

Origem do direito natural

SILVEIRA NETO

A PRIMEIRA atitude do homem em face do mundo foi de medo. Medo diante do mistério.

Como uma criança, o homem primitivo via as cousas na sua materialidade, sem perspectiva, sem entender as essências.

Pouco a pouco, porém, passado o atordoamento, diante de um mundo complexo, procurou o homem as primeiras razões do universo, da vida, de si mesmo.

Explicações bárbaras, por vêzes chocantes.

O medo não é bom analista. E o homem rude sentiu o terror cósmico, vislumbrou divindades nas fôrças dos elementos naturais.

Sentiu, também, o esfacelamento biológico do ser. Não adiantava esconjurar a morte, por meio de sortilégios. Ela vinha, apoderava-se do corpo, enregelava-o.

O homem não tinha explicação natural para o fenômeno. Justificava-o através de argumentos sobrenaturais.

É FUSTEL DE COULANGES que o diz:

“A morte foi o primeiro mistério; ela pôs o homem no caminho dos outros mistérios. Ela elevou seu pensamento do visível ao invisível, do passageiro ao eterno, do humano ao divino”.¹

A morte encontrou o seu culto na religião doméstica.

Essa religião do lar, no culto dos mortos, instituiu o direito, o matrimônio, a propriedade, regulou a sociedade antiga.

Que espécie de direito?

Nas épocas remotas não havia constituições escritas, códigos ou leis oficiais.

Contudo, um fato era certo: o homem vivia em sociedade.

1) FUSTEL DE COULANGES — La Cité Antique, Chapitre II, Livre Premier.

Não importa o nome dado ao agrupamento: clã, horda ou tribo. A sua existência é inegável. O homem-só foi apenas uma ficção de DANIEL DEFOE. Além disso, ROBINSON não foi um ser propriamente associativo ou anti-social: foi, circunstancialmente, isolado.

A sociologia nunca pôde provar a existência de indivíduos isolados, a não ser em condições excepcionais.

O problema do estudioso do direito é saber onde teve origem a primeira norma jurídica, com caráter obrigatório. Em suma, onde e quando começou o direito. Não o direito positivo, a lei, pois isso pode ser documentado através das pesquisas históricas.

O problema está na procura da essência da norma de direito, o ser jurídico. Tal é o grande, o maior, talvez, dos temas da filosofia do direito. O direito natural foi tido, durante muito tempo, como sendo mesmo o assunto único da filosofia do direito. É um autor ainda relativamente recente, CATHREIN, que afirma não ser possível fazer filosofia do direito sem o direito natural.²

A origem do direito natural, segundo vários autores, identifica-se com uma noção social de justiça. Como vimos, as primeiras leis são de natureza religiosa. A religião dizia o que era e o que não era lícito fazer. Por vezes também chamada de "direito das gentes" (que foi substrato do direito natural em Roma), era ele um conjunto de normas não escritas que regulavam a vida social. Assim é que REDSLOB fala de um antiquíssimo tratado político havido entre Ramsés II e o príncipe Cheta, no século XIII antes da nossa era. E acrescenta que os povos tinham a crença de que os pactos geravam obrigações, em vista de um princípio religioso.³

Não é possível admitir que a humanidade, em qualquer estágio, não tivesse leis. Como essas não eram escritas, como não havia assembleias políticas para elaborá-las, conclui-se que as mesmas se formavam naturalmente, pelo simples fato de viver o homem em sociedade.

Os pensadores romanos, muitos séculos após, haveriam de afirmar a existência de uma comunidade jurídica supra-nacional.

2) VICTOR CATHREIN — *Filosofia del Derecho*, Madrid, 1950, p. 160. página 160.

3) ROBERT REDSLOB — *Traité de Droit des Gens*, Recueil Sirey, 1950.

“Os estóicos desenvolvem êsse pensamento: a razão que penetra e governa o mundo reúne todos os seres numa comunidade de leis idênticas”.⁴

Então, o direito natural foi, a princípio, alguma coisa de que o homem não tinha consciência. Era mais um sentimento de justiça fundado em sua natureza, inerente ao seu estado social.

Os autores do século XIX, tratando do direito natural, sempre começam por dizer que o mesmo se origina da natureza social do homem. Como uma réplica a ROUSSEAU, AHRENS afirma:

“O estado social é o estado primitivo e natural do homem”.⁵

Para concluir da existência de um direito natural imanente à espécie, é preciso conceber que houvesse uma comunidade jurídica, a saber, determinados princípios e normas a que todos os povos devessem respeito e obediência.

Quanto a essa parte, não parece haver dúvida de que os homens sempre realizaram certos princípios fundamentais.

“Era (o direito natural) o direito do homem em sociedade, mas considerado sob o aspecto de seu maior aperfeiçoamento possível”.⁶

Como se pode notar, a sociabilidade é um elemento comum nos estudiosos do direito natural. Através da vida social se realizam certos princípios de justiça inerentes à natureza humana, tal, em síntese, o pensamento predominante.

Desde que o direito se transforma em lei, norma escrita, torna-se direito positivo. Não quer dizer que o direito natural tenha desaparecido; apenas está implícito na lei, desde que essa seja uma lei justa. Assim o entendeu ARISTÓTELES, para quem a justiça era uma vocação, uma tendência, um estado inato no homem, e não algo transcendente ou mesmo um “eidos”, como afirmou PLATÃO.

A dificuldade sobre a pesquisa do direito natural reside, principalmente, no fato de que êle é um direito não escrito. Por isso, não podemos dizer que os mais antigos códigos de moral ou religião, como as Tábuas da Lei, dadas a MOISÉS no Sinai, sejam direito natural. Os princípios que nêles se inse-

4) REDSLOB, obra cit.

5) HENRI AHRENS — Cours de Droit Naturel ou de Philosophie de Droit, Leipzig, 1868.

6) J. OUDOT — Premiers Essais de Philosophie du Droit, Paris, 1846.

rem são, realmente, de direito natural, mas, em si, na sua configuração jurídica, eram direito positivo, de origem divina ou humana, mas direito positivo. O que se pode concluir é que, antes de existirem as normas escritas, havia certos princípios que os homens procuravam seguir, de conteúdo comum a todos os povos.

Em épocas remotas, já havia, no Egito, uma sociedade política regularmente constituída, sôbre base monárquica, com uma família patriarcal e propriedade exclusiva desta. Consta que foi com o rei BOCCHORIS que surgiu uma vida jurídica regulamentada, que estabeleceu legislação sôbre a liberdade dos contratos, sendo que, antes dêle, as obrigações resultavam de certas relações e certos fatos que se impunham como direito.⁷

Por aí se pode depreender que o remoto legislador fundamentava o direito contratual na liberdade humana, princípio êsse que é, para alguns, como um dogma, estabelecido por um "sentimento íntimo".⁸

A explicação para o direito natural, que aparece no homem como uma *consciência moral*, é, quase sempre, de ordem religiosa. Mesmo os autores modernos procuram explicá-lo como uma participação em a natureza divina. Mas a lei natural, também se afirma, não pode ser abrogada pelo próprio Deus, pois os seres, uma vez criados com certa tendência e certa natureza, devem realizar-se conforme as suas leis intrínsecas.⁹

As tentativas de caracterização do problema, com cunho científico, verdadeiramente têm início com os filósofos gregos pré-socráticos, sendo pioneiro HERÁCLITO. Considerando o mundo como um eterno fluir, um constante vir-a-ser ou *devenir*, HERÁCLITO, no entanto, achava que há uma "lei comum a todos" e todos devem obedecer à natureza, a um *logos* universal. Atrás da diversidade dos fenômenos e das leis humanas, mutáveis e variadas, há uma lei natural eterna que se dirige à razão do homem, para que essa participe do *logos* universal.¹⁰

Mas a noção de HERÁCLITO é ainda eivada de caráter religioso e o filósofo, expondo-a, tinha um fim prático, isto é,

7) RODOLPHE DARESTE — Etudes d'Histoire du Droit, Paris, 1889.

8) W. BELIME — Philosophie du Droit ou Cours d'Introduction à la Science du Droit, 1869.

9) ALPHONSE BOISTEL — Cours Elémentaire de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit, Paris, 1870, página 45.

10) HENRI ROMMEN — Le Droit Naturel, Egloff, Paris, 1945, pág. 20.

“exaltar o valor da lei e de sua força obrigatória, para reagir contra o espírito da massa desprovida de senso crítico”.¹¹

Apresentava-se, assim, o direito natural, como uma vocação humana para realizar certos princípios ordenados por uma vontade suprema, a vontade de Deus. No fundo, a noção diretora do bem e do mal, princípios antagônicos na antiquíssima religião de Zoroastro. Também é êsse o ordenamento do chamado Código de HAMURABI, que afirma:

“Como Marduk me enviou para governar os homens e proteger o direito dos povos, assim realizei o direito e a justiça e procurei a felicidade dos súditos”.¹³

Os antigos códigos dos povos orientais não são propriamente códigos jurídicos, mas códigos religiosos e morais, que, no entanto, se impunham coativamente, mediante sanção, em vista do conúbio religião-moral-direito.

Uma pesquisa sociológica sobre o direito natural, com o conhecimento das leis mais antigas do mundo, viria apenas provar que o direito em tela se restringia a determinadas normas sobre a conservação da vida, o respeito à religião, o cumprimento de certos preceitos sobre o casamento e a propriedade.

“Que significava, primitivamente, o direito natural?

Uma regra inscrita em a natureza humana, visando ao bem e ao justo absolutos, à honestidade”.¹⁴

Essa é, na verdade, a doutrina esposada por São Paulo, afirmando que os pagãos podiam cumprir certas normas emanadas de Deus, em vista de uma lei escrita em seu coração.¹⁵

O problema não é simples, pois implica, antes de tudo, uma posição filosófica de quem o enfrenta. Por isso, KELSEN, estudando a questão, começa por estabelecer a dicotomia da natureza e da justiça, o contraste do valor e da religião, do *ser* e do *dever ser*.

Afirma KELSEN que a norma de direito natural vale em virtude de seu conteúdo interno, por ser boa e justa, enquanto a norma de direito positivo tem validade por ter sido elaborada de certa maneira, estabelecida por uma autoridade, e deve exercer-se mediante determinadas condições. Estas se realizam no Estado, que é “a forma perfeita do direito positivo”.

11) HENRI ROMMEN, ob. cit., ibidem.

12) HENRI ROMMEN, idem.

13) CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, pág. 162.

14) JEAN DABIN — *Théorie Générale du Droit*, Bruxelles, 1944, pág. 218.

“A norma de direito natural realiza-se por si mesma”, sem coação, sem as aludidas condições. O direito natural prescinde do ordenamento do Estado.

Para Kelsen, portanto, as normas de direito positivo valem, não porque procedem de Deus, da razão ou de um princípio de absoluta bondade, mas porque foram legisladas de certa maneira e impostas coativamente por uma autoridade.

O direito natural, “em desacôrdo com sua própria idéia, acaba, finalmente, por converter-se em obra humana, pois a sua inevitável aplicação ao caso concreto, a sua individualização, é, necessariamente, uma positivização”.¹⁶

A conclusão kelseniana, como se pode notar, encontra-se no plano geral do *normativismo*, para o qual o direito, se não está inteiramente nas leis positivas, pelo menos só nelas se realiza efetivamente.

Na verdade, o homem primitivo não tinha noção do que era *natureza* humana, compreendendo-a sob o aspecto físico ou material, um sentido amplo, tão amplo que se identificava com o cosmos. Era a *natureza* que estabelecia o ordenamento do equilíbrio dos mundos, o crescimento dos vegetais, a órbita dos astros, os fenômenos comuns da vida vegetativa e sensitiva.

O conceito tradicional afirma que os característicos do direito natural decorrem da natureza humana. Sendo esta idêntica e invariável em todos os homens, os seus preceitos têm um valor universal e imutável, apesar da diversidade dos meios geográficos, das culturas e civilizações. Além disso, a natureza não pode enganar-se ou enganar-nos e seus preceitos têm valor certo, não sendo passíveis de discussão.¹⁷

ARISTÓTELES, que deu novo rumo ao pensamento grego, é considerado o “pai do direito natural”, estabelecendo a distinção entre o justo, segundo a natureza e o justo, segundo a lei, sendo que a justiça é, para êle, uma virtude, um impulso, uma vocação, um estado imanente ao homem. E a justiça tende a realizar-se no direito, que é a expressão da lei positiva. Na verdade, a lei natural não está além do direito, mas existe nêle

15) Epístola aos Romanos, II, 15, Novo Testamento, trad. do pe. Matos Soares, Pôrto, 1946.

16) HANS KELSEN — La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.

17) JEAN DABIN, ob. citada, pág. 209.

e nêle se realiza, pois "o direito positivo deve ser a realização da lei natural, porque é a aplicação da idéia universal de justiça às circunstâncias concretas da vida".¹⁸

É o direito natural "que dá ao direito positivo seu sentido, sua finalidade e sua base ética normativa".¹⁹

Fundamentado nêsses princípios é que ARISTÓTELES vem a estabelecer a eqüidade, que procura realizar o sentido da justiça, em si abstrata, em cada caso particular.

Mais tarde, são os estóicos que, aproveitando o material preparado pelos gregos, se aproximam do conceito cristão do direito natural, dizendo que o homem deve viver na virtude, sendo a virtude a reta razão e sendo esta a lei geral da natureza.

Entretanto, neste ponto dêste pequeno ensaio, depois de haver manuseado alguns autores, buscando dados concretos e bases sólidas para uma conclusão, sentimos que o problema da origem do direito natural continua pôsto do mesmo jeito. É evidente que não nos interessa aqui falar da evolução histórica do conceito do direito natural, mas da sua origem. Dados concretos? Cremos não existirem. Documentos? Não é possível. Pesquisas sociológicas? Estas valeriam para mostrar os multiformes aspectos do estado social do homem.

De onde se origina o direito natural?

Arriscamo-nos a uma conclusão simples, pôsto deva ser a conclusão lógica: o direito natural origina-se da natureza humana. Natureza humana social. Natureza humana submetida a normas e deveres de realização do destino. Fora disso, o estudioso terá de negar, lògicamente, o direito natural. E diria: não há direito natural, não há justiça, não há consciência moral no homem. Há egóismo, há fôrça, há prepotência.

Mas isso seria a negação do homem, e, por conseguinte, do direito.

O direito só existe porque existe o homem.

E porque o homem é um ser racional.

18) HENRI ROMMEN, ob. cit., pág. 35.

19) Idem, ibidem.

BIBLIOGRAFIA

- (1) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité Antique*.
- (2) VICTOR CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, Madrid, 1950.
- (3) ROBERT REDSLOB, *Traité de Droit des Gens*, Recueil Sirey, 1950.
- (4) HENRI AHRENS, *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie de Droit*, Leipzig, 1869.
- (5) J. OUDOT, *Premiers Essais de Philosophie du Droit*, Paris, 1846.
- (6) GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1953.
- (7) RODOLPHE DARESTE, *Etudes d'Histoire du Droit*, Paris, 1889.
- (8) W. BELIME, *Philosophie du Droit ou Cours d'Introduction à la Science du Droit*, 1869.
- (9) ALPHONSE BOISTEL, *Cours Elémentaire de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, Paris, 1870.
- (10) HENRI ROMMEN, *Le Droit Naturel*, Egloff, Paris, 1945.
- (11) JEAN DABIN, *Théorie Générale du Droit*, Bruxelles, 1944.
- (12) *Biblia Sagrada*, tradução de pe. Matos Soares, 1946, Pôrto.
- (13) HANS KELSEN, *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946.
- (14) LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del Derecho*, Casa Editorial, Barcelona, 1953.
- (15) LUIS RECASENS SICHES, *Los Temas de la Filosofia del Derecho*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1934.