
A CONSAGRAÇÃO POSITIVA DOS DIREITOS NATURAIS E FUNDAMENTAIS DO HOMEM.

1. Considerações Iniciais

Não há como negar que os ordenamentos jurídicos contemporâneos, como produto do movimento constitucionalista desenvolvido desde o fim do século XVIII, conferem especial importância ao direito positivo.

Por outro lado, é de constatar-se também que a ordem constitucional positiva, na verdade, revela-se como o reconhecimento formal de valores, os quais já eram consagrados desde a antigüidade.

Os chamados direitos Fundamentais são exemplos transparentes de que os direitos Naturais do homem, ou seja, aqueles inerentes à sua própria natureza, são reconhecidos pelo direito positivo.

Muitas vezes, faz-se a distinção entre direitos do homem e direitos Fundamentais, afirmando-se que os primeiros são direitos válidos para todos os povos, e em todos os tempos, enquanto os segundos são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.⁴

Ora, esta diferenciação, por si só, permite afirmar que o direito positivo, naquilo que tem de mais essencial, está a consagrar direitos Naturais.

Para efeito de nossas considerações, é de analisar-se em que medida os direitos Fundamentais realizam os direitos inerentes ao homem e qual a opinião da doutrina diante da afirmação de que os direitos Fundamentais, corolário básico do Estado de Direito, acabam por institucionalizar, ou melhor, constitucionalizar os direitos Naturais do indivíduo.

2. O Direito natural e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão

Os direitos Humanos assumem, em face do momento político por que passa o mundo, uma importância primordial, a tal ponto que tanto teóricos do direito Natural quanto positivistas entendem ser o ponto principal dessa matéria o reconhecimento e proteção dos direitos do homem.⁵

Como ensina NILTON BUSSI:

“Com a marca do jusnaturalismo, a Carta Constitucional Americana, a Magna Carta inglesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (de inspiração francesa) proclamaram o conjunto dos chamados direitos Naturais e imprescritíveis do homem e do Cidadão, tais como: a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão, pro-

⁴ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Curso de Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1992, p.529.

⁵ BUSSI, Nilton. Os Fundamentos éticos do direito e o problema do Direito natural, *Revista Jurídica*, Curitiba, v.08, n.06, p.135, 1992.

curando opor ao Estado os direitos Fundamentais do homem e a sua eterna busca da felicidade.”⁶

E, cuidando desse assunto, afirma NORBERTO BOBBIO: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”⁷

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi promulgada em Paris, em 1948, ampliou, de forma significativa, os direitos do homem proclamados nas anteriores Declarações. Além dos direitos civis e políticos, foram também reconhecidos direitos sociais, econômicos e culturais.

Tal Declaração constitui rica e significativa interpretação dos compromissos e das obrigações internacionais relativas aos direitos Naturais. O respeito aos direitos Fundamentais do homem, traduz-se, modernamente, nos direitos humanos de personalidade, indispensáveis ao ser enquanto pessoa digna de respeito e com a plenitude de suas potencialidades físicas e intelectuais.⁸

Assim, numa primeira e superficial análise, é de dizer-se que a evolução dos tempos levou a uma inquestionável necessidade de serem reconhecidos estes direitos, uma vez que eles restam inerentes à própria natureza humana.

Vale notar, entretanto, que ainda há governos reprimindo as liberdades fundamentais, assim, morrem milhares de cidadãos de fome; e tantos outros são restringidos nos seus direitos mais elementares, como por exemplo a liberdade de expressão ou a liberdade religiosa.

Isso faz crer que há muito o que se progredir em termos materiais e culturais para que a civilização atinja um grau mínimo de humanidade.⁹

E desse modo, os direitos Fundamentais tomam razão de ser, no contexto da moderna doutrina jurídica, pois que a maioria das Cartas Constitucionais explicita e assegura os direitos civis e políticos, além dos direitos sociais, econômicos e culturais; todos eles direitos humanos fundamentais, constitucionalmente positivados.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, mas, sim, descobrir qual o modo mais seguro para garanti-los, a fim de impedir que, muito embora as solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹⁰

3. O Direito natural e os direitos Fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

Como ensina IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, o direito positivo seria composto por duas grandes ordens normativas: a primeira, abrangendo as normas essenciais ou primárias, fundadas no direito Natural e que, portanto, cabe ao Estado ape-

⁶ BUSSI, *Ibid*, p. 137-138.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campos, 1992, p.24

⁸BUSSI, Nilton, *op. cit.*, p. 138.

⁹ *Ibid*, p. 137.

¹⁰ Conferir o que diz, a esse respeito, BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p.25 e ss.

nas reconhecer; e a segunda, englobando as normas periféricas ou secundárias, próprias do poder criador do Estado.¹¹

Como exemplo das primeiras, teríamos aquelas concernentes aos direitos Fundamentais do homem (direito à liberdade, à vida, ao trabalho, à propriedade, à procriação e à educação dos filhos, etc.); em relação às segundas, encontramos, por exemplo, a forma ideal de governo, a organização do Estado, etc.¹²

Como é possível notar, ao observar o título II da Constituição Federal brasileira, os direitos Fundamentais constituem o núcleo daquilo que é considerado essencial aos homens enquanto indivíduos e cidadãos.

E, novamente citando os ensinamentos de IVES GANDRA MARTINS FILHO¹³, é de afirmar-se que, sendo o direito Natural legitimador do direito positivo, no que concerne aos princípios básicos da vida em sociedade, sempre que os direitos Fundamentais são violados pelo direito positivo, os resultados acabam por ser nocivos à sociedade.

Assim, direitos como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à alimentação e à habitação são pressupostos naturais do homem enquanto ser individual. E, de um outro prisma, direitos como o direito à educação, ao trabalho, ao lazer, à eleição e à segurança são inerentes ao ser humano enquanto ser social.¹⁴

Não será legítima uma ordem constitucional que não assegure tais direitos, pois, apesar de o bem comum da sociedade dever estar acima do interesse particular de cada indivíduo, os direitos do indivíduo, aqueles que são fundamentais e inalienáveis, não podem ser olvidados pelo Estado.

Isso porque o Estado, ao proceder às naturais restrições que o convívio social impõe, não pode ultrapassar os direitos básicos que o ser humano possui.¹⁵

O respeito aos direitos Fundamentais do homem reflete-se também nos chamados direitos Humanos, indispensáveis ao ser enquanto pessoa digna de respeito. A Carta das Nações Unidas, com o passar dos anos, empenhou-se em proteger os direitos Fundamentais como direito costumeiro mundial, de obrigatória observância por parte de toda comunidade internacional.¹⁶

Uma teoria do justo seria meramente especulativa se não oferecesse ensejo para que pudessem ser efetivados e garantidos seus princípios e fundamentos. A sociedade justa deve ser construída sobre pressupostos naturais, o que facilita a sua aceitação e assimilação por todos os povos, uma vez que o homem, como centro de seu estudo, há de ter reconhecido os direitos milenares que lhe são próprios.¹⁷

¹¹ Cf. Idéia também desenvolvida pelo seu pai Ives Gandra MARTINS, A nova constituição e o Direito natural, *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 07, n.26, out./dez. 1983, p.153

¹² MARTINS FILHO, Ives Gandra, O Direito Natural. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v.01, n.01, p.24, mar.1991

¹³ Ibid, p. 27.

¹⁴ MARINHO, Inezil Penna. **O Direito natural como fundamento de uma teoria do direito Justo e Os pressupostos de uma sociedade justa**, Brasília : Instituto de Direito Natural, 1979, p. 51.

¹⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo** : Direito natural, democracia e jurisprudência, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992, p.79.

¹⁶ BUSSI, Nilton, op. cit., p.137.

¹⁷ MARINHO, Inezil Penna, op. cit., p.48.

A sociedade justa caracteriza-se por estar estruturada de forma a assegurar a cada membro o mínimo de que ele carece, individual e socialmente, não apenas para sobreviver, mas também para viver condignamente.¹⁸

O professor INEZIL PENNA MARINHO¹⁹, muito dedicado ao estudo dos direitos Naturais, afirma que, como ser individual, o ser humano deve ter protegido os seguintes direitos:

Direito à Vida- ninguém pode matar outrém; não será admitida pena de morte, nem qualquer forma de tortura, assegurando-se a todos a sua integridade física.

Direito à Liberdade- é garantido não apenas o direito de ir e vir, mas também o direito de expressão da palavra escrita ou falada e o de ter a religião que julgar melhor.

Direito à Alimentação- ninguém deverá morrer de fome ou sede, e os carentes de recursos terão a sua subsistência assegurada pelos demais membros da comunidade.

Direito à Habitação- o homem da cidade tem direito ao teto e o homem do campo tem direito à terra, de tal forma que a família fique protegida das intempéries.

E continua ensinando o ilustre professor: “ao homem, como ser social, devem ser assegurados os seguintes direitos”:

Direito à educação - o direito de ser alfabetizado será assegurado e o analfabetismo será combatido compulsoriamente.

Direito ao trabalho e ao lazer- o trabalho é obrigatório, sendo as profissões de livre escolha e respeitado o seu exercício. O direito ao lazer será legalmente protegido.

Direito à eleição- o direito de eleger e ser eleito será assegurado a todos os membros da comunidade.

Direito à segurança- a família e a propriedade serão preservadas de qualquer violência ou esbúlio e garantidas como instituições indispensáveis ao equilíbrio social.

Dessa forma, caberá ao Estado exercer sua autoridade para garantir aos membros da sociedade o que a Constituição lhes assegura, porém, como afirmou o Ministro MOREIRA ALVES²⁰, citando palavras de LOEWENSTEIN, por ocasião da instalação da Assembléia Constituinte em 1987:

“A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos Fundamentais econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza; não pode trazer comida, nem casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, ou seja, as necessidades essenciais da vida.”²¹

Conclusões

¹⁸ Ibid, p.49.

¹⁹ MARINHO, Inezil Penna, op. cit., p.49-50.

²⁰ Ministro do Supremo Tribunal Federal e, à época, presidente desta Corte.

²¹ MOREIRA ALVES, Instalação da Assembléia Nacional Constituinte, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n.93, p.8-9, jan./mar. 1987.

Com efeito, a lei constitucional não tem o condão de alcançar, por si só, o ideal de justiça que a sociedade almeja.

Apesar de todas as teorias que defendem a auto-aplicabilidade dos direitos Fundamentais na Constituição e do próprio texto da Carta Magna brasileira de 1988 que, no seu art. 5º, § 1º, consagra que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, é de ressaltar-se a importância da atividade jurisprudencial, que, não raras vezes, utiliza-se de princípios de direito Natural como guias de interpretação e aplicação da norma positiva.

Muitas vezes, até mesmo os mais fervorosos positivistas esbarram em situações nas quais se torna necessário encontrar fundamento para a norma Constitucional na chamada 'norma fundamental' que, em última análise, é nada mais do que o conjunto de princípios de direito Natural que informa a própria gênese da Constituição.

Nesse sentido, a lição do próprio KELSEN dá razão para tais cogitações: "É verdade que a norma fundamental não é uma norma de direito positivo e, neste ponto, está a única semelhança entre a teoria da norma fundamental e a teoria jusnaturalista."²²

Porém, tal entendimento não é unânime, nas diversas doutrinas acerca do tema, mas deve ficar claro que sempre haverá valores não pertencentes à estrita legalidade positivista que informarão a conduta dos legisladores e julgadores os quais jamais poderão ficar distantes daqueles princípios que condicionam regras básicas de comportamento.

Pela história, observa-se que as civilizações que acabaram, por um motivo ou outro, não observando essas regras básicas de convívio findaram por desintegrarem-se.

O descompasso entre o direito positivo e o direito Natural, no que tange aos direitos básicos do ser humano, faz com que a ordem jurídica positiva perca a sua legitimidade, uma vez que a justiça não encontra terreno para projetar-se.²³

Dessa forma, é de concluir-se com a afirmativa de que sem o direito Natural, e sua idéia primordial de justiça, não há Estado de Direito, nem tampouco garantia aos direitos Fundamentais, pois que a submissão do Estado à ordem jurídica, com a efetiva garantia dos direitos Humanos, só é verdadeiramente eficaz reconhecendo-se um critério objetivo do justo, que transcende o direito positivo e do qual este depende.

E, assim, a evolução do pensamento jurídico deve encaminhar-se no sentido de admitir que do Direito Natural - expressão jurídica da ordem da qual dimana o critério de justiça para os governantes, legisladores e juízes - depende todo o ordenamento jurídico positivo, pois que, do contrário, ficaremos sob a estrita submissão das arbitrariedades (e conseqüentes atrocidades) que o poder dos homens é capaz de criar.

Pois que a realização da Constituição sai da esfera estritamente jurídica e desloca-se para uma esfera, na qual não mais se discute tão somente a consagração positiva dos direitos, mas, também, a medida de eficácia de tais direitos no plano concreto. Torna-se imprescindível o empreendimento estatal no sentido de construir uma infraestrutura social que permita o pleno exercício dos direitos constitucionalmente assegurados.

E, nas sábias palavras de JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA:

²² KELSEN, Hans, KELSEN, Hans. **A justiça e o direito Natural**. Título Original: Das Problem der Gerechtigkeit. Tradução de João Batista Machado, Coimbra : Arménio Amado editor, 1979, p. 169.

²³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do direito positivo** : Direito natural, democracia e jurisprudência, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1992, p. 280 e 283.

“Ou a razão do Direito e da Justiça reside num princípio superior à vontade dos legisladores e decorrente da própria natureza humana, ou a ordem jurídica é simplesmente expressão da força social dominante.”²⁴

*Christine da Costa Oliveira**

*Aluna de graduação do Curso de Direito da Universidade de Brasília.

²⁴ JORNADAS BRASILEIRAS DE DIREITO NATURAL (1. : 1977 : São Paulo). O estado de direito / Primeiras Jornadas Brasileiras de Direito Natural, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p.06-07.