiu no sentido de um aperfeiçoamento intelectual e de uma inferioridade física cada vez mais acentuada no confronto com os outros animais e com as próprias condições corporais de resistência ao mundo extracorporal.

Em contrapartida, o homem, inespecializado e inadaptado, passa a ser dotado de uma **capacidade de fazer**, que passa a ser mais importante que a sua **capacidade de ser**. Assim, o homem pode ser definido com um animal criativo, sendo a sua criatividade, no início da evolução, condicionada à medida das deficiências corporais, desenvolvendo-se, todavia, no sentido de uma criatividade incondicionada, como simples atividade espiritual; o momento antropológico-evolutivo em que a criatividade deixa de ser condicionada marca o começo da arte; a arte é com efeito a mais elevada forma de manifestação intelectual, porque envolve uma criatividade incondicionada; o fato "arte" comprova igualmente a assertiva de que a criatividade é uma necessidade intelectual, vale dizer, constitui o núcleo do autenticamente humano. O homem é humano na medida em que cria, o humano é mais humano quanto mais incondicionada for a sua criatividade.

Esta adaptabilidade aberta e criadora se projeta no campo social, aliás, já a definição aristotélica da **zoon politikon** aceita como evidente pela quase unanimidade dos estudiosos da sociedade, envolve tal ilação; considerado na sua animalidade, o homem pode associar-se por instinto na medida em que necessita dos outros para sobreviver; considerado na sua humanidade, ele se associa para realizar-se como criador. É evidente que a associação instintiva ou a consciente não são nem estanques e nem mutuamente excludentes; o importante é que a sociabilidade pode fundamentar-se em qualquer aspecto, seja na natureza animal, seja na natureza espiritual; por outro lado, sociabilidade implica em comunicação, e comunicação é um dos aspectos mais importantes da criatividade; o homem não cria somente para si, mas para o grupo ao qual pertence; quanto mais refinada é a criação, mais se acentua a comunicação; e voltamos à arte como o tipo mais incondicionado e portanto mais refinado da criação; ela é inicialmente participação, sem o que perde sentido; é da essência da obra de arte o ser apreciada, mesmo que, para tanto, o próprio criador se transforme em contemplador de sua obra; dir-se-ia que neste caso o artista reúne duas pessoas, a que cria e a que participa, embora isso efetivamente não ocorra e é improvável que tenha alguma

vez ocorrido; o importante é que é da essência da obra de arte o ser contemplada, portanto, é uma forma de comunicação inserida na natureza social do homem; o próprio sentido bíblico da criação do homem envolve aspecto de participação na obra divina.

Dado o homem como animal imperfeito, do ponto de vista biológico, e dotado de uma adaptabilidade criadora, do ponto de vista espiritual e social, infere-se que a sua existência histórica é um contínuo de aquisições, vale dizer, a História é criação. Tal assertiva nada mais é que a projeção, na Filosofia da História, da teoria sociológica da evolução por aquisição social; historicamente, o homem é produto de sua própria ação no mundo e sobre o mundo, não tendo sentido qualquer regresso cultural, pois toda cultura é produto da cultura anterior.

A conclusão que transparece à luz dessas doutrinas, calcadas na pesquisa antropológica mais atualizada, é que tudo aquilo que se refere ao homem participa igualmente desse sentido de desenvolvimento por adaptação e criação biológica e espiritual, social e histórica, em suma, desenvolvimento antropológico e cultural ⁽¹⁹⁾.

Isto posto, há que considerar o direito, ou melhor, o conjunto de fenômenos a que se convencionou denominar direito, também dentro dessa perspectiva antropológica; o fenômeno jurídico é essencialmente humano e social; mais ainda, é criação e comunicação, produto da História e da evolução cultural da Humanidade e também uma forma de comunicação social.

Da integração dialética dos elementos que compõem o fenômeno jurídico, podem-se extrair algumas ilações: a primeira é que, mesmo se considerado apenas em sua normatividade, o direito é obra humana, produto daquilo que no homem é essencialmente humano, a sua atividade livremente criadora; a segunda é que essa humanidade do direito não se exaure no ato de criação, vale dizer, após ter sido criado não se separa do criador; o ato de criação faz parte da essência do direito; o direito é direito enquanto criado e recriado de maneira constante pelo homem, integrado à sua própria impulsividade vital; o direito é necessário à realização humana, e, como essa realização é o próprio Ser do homem, o direito integra este ser na medida em que contribui para a sua realização.

Assim sendo, existe um sentido de aperfeiçoamento no direito, que deve ser colocado no devido lugar. A ordem jurídica não se limita à conceptualização normativa da sociedade presente, prolongando a vigência de valores passados. Ela de certa forma antecipa a incidência de valores que o próprio homem cria. Essa dimensão da ordem jurídica que se projeta para o futuro tem sido muito pouco considerada; uma das categorias do direito positivo que se presta a tal consideração é o planejamento, espécie de constituição que se projeta para o futuro; o sentido fundamental das normas jurídicas da planificação é reger o desenvolvimento econômico com vistas a acelerar a conservação de determinados

objetivos que traduzem o bem-estar geral da coletividade; em outras palavras, é a antecipação de valores futuros.

A conclusão a que se chega é que a validade do direito está vinculada ao mesmo sentido de aperfeiçoamento que caracteriza essencialmente o ser do homem; o direito positivo vale como tal na medida em que se insere na tarefa global de realização do homem pelo seu próprio esforço; é a natureza humana enfocada no sentido global de evolução e autocriação que proporciona o conhecimento dos critérios da validade material do direito, a solução do problema do direito justo.

5. Nas páginas precedentes examinamos as linhas gerais das premissas que podem conduzir à solução da problemática do fundamento do direito; essas premissas relacionam-se, de um lado, com a adequada compreensão do em que consiste o direito, o que nos foi possível pela consideração dialética dos elementos componentes do fenômeno jurídico; de outro lado, pela consideração do homem em sua totalidade, enriquecida pelas contribuições aportadas pela pesquisa antropológica e sistematizadas nas escolas antropológicas contemporâneas.

Essas considerações permitem-nos adiantar algumas implicações, no que respeita ao tema abordado neste ensaio.

Inicialmente, o homem cria a sua essência na medida em que se desenvolve; assim sendo, não existe uma natureza essência previamente dada, que se imponha ao homem e que este deva aceitar passivamente, ou a ela conformar-se pela inexorabilidade de sua atuação; existe uma natureza humana autocriada e criadora que, embora possa impor-se inexoravelmente a partir do momento da sua criação ou da sua "descoberta", o próprio homem a cria; uma natureza que participa ativa e passivamente da criatividade dinâmica em que a "essência" do homem se exaure (20).

A filosofia existencial transmuta esse conceito do plano antropológico para o plano metafísico, como "abertura para o Ser"; o *daseln* é Ser na medida em que é e na medida em que se comunica com o outro Ser, através da cultura e da civilização; na hermenêutica existencial o conceito de abertura para o Ser traduz o próprio ser da liberdade do homem, como dado imediato e primeiro da consciência, cuja demonstração é desnecessária, por ser esse dado o fundamento da possibilidade de toda a verdade (21). Essa abertura para o ser, existencial, fundamentada na "criatividade", antropológica, confere ao homem eminente dignidade na medida em que implica na sua responsabilidade pela História e afasta todo determinismo histórico; isto significa que todo condicionamento biológico, físico, social, é condicionamento na medida em que o homem o aceita como tal e renuncia a todo e qualquer esforço para modificá-lo; em sendo as-

sim, mesmo que aceitemos como demonstrável o condicionamento de ordem natural, mesmo assim fica afastado o condicionamento histórico, já que aqueles condicionamentos passam a ser autocondicionamentos na medida em que o homem participa das mudanças de situação biológica, ecológica e social. O homem não pode nem mesmo renunciar a essa influência ativa, o que implica na sua total responsabilidade pelos acontecimentos históricos; jamais um fato histórico de conseqüências funestas para a humanidade poderá ser desculpado com fundamento em fatores extra-humanos.

Em segundo lugar, o direito é produto da História, não o produto da elaboração natural condicionada, mas o produto da criação livre do homem "aberto para o Ser". Se corresponde à própria dialética do direito a coerência normativa e axiológica entre ele e a realização do homem como tal, há que buscar o fundamento de sua validade material num direito natural que, longe de traduzir a oposição entre o dado e o criado, se integra no criado, já que o dado em relação ao essencialmente humano não existe, e o jurídico só existe dentro do essencialmente humano.

Não há, pois, que falar em direito natural dogmático, nos termos da Escola Clássica e do Jusnaturalismo Metafísico, porque o apego a critérios estimativos firmes, imutáveis e eternos, além de impossível na prática, o que tem sido comprovado historicamente, contradiz a natureza humana e fere a liberdade e dignidade criadora do homem.

Nesta altura, há que conceber o direito natural como critério de valoração do direito positivo, com dois resultados possíveis: ou com vistas à avaliação do "quantum" segundo o qual está esse direito positivo integrado na tarefa de aperfeiçoamento humano, ou considerando-se que, embora o resultado da primeira avaliação se apresente como negativo, ainda assim, trata-se de obra humana, com vistas aos elementos estruturais e vitais que, dentro da sociedade, levaram à ordem jurídica **injusta** segundo os padrões da primeira avaliação. É tarefa eminentemente humana, é obra em que o homem tem de empenhar-se com ardor, a descoberta desse direito natural que ele mesmo cria, um direito em constante devir⁽²²⁾, como as coisas humanas e o próprio homem.

NOTAS E BIBLIOGRAFIA

- (1) V. Cláudio SOUTO, *Introdução ao Direito como Fato Social*. F. A. de Miranda ROSA, Sociologia do Direito, Rio, 1970.
- (2) Paul AMSELEK, *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*, Paris, 1964, págs. 45 e segs. Sobre Kelsen e o *Direito Natural* v. Eric WOLF, *El Problema del Derecho Natural*, tradução de Manuel Entenza, Barcelona, 1961.

- (3) R. Limongi FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo*, São Paulo, 1969, pág. 53.
- (4) Cláudio SOUTO, *op. ct.*
- (5) Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1957. *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 1968.
- (6) Carlos COSSIO, *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954. AFTALTON, OLANOY VILANOVA, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, 1960.
- (7) Nicos Ar. POULANTZAS, *Nature des Chose et Droit*, Paris, 1965, pág. 223 e segs. V. tb. S. BRIMO, *Le Colloque de Philosophie du Droit Comparé de Toulouse*, consacré à la notion de Nature des Chose, em *Archives de Philosophie du Droit*, tome X, 1965.
- (8) Alessandro GROPPALI, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1968.
- (9) *Idem*, pág. 41 e segs.
- (10) François GENY, *Méthode d'Interprétation et Source du Droit Orivé Positif*, Paris, 1919. *Science et Technique en Droit Privé Positif*, I-IV, 1914 — 1925.
- (11) Cláudio SOUTO, *op. ct.*
- (12) Constituição dos E.U.A., de 1787. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, 1789. Carta de São Francisco, de 1945. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, adotada pela D.N.U.V. Vicente RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, São Paulo, 1952.
- (13) André LALANDE, *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, Paris, 1968.
- (14) Erik WOLF, *op. ct.*, págs. 43 e segs.
- (15) *Idem*, pág. 114.
- (16) *Idem*, pág. 115.
- (17) Segundo Dermburg, "quando falta uma norma positiva, o jurista tem que apelar para a ordem estabelecida nas coisas e que chamamos a natureza delas" (*Pandekten*, I, 5ª ed., 1896) apud Erik WOLF, *op. ct.*, pág. 117.
- (18) Como sugere Stanley Kubrik em sua clássica obra cinematográfica, "2001, Uma Odisseia no Espaço".
- (19) Entre as obras que contribuíram para o contexto referido no presente estudo, cumpre citar: Teilhard de CHARDIN, *o Fenômeno Humano*, Ed. Martins, Rio, 1965. B. MALINOWSKI, *Uma Teoria Científica da Cultura*, Zahar, Rio, 1962; C. LÉVY-STRAUSS e outros, *O Método Estruturalista*, Zahar, Rio, 1967. V. tb. A. VINCENT, *La Synthèse Cosmogénétique de Teilhard de Chardin et le Droit*, em *Archives de Philosophie du Droit*, tome X, 1965.
- (20) J. Batista MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965, pág. 3 e segs.
- (21) *Idem*, pág. 12.
- (22) As principais fontes doutrinárias da teoria aqui exposta: Erich FECHNER, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1962; Werner MAYHOFER, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt a.M., 1965; Werner MAYHOFER, *Recht und Sein*, Frankfurt a.M., 1964; Ulrich HOMMES, *Die Existenzerhellung und das Recht*, Frankfurt a.M., 1962.