



Série
Filosofia & Interdisciplinaridade

20

José Henrique Sousa Assai

Filosofia e Direito:
*a mediação racional como
paradigma jusfilosófico*

Φ editora fi



A relação entre a Filosofia e Direito é fundamental, só que ela está se perdendo. O sistema jurídico atual parece não ficar preocupado com uma referência filosófica. Assim, a gente chega até a famosa identificação entre o Direito e a Lei. Uma identificação perigosa. Assim o Direito fica castrado, morto e embalsamado. E ainda pior – a integração normativa não se questiona. Fica dentro do que hoje estamos chamando do positivismo. Só que o positivismo não é uma postura científica, mas uma postura ideológica, para repetir as palavras do Lyra Filho. E o argumento para provar isso pode ser histórico. Podemos nos lembrar da herança aristotélica sobre o Direito. Aqui a referência é a própria palavra *phronesis*, que na tradição latina vai ser traduzida como prudência, incluindo jurisprudência. *Phronesis* é o nosso raciocínio prático cujo interesse é aplicar as premissas gerais numa situação particular, sem questionar as próprias premissas. Aristóteles não questiona as premissas nem na discussão sobre a ética. São costumes que articulam a ética e não o questionamento deles. Obviamente essa herança determina um forte aspecto conservador do Direito. Ficar dentro de um procedimento coerente e não questionar as premissas, chegando assim, talvez, até a justiça e a verdade é o que caracteriza o Direito. Por isso uma abertura filosófica pode talvez superar os limites do direito.

Filosofia e Direito:
*a mediação racional como
paradigma jusfilosófico*

Comitê Científico da Série Filosofia e Interdisciplinaridade:

1. Agnaldo Cuoco Portugal, UNB, Brasil
2. Alexandre Franco Sá, Universidade de Coimbra, Portugal
3. Christian Iber, Alemanha
4. Claudio Goncalves de Almeida, PUCRS, Brasil
5. Danilo Marcondes Souza Filho, PUCRJ, Brasil
6. Danilo Vaz C. R. M. Costa (UNICAP)
7. Delamar José Volpato Dutra, UFSC, Brasil
8. Draiton Gonzaga de Souza, PUCRS, Brasil
9. Eduardo Luft, PUCRS, Brasil
10. Ernildo Jacob Stein, PUCRS, Brasil
11. Felipe de Matos Muller, PUCRS, Brasil
12. Jean-Fraçois Kervégan, Université Paris I, França
13. João F. Hobuss, UFPEL, Brasil
14. José Pinheiro Pertille, UFRGS, Brasil
15. Karl Heinz Efken, UNICAP/PE, Brasil
16. Konrad Utz, UFC, Brasil
17. Lauro Valentim Stoll Nardi, UFRGS, Brasil
18. Michael Quante, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
19. Migule Giusti, PUC Lima, Peru
20. Norman Roland Madarasz, PUCRS, Brasil
21. Nythamar H. F. de Oliveira Jr., PUCRS, Brasil
22. Reynner Franco, Universidade de Salamanca, Espanha
23. Ricardo Timm De Souza, PUCRS, Brasil
24. Robert Brandom, University of Pittsburgh, EUA
25. Roberto Hofmeister Pich, PUCRS, Brasil
26. Tarcílio Ciotta, UNIOESTE, Brasil
27. Thadeu Weber, PUCRS, Brasil
28. Marcia Andrea Bühring



Série
Filosofia & Interdisciplinaridade

20

José Henrique Sousa Assai

Filosofia e Direito:
*a mediação racional como
paradigma jusfilosófico*

Porto Alegre
2015

Φ editora fi

Direção editorial: Agemir Bavaresco
Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni
Ilustração de capa: Salvator Rosa (1615–1673) - Demócrito e Protagora



Todos os livros publicados pela
Editora Fi estão sob os direitos da
Creative Commons 3.0
<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/br/>

Série Filosofia e Interdisciplinaridade - 20

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ASSAI, José Henrique Sousa.

Filosofia e Direito: a mediação racional como paradigma
jusfilosófico [recurso eletrônico] / José Henrique Sousa Assai --
Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2015.
157 p.

ISBN - 978-85-66923-51-3

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia do direito. 2. Moral. 3. Filosofia Política
4. Estado 5. Jusfilosófia. I. Título. II. Série.

CDD-172

Índices para catálogo sistemático:

1. Ética política 172

Apresentação

A relação entre a Filosofia e Direito é fundamental. Só que ela está se perdendo. O sistema jurídico atual parece não ficar preocupado com uma referência filosófica. Assim, a gente chega até a famosa identificação entre o Direito e a Lei. Uma identificação perigosa. Uma ideologia, como fala Roberto Lyra Filho no seu brilhante livro sobre o que é o Direito. Assim o Direito, diz ele, fica castrado, morto e embalsamado. E ainda pior – a integração normativa não se questiona. Fica dentro do que hoje estamos chamando de positivismo. Só que o positivismo não é uma postura científica, mas uma postura ideológica, para repetir as palavras do Lyra Filho. E o argumento para provar isso pode ser histórico.

Podemos nos lembrar da herança aristotélica sobre o Direito. Aqui a referência é a própria palavra *phronesis*, que na tradição latina vai ser traduzida como prudência, incluindo jurisprudência. *Phronesis* é o nosso raciocínio prático cujo interesse é aplicar as premissas gerais numa situação particular, sem questionar as próprias premissas. Aristóteles não questiona as premissas nem na discussão sobre a ética. São costumes que articulam a ética e não o questionamento deles. Obviamente essa herança determina um forte aspecto conservador do Direito. Ficar dentro de um procedimento coerente e não questionar as premissas, chegando assim, talvez, até a justiça e a verdade é o que

caracteriza o Direito. Por isso uma abertura filosófica pode talvez superar os limites do direito.

Desde o início a gente vê uma inclusão forte do direito nas questões da filosofia prática. A gente tem que se lembrar dessa inclusão do Direito na metafísica. Direito fica ligado a filosofia desde o início. Talvez essa inclusão não chega longe, como mencionei rápido falando sobre Aristóteles, mas ela tem que nos provocar. Por que a gente se livrou dessa herança, terminando no positivismo?

É uma experiência moderna. Ligada talvez as perspectivas científicas da transparência moderna; mas a filosofia volta, num momento, como a metafísica. É o contexto kantiano da discussão. Nesse âmbito das perguntas sobre o conhecimento, Kant, como ele afirma, acordou do sonho dogmático. Se, no caminho empírico, não podemos chegar até o conhecimento universal, temos que pensar outra alternativa saindo do sujeito, que, por sua vez, pensa o mundo saindo da própria estrutura. Desse modo, com essa nova pergunta sobre os juízos sintéticos *a priori* – com a qual começa a primeira crítica kantiana – chegamos até a idéia da subjetividade constitutiva. Penso que assim se abre a modernidade filosófica: o sujeito como a base do conhecimento e não mais o mundo. A palavra sujeito ainda não apareceu em Descartes. A virada para o sujeito ainda não aconteceu com a filosofia cartesiana.

Kant entende, inclusive, que essa virada aconteceu já na própria ciência natural. Os laboratórios científicos são os exemplos da possibilidade do conhecimento sem o apoio da experiência. Parece que Descartes não só não entendeu a filosofia, como também não entendeu a ciência. A ciência, segundo Kant, já afirma a subjetividade constitutiva e, por isso, ela se tornará seu guia na primeira crítica. A ciência é ainda um interlocutor sério para Kant. Teríamos que perguntar por que Hegel não quer mais nenhum diálogo com a ciência, porém isso é outra perspectiva. Nesse patamar, queria apenas relacionar Kant com a articulação da subjetividade moderna e constitutiva.

Kant nos mostrou que a questão sobre o mundo inclui a questão sobre o sujeito. A questão sobre o mundo é, poderíamos dizer uma específica autorreflexão do sujeito.

Isso, porém, não é tudo. Trata-se de algo muito mais importante o que poderíamos chamar de uma nova compreensão da filosofia. Poderíamos de novo voltar aos gregos para entender a alternativa kantiana. Os gregos perguntaram-se sobre o mundo e achavam que ele não se abre somente para ciência, para física, por exemplo. A verdade do mundo é mais profunda e se abre para a metafísica. Filosofia é a metafísica. É esta a herança grega: a metafísica que supera a ciência. Poderíamos pensar sobre isso em nosso mundo dominado pela ciência. Ele não se confronta imediatamente com a idéia da filosofia como conhecimento. Por isso, a ciência acompanha todo o caminho da *Crítica da Razão Pura*. Mas, nas últimas páginas deste livro, nos limites da teoria Kant coloca a questão decisiva: podemos pensar teoricamente sobre tudo? A questão da liberdade, por exemplo, é uma questão teórica? A resposta kantiana é negativa. Sobre a liberdade não temos nenhuma certeza teórica. A razão teórica nos deixa com as dúvidas pensando a liberdade no contexto da teoria. A questão da liberdade, por isso, não é uma questão do teórico, mas do prático. Aqui começa a segunda crítica kantiana, a *Crítica da Razão Prática*. Ela trata da questão da liberdade. A filosofia supera nesse momento toda sua história, em que ficou ligada com a teoria e com o conhecimento. A filosofia não é (só) a teoria, mas também é a experiência do prático. A filosofia é o pensamento da liberdade. Pela primeira vez na história da filosofia, afirma-se a primazia do prático. Essa será a grande inspiração para Marx. O mundo não é apenas o mundo do dado, do sistema capitalista, por exemplo, mas é a possibilidade do novo. Aqui a questão do novo é a questão da liberdade humana. O Direito é a continuação dessa história no sentido da pergunta sobre a liberdade externa.

Finalmente é só um exemplo da discussão. Hoje temos que repensar a crítica do positivismo dentro de uma crítica da metafísica também. Um dos exemplos dessa possibilidade poderia ser Habermas, por exemplo. Ele critica o direito moderno que em lugar de promover a liberdade apoia, no sentido cada vez mais explícito, a colonização do mundo. Somos testemunhas dessa perspectiva. Por isso, o Direito tem que repensar os seus pressupostos, mas os pressupostos ficam dentro de uma relação fundamental, como falei, entre a filosofia e o direito. Disso não podemos esquecer querendo, como pensa Kant, chegar até nós mesmos. O livro de José Henrique Sousa Assai é um belo exemplo neste caminho.

Miroslav Milovic

Sumário

1. Introdução	13
2. E o Direito “tem” Filosofia?	17
2.1 A fundamentação de caráter racional na organização da polis grega	23
2.2 A comunidade sofista: da fundamentação mítica à logocêntrica	24
2.3 A Principiologia normativa jusfilosófica no período antigo: a teoria da Justiça aristotélica.....	28
2.3.1 A virtude enquanto princípio da Justiça.....	29
2.3.2 Ética e Justiça: uma “simbiose” normativa.....	31
2.3.3 A teoria do Estado em Platão	35
3. O cenário metafísico-religioso no período medievo	41
3.1 Jusfilosofia medieval: Deus como princípio jusfilosófico	46
3.2 A liberdade em Agostinho.....	47
3.3 A concepção política aquineana	50
3.4 Movimento pós-tomista: o jusnaturalismo	55
3.4.1 Hugo Grócio (1583 – 1645).....	56
3.4.2 Samuel von Pufendorf (1632 – 1694).....	59

4. O movimento jusfilosófico da modernidade ao início do século XX.....	63
4.1 A Jusfilosofia hobbesiana	66
4.2 A tradição liberal em Locke	79
4.3 A concepção nomológica de Montesquieu	93
4.4 Do Estado de natureza à sociedade civil: breves reflexões do pensamento rousseauiano	97
4.5 A Fundamentação filosófico-jurídica em Immanuel Kant.....	108
4.5.1 O “Esclarecimento” (Aufklärung) como maximização do paradigma racional jusfilosófico.....	109
4.5.2 Saber ético.....	110
4.5.3 A concepção filosófica no Direito kantiano.....	116
4.6 Direito Privado.....	119
4.7 Direito Público.....	129
5. Stuart Mill: liberdade enquanto metaprincípio	136
6. Filosofia e Constituição em Ferdinand Lassale ...	144
7. Referências	150

Filosofia e Direito:
a mediação racional como paradigma jusfilosófico

1

Introdução

Hodiernamente estamos diante de um fato irrefragável no atual contexto acadêmico jurídico brasileiro: o revigoramento das ciências prolegomênicas (re) define uma nova compreensão da/na Ciência do Direito, saber esse que se solidifica, primeiramente, na atenção fundamental às ciências humanas particularmente a Filosofia e Sociologia; e, em segundo lugar, na tarefa de aprofundar o dilemático êxodo paradigmático da filosofia da consciência à ontologia-hermenêutica ou à virada lingüística que traz corolários significativos à área jurídica, principalmente quando tal “migração” jusfilosófica atinge a reflexão da tomada(s) de decisão (ões) por parte do poder Judiciário.

Acompanho, por outro lado, em minha experiência acadêmica, certo grau de dificuldade quando dialogamos com o saber curricular da Filosofia do (no) Direito, pois para alguns a jusfilosofia é prefaciada por “uma matéria chata, sem nada relevante para o Direito ou para coisa alguma”. É essa a frase que comumente se escuta, aqui e acolá. Por outro lado, há necessidade de visitar os temas jusfilosóficos por sua própria atividade de

justificação/orientação de normas na esfera sócio-jurídica, pois os mesmos predicam a própria ação de fundamentar/justificar os princípios que orientam a(s) norma(s) de vida prática. Diante de tal cenário epistemológico, soergue-se um questionamento de caráter transcendental (condição de possibilidade de conhecimento) a respeito da importância da Filosofia, ou seja, se há condições de possibilidade para conhecermos a imbricada relação entre Direito e Filosofia e, nesse sentido, sua validade e contribuição para a vida prática, isto é, às questões do mundo vivido. Tal construção temática – Filosofia e Direito – não fora construída originalmente, como poderíamos pensar, na modernidade, porém é oriunda de uma tradição filosófico-jurídica, sob o ponto de vista do ocidente, que remonta desde os primórdios da civilização greco-romana. Levando-se a sério as anteriores proposições, é que evocamos o nosso repto, a saber: promover o diálogo no interior do saber filosófico acerca das questões que dizem respeito à ordem juspolítica-jurídica, isto é, apresentar os principais paradigmas filosóficos, e porque não dizer epistemológicos também, que orientam o saber teórico-prático ancorado em princípios. Sim, a partir de tais pressupostos, a Filosofia do Direito é entendida enquanto ação crítico-reflexiva de justificação das normas no reino da facticidade (o indivíduo se depara com a realidade “sem escolhê-la”), ou seja, trata do fator fundante de normas; por outro lado, Filosofia no Direito é a pura reflexão do saber filosófico na esfera jurídica.

A proposta deste livro é, por um lado, auxiliar, especialmente o discente, no processo de “despreconceituação” que muitos acadêmicos possuem ao se deparar no Curso de Ciência Jurídica com o referido conteúdo curricular – Filosofia do (no) Direito – em face de que o mesmo é considerado como elemento temático periférico por muitos; e, por outro, postular tematicamente

as questões fundamentais da Filosofia do (no) Direito sob o ponto de vista de paradigmas e princípios calcados no pressuposto racional (logocêntrico) de cada filósofo aqui pesquisado; para tal intento, lançaremos mão do auxílio de alguns filósofos a partir de suas respectivas obras, pois não poderíamos – pretensão demasiadamente elevada – exaurir a potencialidade epistêmica de todos os filósofos do ocidente. E é nesse sentido que tentaremos apresentar, nesse livro, apenas “alguns” filósofos e não “todos”.

Este livro é oriundo de pesquisas iniciadas em sala de aula e, portanto, ele traz consigo a proposta metodológica de uma leitura tangível, sem o “juridiquês” e o “filosofês” complexos e verborrágicos que dificultam amiúde o processo de ensino-aprendizagem e obliteram o entendimento: é esse o escopo fundamental da presente pesquisa que se traduz agora em um livro de orientação prática principalmente ao discente do Direito e das Ciências Humanas de maneira mais geral. Pretendo realmente, por um lado, sem perder de vista o rigor semântico- jurídico adequado da Filosofia e dos jusfilósofos, propriedade intelectual a eles creditada e consolidada, contribuir para a realidade de nossos Cursos de Graduação em Direito no tocante ao processo de ensino-aprendizagem nas Ciências Jurídicas daquilo que podemos definir e compreender enquanto Filosofia do (no) Direito; e, por outro, também facilitar o entendimento, para o público interessado em geral, dos fundamentos do saber jusfilosófico compreendido na urdidura ocidental.

Tratando-se de um texto didático a respeito do legado filosófico como um saber que colabora com “o Jurídico”, procuramos articulá-lo a partir da historiografia já conhecida comumente. A partir dela, extrair uma ou mais obra(s) clássica(s) de cada filósofo e relacioná-la ao conhecimento da jusfilosofia; portanto, o presente livro não levanta a pretensão de consolidar-se enquanto “enciclopédia jusfilosófica” nem exaurir a teoria de cada

um dos filósofos aqui apresentados, porém ilustrar minimamente, tomando como referência a fisionomia histórica, a contribuição de cada filósofo ao conhecimento normativo, à vida regida por leis, princípios e normas.

2

E o Direito “tem” Filosofia?

[...] O julgamento desta ADI nº 3.510 [...] Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica. Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível. [...] Nesse sentido, são elucidativas as lições de Jürgen Habermas [...] Trago à tona as lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o princípio responsabilidade [...] Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do Professor Peter Häberle [...]¹

¹ A Jurisprudência, e não só nessa matéria da ADI 3510, tem explicitado amiúde a necessidade de sorver o saber jusfilosófico que auxilie o próprio Direito enquanto conhecimento de fundamentação na ordem prática. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar>. Acesso em 13 set. 2012.

O texto acima, exposto de modo fragmentado, diz respeito ao voto do ministro Gilmar Mendes – que julgou a ADI nº 3.510 para declarar a constitucionalidade do art.5 no tocante a Lei nº 11.105/2005 – e nele podemos rapidamente notar a imbricada relação entre saber filosófico e saber jurídico. Parece que tal relação de cunho heurístico não caducou; ao contrário, agudiza-se no momento em que se necessita encontrar fundamento (s) para e no agir humano. Como se lê no texto acima, a busca pela resolubilidade no que tange a tema tão problemático não ficou apenas ao ônus do labor “puramente” jurídico. Não! Notadamente é expressiva a contribuição da Filosofia no âmbito da judicialidade. E mais precisamente, diante de temas complexos para a urdidura filogênica (social), o Supremo Tribunal Federal tem recorrido amiúde e com muito vagar ao saber filosófico.

Caro (a) leitor (a), tomando por referência as premissas anteriores, você pode observar que estou me referindo à íntima relação entre Filosofia e Direito não só como Filosofia *do* Direito, mas enquanto Filosofia *no* Direito. E isto se deve ao fato de que a Filosofia não é um currículo, “vulgarmente” conhecido como “disciplina acadêmica”, periférico no Curso de Direito, porém que pode trazer uma ação crítico-reflexiva; ou seja, a Filosofia do Direito considera que o saber jurídico *já* apresenta em seu interior a reflexão, fundamento, acerca *daquilo que deve ser feito/pronunciado (sentenças etc.)* e a Filosofia no Direito é a *apropriação* do saber filosófico, enquanto saber crítico-reflexivo-hermenêutico, que contribua ao ordenamento ou pensar jurídico; isto, por sua vez, significa que a Filosofia no Direito necessariamente postula as cesuras

paradigmáticas do saber filosófico como, por exemplo, da filosofia da consciência à virada linguística. Tomando por referência tal cenário, procurarei “apenas” apresentar, neste livro, um dos grandes paradigmas imbricadores entre Filosofia e Direito, a saber: a filosofia do sujeito (ou da consciência) centrada na razão. Em resumo, tal *leitmotiv* (fio condutor) jusfilosófico significa afirmar que a razão consolidou-se na tradição filosófica como núcleo de sua pesquisa e, por conseguinte, também à pesquisa das questões jurídicas². Atualmente existem críticas pertinentes ao paradigma solipsista na esfera jurídica, mas tal questão não será abordada no presente livro. Por isso mesmo, a centralidade das discussões aqui radica-se na relação entre saber filosófico – predicado na razão – e a ordem jurídica entendida aqui enquanto “programa” normativo³ da estrutura filogênica (social).

Será que a pergunta “O que tem haver Filosofia com o (no) Direito?” é fora de contexto? Tal questionamento certamente surge no interior do currículo acadêmico pelo fato de se questionar o real teor axiológico

² Ressalto aqui as valiosas contribuições de Lenio Streck na pesquisa ontológica-hermenêutica do saber filosófico e sua relação com a hermenêutica constitucional, portanto, temas relativos ao saber da Filosofia do/no Direito. cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decidido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p. (Coleção O que é Isto? 1). _____. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 594 p.

³ Quando se trata do termo normativo não significa apenas estamentar normas, porém apresentar propostas resolutivas a problemas engendrados na ordem prática do cotidiano. Tal conceito, sem dúvida, encontra-se radicado, por um lado, na arquitetônica teórica deontica, isto é, do dever-ser (como as coisas devem ser para uma eficaz melhoria de sua fragilidade contextual) e, por outro, na proposta filosófica consequencialista (esta, por sua vez, leva em consideração as consequências da ação do sujeito social).

da Filosofia e, a partir de tal condição, se haveria possibilidade da mesma “servir” à Ciência Jurídica, isto é, estabelecer-se como um saber que apresente fundamento principiológico-normativo ao saber propriamente jurídico. Muitos, e especialmente alguns discentes, podem inquirir o fato da utilidade da Filosofia no Curso de Direito ser caduca. Já desde muito tempo acompanho o reclame de alguns alunos sobre tal questão e sou até, em parte, solidário aos “dissidentes”, pois a procedimentalização didático-pedagógica é orientada puramente a uma historiografia sem nenhuma relação com a facticidade que se presentifica no cotidiano e tal contexto metodológico dificulta o entendimento filosófico e sua contribuição para a realidade, no nosso caso aqui para o saber jurídico. Nesse caso, as aulas de Filosofia são apenas cesuras (pequenos recortes) de filósofos sem vínculo algum com a cotidianidade e, assim, tornando estéril a construção do saber filosófico enquanto saber crítico-reflexivo com o telos emancipador. Dessa maneira, concordo com a renúncia de muitos no interesse do saber filosófico. Por outro lado, se considerarmos a Filosofia enquanto saber que se ocupa de investigar problematicamente “o que parece óbvio” e, no interior dessa obviedade, ela interpõe um diálogo crítico-reflexivo que oriente o nosso entendimento para a práxis, aí, sim, podemos conceber a Filosofia como um saber que tem algo a contribuir para a sociedade. Nessa esteira, na tradição filosófica, e muitos filósofos, em suas pesquisas, têm colaborado em estabelecer qual (is) a (s) tarefa (s) da Filosofia e, nesse caso, percebe-se a relação indissociável entre Filosofia e mundo⁴.

⁴ Poderia citar muitos filósofos, mas por motivos didáticos reporto-me aos títulos que seguem só como exemplificação. Cf. HEGEL, Friedrich. **Sobre o Ensino da Filosofia**. Tradução de Artur Morão. Disponível em: <<http://www.lusosofia.net>>. Acesso em: 20 mai 2014. HABERMAS, Jürgen. Uma vez mais: a relação entre teoria e prática. In: _____. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução de

Sim, as coisas mundanas (relacionadas ao mundo vivido) não estão dicotomizadas do saber filosófico como se pode pressupor; pelo contrário, há a tentativa de superar tal binômio em face de novas abordagens epistemológicas da Filosofia e do entendimento atual sobre o ensino-pesquisa em Filosofia.

E, mais uma vez, e o Direito tem Filosofia? E se tem, para quê? De acordo com nossas pesquisas preliminares, acima delineadas, parece prudente a afirmação de que a Filosofia contribui **com** a sociedade – e não só **para** a sociedade – pois, assim, centra-se a questão na amálgama saber filosófico e realidade, e não apenas como uma atitude objetificadora, onde a Filosofia, do alto de suas conjecturas teoréticas olhasse o mundo e “de lá” apontasse aporeticamente como a realidade deveria ser, sem qualquer “territorialidade” temática, ou seja, inserção na mesma, contextualização no mundo vivido. Nesse sentido, o Direito, enquanto saber temático historicado na práxis, desde os seus primórdios no Ocidente, radicalmente situado na cultura greco-romana, reivindica para si a fundamentação como critério fundamental de sua lógica ordenadora e, por outro lado, a Filosofia, desde as suas atividades prolegomênicas na civilização grega, com a superação da pré-dica mítica, centrou, primeiramente, seu saber na racionalidade e, com base em tal aspecto epistêmico-metodológico, a fundamentação. Em segundo lugar, ainda no “reino da razão”, o saber filosófico clássico

Milton Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 313 – 327. Também ver: HABERMAS, Jürgen. A Filosofia como guardador de lugar e como intérprete. In: _____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 17 – 35. (Série Estudos Alemães). BERTRAND, Russell. **O Valor da Filosofia**. Tradução de Jaimir Conte. Disponível em: <<http://www.ateus.net/e-books/>>. Acesso em: 20 mai 2014. DE-LEUZE, Gilles. **O que é a Filosofia?** Tradução de Bento Prado Jr. São Paulo: Editora 34, 2010. 92 p.

também articulou uma reflexão do/no mundo a partir da compreensão da “razão” lingüística, ou seja, o pressuposto do evento lingüístico tornou-se também fulcral na pesquisa filosófica.

A tradição jusfilosófica do ocidente, desde o seu prolegômeno na Grécia e Roma antigas, percorreu mediante a transição do pensamento mítico ao logocêntrico, portanto, racional (capacidade do ser humano em pensar e agir a partir de si mesmo)⁵ para a investigação, busca e tentativa de solucionar as questões da vida prática, da ordem política, econômica, do Estado, do poder, da ordem normativa etc. Assim, chega-se a tênue inferência que a Filosofia colabora com o Direito no que tange à construção lógica (arqui) principal, isto é, na orientação questionadora dos fundamentos, galvanizados enquanto princípios e normas, que orientam a prática estrutura onto-filogênica (indivíduo e sociedade).

É consenso geral que foi na comunidade grega, a partir do estabelecimento da polis, que se têm notícias de um pensar jusfilosófico cunhado no ocidente. Jusfilosofia é muito mais do que propriamente conceituarmos sinonimamente “Filosofia do/no Direito”, porém é entender que naquilo que se postula por conteúdo do Direito – justiça, reconhecimento, tolerância, ordenamento

⁵ A contribuição kantiana, de cariz logocêntrica, e, portanto, racional, é significativa no tocante ao processo de autoentendimento do agir humano em detrimento às doutrinas compreensivas metafísico-religiosas. Nesse sentido, o projeto filosófico kantiano estabelece o critério racional, cognitivista, como fundamento do agir humano; e, enquanto fundamento, insere-se a temática jusfilosófica notadamente marcada pelos princípios ético-morais, por um lado, e normativos, por outro. Cf. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. 179 p. ver também. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 139 p. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

legal etc. – há de se predicar qual fundamento subjaz a tal composição jurídica e como ação reflexionante estabelecer novos jus-paradigmas (modelos fundamentais que se aglutinam a princípios normativos) na composição de uma determinada tradição histórica. Só que tais (jus) paradigmas e princípios foram sendo estabelecidos cognitivamente desde o “adeus” ao epistêmico processo de mitologização da Grécia antiga. Assim, a Filosofia do Direito, conhecida também por Jusfilosofia, leva a sério o critério racional do humano como fundamento de sua práxis normativa e, por isso mesmo, ao longo da tradição filosófica a justificação (enquanto fundamento) tornou-se o escopo fundamental da racionalidade ⁶. O legado da cultura grega foi o primeiro paradigma ocidental do uso da razão enquanto fundamento de sua história. Por isso mesmo, iniciaremos pela sociedade grega no que diz respeito ao saber jusfilosófico.

2.1 A fundamentação de caráter racional na organização da polis grega

Já na comunidade grega antiga o tema fundamental da Filosofia era a razão ⁷. Afirmar tal proposição é,

⁶ Sempre se creditou à Filosofia estudar o ser humano de diversas formas, mas o que subjaz a tal arquitetura é que o ser humano é visto como ser (essência) de justificação. O indivíduo precisa, em última instância, quando envolvido na facticidade (conjunto de fatos), justificar a sua ação. Cf. FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung: Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit**. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007. P. 9 – 20. Rainer Forst é atualmente professor de Teoria Política na Johann Wolfgang Goethe-Institut em Frankfurt. Com numerosas pesquisas sobre Filosofia Política e ancorado nos pressupostos da Teoria Crítica, Forst é também estudado pela Filosofia do Direito. Cf. FORST, Rainer. **Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse: Perspektiven einer Kritischen Theorie der Politik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2010.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Einleitung: Zugänge zur Rationalitätsproblematik. In: _____. **Theorie des Kommunikativen Handelns**: Han-

sobretudo, situar-se paradigmaticamente quando se pesquisa filosofia e, assim, definindo a racionalidade como tema fundamental (*Grundthema*) significa que a realidade é reflexionantemente vista enquanto razão corporificada em múltiplas situações na vida prática. Neste capítulo trataremos de seguir o referido paradigma filosófico associando-o ao *modus* procedimental para apresentar os princípios orientadores da práxis que motivaram a comunidade grega antiga. Por isso, a seguir, trataremos laconicamente a respeito da fundamentação racional (logocêntrica) no entendimento da Filosofia antiga (clássica).

2.2 A comunidade sofista: da fundamentação mítica à logocêntrica

Bom não é apenas não ser injusto, mas, também, não querer sê-lo. Quem evita o injusto apenas por temor à lei provavelmente cometerá o mal em segredo; quem, ao contrário, for levado ao dever pela convicção provavelmente não cometerá o injusto nem em segredo nem abertamente. Por isto, quem agir corretamente em compreensão e entendimento mostrar-se-á corajoso e correto de pensamento (Demócrito de Abdera).

Demócrito ainda representante da filosofia pré-socrática, ao asseverar tal premissa, apresenta dois aspectos mais relevantes e também problemáticos na Filosofia do (no) Direito: a questão deontológica (dever) e a racional (a razão no exercício da liberdade). Ilustraremos tal tema posteriormente, entretanto é salutar apresentá-la nessa frase democritiana pelo teor jusfilosófico que a mesma ocupa. Ela não aborda a lei sob o ponto de vista meramente

“legalista”, mas pela perspectiva da razão subjetiva (do indivíduo) e, o sujeito dotado do pensamento racional agir com a liberdade que lhe é própria. A questão da liberdade reverbera jusfilosoficamente desde o período antigo. Os filósofos gregos, ao que parece, tinham a convicção que a razão e a liberdade não eram “apenas” dons divinos ou pertencentes às narrativas epopeicas – mitológicas – porém, estavam ligadas a um elemento mais profundo da essencialidade do ser humano: a razão. E, por conta dela, era “razoável” pensá-la à luz do fundamento que a move; e, quando se fala em fundamento fala-se em Filosofia. Nesse caso, a busca pelo fundamento normativo (que dê ordenamento na polis grega).

Quando se fala em Filosofia do Direito ou jusfilosofia é preciso levar a sério, conforme asseveramos anteriormente, a tradição jusfilosófica. Nesse caso, tomaremos como ponto de referência a filosofia grega, berço da Filosofia Ocidental, e a relação dela com a “coisa” jurídica, assim entendida costumeiramente. A nossa argumentação terá primeiramente, a proposta logocêntrica (racional) dos sofistas, depois recorreremos à teoria da justiça aristotélica, elemento clássico da tradição jurídica, e, por fim, a cratologia (teoria do poder) do Estado em Platão. Estes três paradigmas filosóficos serão “olvidados” no período que se seguiu, pois com a “cristianização” do ocidente, a proposta logocêntrica de fundamentação normativa (organização prática da cidade-estado) é sobreposta à fundamentação teocêntrica conforme veremos adequadamente.

Certamente os sofistas caracterizaram-se como a primeira comunidade política, no interior da civilização grega, que tomou para si a tarefa de desenvolver a práxis (ação, prática) social em uma perspectiva racional. O mote protagórico, a saber: "o ser humano é a medida de todas as

coisas”⁸, inaugura uma nova fase do saber filosófico e, especificamente, o saber orientado à organização da cidade-estado, da polis grega, ou seja, uma maneira de descobrir como é possível a organização da cidade tendo como “leitmotiv” (fio condutor) a razão humana. Sim, a razão – capacidade de pensar e agir – é o paradigma filosófico que serve como base de sustentação para a polis. É nesse sentido que se afirma que o legado sofista trouxe para a Filosofia, ainda no seu início no Ocidente, o paradigma logocêntrico. É logocêntrico porque é racional, pois logos significa razão e, por conta dessa consideração, os sofistas, mesmo com as críticas socrática e pós-socrática – Platão e Aristóteles – colaboraram para descobrir um novo modelo explicativo para o mundo, para a realidade daquele momento. Para os sofistas, a razão é a única mediação possível que o ser humano pode ter para compreender a si mesmo e, conseqüentemente, compreender a realidade fática (dos fatos) a que está inserido. É por isso que os sofistas não queriam mais a explicação mítica como modelo epistêmico (conhecimento, saber) para a sua realidade; ao contrário, o paradigma mitológico enquanto autoridade epistêmica migra para o paradigma logocêntrico. Sem dúvida alguma, esse é um paradigma que terá eco ao longo da tradição jurídica. Por tradição, entendemos todo o conjunto axiológico (valor), religioso, social, enfim, toda manifestação cosmovisionária de uma determinada comunidade histórica.

Como vimos, a frase de Protágoras está longe de ser apenas um clichê filosófico. Não; de fato, ela situa o horizonte compreensivo de um saber contextual que se orienta para a determinação da comunidade política. É nesse sentido que tematizamos o legado sofista: com o

⁸ BITTAR, Eduardo C.B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17 – 76.

fundamento epistemológico sobre a razão, tudo deveria girar em torno da própria razão. Nesse caso, a esfera normativa não está obliterada. Pelo contrário, tudo o que dizia respeito a princípios e normas – assim entendidos hoje – também deveriam ser filtrados por um procedimento puramente racional. Para os sofistas, não bastava apenas dizer que o Direito – princípios e regras propriamente ditas – deveria sair da explicação mítica; porém, o Direito, entendido primacialmente como composição principiológica de ações na comunidade grega antiga, só “poderia” ser estudado à luz da razão⁹. Assim, o logocentrismo torna-se a marca registrada da comunidade sofista no tocante as questões normativas. É bem verdade que quando se fala em normas aqui não podemos imaginar uma comunidade política plena de regras de “a” até “z”. Não mesmo! O que podemos entender, nesse contexto, é que a esfera normativa equivale à preocupação dos sofistas, em particular, no desenvolvimento de um proceder racional que, desconsiderando o mundo mítico, lança-se para a razão no intuito de organizar a sua cidade-estado. Essa organização só pode ser alcançada mediante normas e princípios. Esse é um ponto crucial no que diz respeito principalmente ao Direito Contemporâneo e será também um dos objetos de pesquisa na última parte de nosso livro.

A proposta de fundamentação político-social logocêntrica logra êxito e, assim, a filosofia pós-socrática desenvolve os primeiros elementos mais sistemáticos, se assim podemos afirmar, a respeito de um entendimento jurídico. Despontam aqui a teoria de Aristóteles e a abordagem de Platão como paradigmas jusfilosóficos do mundo grego. A seguir, veremos como esses dois filósofos

⁹ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15 – 88.

desenvolveram o seu pensamento e, o que é mais importante, a relação deste pensar com a tradição jurídica.

2.3 A Principiologia normativa jusfilosófica no período antigo: a teoria da Justiça aristotélica

A justiça política é encontrada entre as pessoas que vivem em comum visando à autosuficiência, homens que são livres e iguais, seja proporcionalmente, seja aritmeticamente (Aristóteles)

É costume, de uma forma mais geral, na academia o estudo ser a partir de comentadores. Tal tarefa é importante, pois auxilia, por exemplo, na compreensão de conteúdos trabalhados em sala de aula ou no entendimento de questões mais áridas de compreensão. Por outro lado, essa “costumeirização” pode se tornar um elemento impeditivo para o aprofundamento de temáticas importantes, pois se ficamos apenas no comentador não se consegue observar o núcleo mais significativo de uma temática. Por conta disso, procuramos conhecer mais a obra de cada jusfilósofo. Tomando por base tais considerações, temos que averiguar com seriedade o grande legado aristotélico no tocante a justiça. Aristóteles foi o primeiro a desenvolver, no saber filosófico entendido ocidentalmente, uma teoria da justiça enquanto eixo norteador da práxis legal tomando por base a orientação deôntica (dever) para a práxis onto-filogênica (pessoa – sociedade).

É por isso que, no intuito de desenvolvermos uma estratégia aprofundada, teremos como orientação de pesquisa o livro intitulado de “*Ética a Nicômaco*”¹⁰, particularmente os capítulos 1º, 2º e, sobretudo, o 5º, pois

¹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. 240 p.

esse último apresenta a arquetônica principiológica da justiça enquanto princípio básico e mantenedor de uma ordem legal na sociedade e que, por sua vez, deve ser orientada por princípios motivados racionalmente. Assim, em primeiro lugar, na concepção aristotélica, temos a virtude como critério basilar da ação humana na polis e, em um segundo momento, analisaremos a teoria da justiça em Aristóteles como centro de sua investigação jusfilosófica ¹¹.

2.3.1 A virtude enquanto princípio da Justiça

Aristóteles, conhecido como estagirita, pois nasceu em Estagira em 384 aC, escreveu o livro “Ética a Nicômaco” tendo por referência o seu próprio pai chamado de Nicômaco, que, por sua vez, era médico. Aristóteles fora atraído tanto pela escola sofista de Isócrates, conhecida na época pelas aulas de retórica, quanto pela Academia de Platão. Sim, poderíamos iniciar, se tomássemos como ponto de partida a periodicidade, por Platão, pois este precede o legado aristotélico. Por outro lado, preferi iniciar por Aristóteles por crer que a teoria da justiça é tão presente e atual nos dias de hoje que sucumbi ao desejo, e não por menosprezo à teoria do Estado platônica, que não é tão menos importante, iniciar pelo estagirita e não pelo seu mestre Platão.

Assim, Aristóteles inicia a sua argumentação política a partir de um pressuposto ético. Sim, a ética não está dissociada, segundo o seu entendimento, das questões jurídicas. Pelo contrário, ser ético é pressuposto fundamental para o exercício da principal ação do indivíduo na sociedade ateniense, a saber: ser justo. Exercer a justiça, portanto, exige ser ético. Ética e Direito, por princípio, são esferas indissociáveis. É verdade que a leitura positivista

¹¹ PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.23 – 49.

jurídica tem a tentação de dicotomizar ética e direito, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra parte. “Ética é coisa para filósofo, e não para jurista!”, pode alguém imaginar assim; porém, a proposta aristotélica está longe disso. Para agir em sociedade é necessário que tenhamos um telos (uma finalidade) e essa orientação só pode ser possível mediante a prática da virtude que, por sua vez, está embutida na ética.

Na ótica aristotélica cabe asseverar que a ação ontogênica (do indivíduo) deve ser guiada, em última instância, à felicidade (eudaimonia). Por isso que para ele, a felicidade “*é uma virtude da alma conforme a virtude perfeita*”¹² e, nesse sentido, para que a pessoa seja verdadeiramente política – exerça a sua práxis social na cidade-estado – é necessário “*estudar a virtude acima de todas as coisas*”¹³ com o intuito de conduzir o próprio indivíduo à obediência da norma, da lei. Ora, obedecer à norma não é uma questão jurídica? Não é a lei um dispositivo normativo orientador da práxis social? Até parece que estamos tratando de uma questão atual. Calma, um momento! Só estamos no começo.

A ação social, na visão do estagirita, é uma questão de princípio, pois para ele, o estudo da arte do viver em sociedade pressupõe como cada um deve agir e praticar a ética para a felicidade no ordenamento social. Na verdade, Aristóteles é o primeiro filósofo na Tradição do ocidente ou podemos chamar jusfilósofo a criar uma proposta teórico-prática acerca do princípio da justiça e como este, por sua vez, auxilia na prática social.

Sendo a virtude uma questão de ética, para vivermos em sociedade é preciso que tenhamos uma disposição fundamental marcadamente notada como princípio ético: o “meio-termo”. Por “meio-termo”, Aristóteles definiu

¹² ARISTÓTELES, 2004, p.36.

¹³ Id. Ibid., p. 36.

“aquilo que é equidistante em relação aos extremos e que é o único e o mesmo para todos os homens”¹⁴. Isso significa que agir com o uso ético do “meio-termo” é estabelecer critérios objetivos fronteiriços entre partes, sejam elas quais forem, ou seja, como exemplo prático é a velha história de não se pode comer muito ou demais senão é capaz da pessoa passar mal, por outro lado, também não deve comer pouco, abaixo de seu limite, pois assim fica doente. É nesse sentido que Aristóteles usa a mediania como princípio fundamental para orientar a práxis ética e social¹⁵. É exatamente nesse ponto que o estagirita deixa a sua marca para a esfera jurídica, pois, nessa ordem lógica, a mediania favorecerá os demais aspectos fundamentais de sua teoria da justiça, elementos esses, que como veremos, até hoje estão presentes no nosso ordenamento jurídico.

2.3.2 Ética e Justiça: uma “simbiose” normativa

Quando se fala em justiça logo se pensa um sistema complexo cercado de um formalismo jurídico que inviabiliza o entendimento pleno das questões atinentes a ela ou, de outro modo, de uma maneira mais funcional, a precariedade do sistema jurídico em face do exercício da justiça. É aquele pensamento onde se conclui que a justiça é para alguns, não para todos.

Na verdade, nesta parte agora em desenvolvimento temático, não me proponho a divagar acerca da funcionalidade ou formalidade da justiça enquanto instituição democrática do Estado de direito democrático brasileiro, mas por em relevo os grandes elementos

¹⁴ ARISTÓTELES, 2004, p.47.

¹⁵ Para Aristóteles, “a virtude é uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ação [portanto, volitiva, grifo nosso] e consiste numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática”. Id. Ibid., p.49.

principiológicos desenvolvidos por Aristóteles que são pertinentes até hoje em nosso arcabouço jurídico. Então, faremos uma “arqueologia” literária no texto do filósofo estagirita e verificaremos a profundidade de suas questões deixadas no seu livro.

Já se falou antes que a virtude, no entendimento aristotélico, é uma espécie de ação. Por sua vez, a ação, por excelência, na prática social do Estado, para Aristóteles, é a justiça¹⁶. Sim, justiça não é apenas uma glosa semântica jurídica no contexto aristotélico, porém uma ação que conduz a pessoa a “fazer o que é justo”¹⁷, é a maior das virtudes para o nosso filósofo. Para Aristóteles, ser justo é cumprir a lei, obedecer ao ordenamento objetivo da norma, e, assim sendo, exerce-se a probidade. Ora, o probo é próprio daquele que obedece a lei. Poderíamos pensar que probidade é um termo cunhado no direito moderno para o contemporâneo, não obstante, estamos verificando que não é bem verdade isso; portanto, o cumpridor da lei é a pessoa justa. Contrariamente a tal disposição, aquele que não obedece a lei é ímprobo e, conseqüentemente, injusto. Logo, a prática da justiça e da injustiça repousa no fato do cumprimento do direito objetivo. A norma não é um tácito elemento puramente sancional, ela tem uma semântica maior do que a mera coerção: a regra estabelecida pelo Estado tem o telos jurídico de organizar a própria cidade-estado na plenificação de sua vida prática. É aqui que Aristóteles equivale logicamente ao ato prescrito pelo legislador ou pelo Estado legiferador de um ato conforme a lei e, nessa ótica, um ato justo. Sim, encontramos aqui uma verdadeira tipologia da justiça enquanto princípio ordenador de uma sociedade. Nessa tipificação, o ser justo

¹⁶ PISSARA, Maria Constança, FABRINI, Ricardo (coord.). **Direito e Filosofia**: a noção de justiça na História da Filosofia. São Paulo: Atlas, 2007. 204 p.

¹⁷ Id. Ibid., p. 105.

sendo igual ao ser probó (probidade) é o primeiro tipo de justiça cognominada por **justiça total**.

Após estabelecer a justiça total como a primazia na hierárquica constituição da justiça, Aristóteles continua a sua tipologia interpolando as demais formas de justiça. Em um segundo momento, ele chama da justiça aplicada ao cidadão grego de **justiça particular**. Esta, por sua vez, é apresentada na forma de justiça particular distributiva e justiça particular corretiva. Chamo a atenção para estas duas formas, pois aqui reside a centralidade do pensamento sobre a justiça em Aristóteles.

Na *Ética a Nicômaco*, a justiça particular é definida como aquela que se “*manifesta nas distribuições de magistraturas, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição*”¹⁸. Isso significa dizer que o exercício da justiça em caráter particular é para aquele que é cidadão grego, pois este faz parte da pólis; entretanto, um elemento importante aqui é a distribuição – justiça distributiva – e esta só pode ser feita por parte do Estado, pois é o Estado que distribui ao cidadão/povo os bens públicos. Por outro lado, a justiça particular corretiva é aquela que diz respeito à “transações entre indivíduos”¹⁹. Seria aqui o prelúdio do Direito Privado? Não termina aqui a questão, pois a justiça particular corretiva – como o próprio termo assevera – tem a tarefa de corrigir algo: a eventual má distribuição ocorrida no interior da justiça particular distributiva, até porque “*alguém pode receber um quinhão igual ou desigual ao de outra pessoa*”²⁰. Nesse caso, a justiça particular distributiva pode ser tanto voluntária quanto involuntária. A diferenciação de ambas é marcada pela prática da justiça no sentido do limiar entre probidade e improbidade (obedecer ou não obedecer à lei).

¹⁸ PISSARA, 2007, p. 108.

¹⁹ Id. Ibid., p. 108.

²⁰ Id. Ibid., p. 108.

Voluntárias são, por exemplo, as compras e vendas, os empréstimos para consumo, o empréstimo para uso, o penhor, o depósito, a locação [...]; nas transações involuntárias, algumas são clandestinas, como o furto, o adultério, o envenenamento, o lenocídio, o engodo com o objetivo de escravizar, o falso testemunho [...]²¹

A justiça corretiva é a mediania entre a perda e o ganho. Só que nesse sentido é preciso alguém para exercê-la em nome da cidade-Estado, e essa pessoa é o juiz. Ora! Não é mais ou menos assim ainda hoje? Para Aristóteles, o juiz é o mediador entre as partes litigantes, pois ao recorrer ao juiz recorre-se também à justiça. Só que nesse caso específico, no entendimento aristotélico, o juiz necessita de três outros princípios capazes de legitimar os seus atos normativos: primeiro, o princípio da igualdade ²²; em segundo lugar, o princípio da proporcionalidade. Ei! Não são princípios que até hoje são compreendidos no interior de uma teoria jurídica? A proporcionalidade, enquanto princípio jusfilosófico, aqui é entendida enquanto o procedimento de dar a cada pessoa aquilo que lhe diz respeito de acordo com a lei. E, por fim, o último princípio é o da imparcialidade. Isso mesmo! No exercício de sua magistratura, o juiz deve ser imparcial. Não é esse também um princípio até hoje existente na teoria geral do processo?²³ E a questão do ato volitivo na ação justa? A

²¹ ARISTÓTELES, 2004, p.108.

²² A igualdade hoje é entendida como valor supremo na Constituição brasileira; portanto, ela traz consigo um elemento axiológico assaz significativo para uma compreensão jurídico-constitucional. Cf. BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mai 2014.

²³ CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada et. al. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 360 p.

vontade não é também uma questão central até hoje no entendimento da esfera jurídica civil? Mais tarde, aprofundaremos essa questão quando desenvolvermos a transição jusfilosófica entre o direito moderno ao contemporâneo tendo como pressuposto filosófico a propositura kantiana.

Certamente o que acompanhamos até agora é a herança do legado aristotélico à tradição jurídica. Muito que se tem ainda hoje devemos a ele. Não obstante, ainda não terminamos. Aristóteles ainda deixou duas outras formas de justiça: **política e doméstica**. A terceira forma de justiça, diz respeito à coparticipação das pessoas na vida da polis tendo como finalidade a autosuficiência, isto é, a busca efetiva da autarquia na cidade-estado. Nessa busca pela suficiência plena do Estado é que Aristóteles afirma o elemento primaz jurídico da lei em face da natureza tipicamente humana. A lei é que deve governar, e não um indivíduo apenas. A quarta e última forma de justiça – doméstica – é aquela endereçada aos cidadãos não gregos, isto é, mulheres, escravos, estrangeiros, crianças.

Aristóteles realmente é exaustivo. Ficamos apenas com detalhes de sua teoria da justiça, mas, sem olvidá-la, é preciso que avancemos em nossa pesquisa e coloquemos em questão agora o próprio Estado. Se, por um lado, até o presente momento, estamos refletindo a respeito da justiça, a mesma só ocorre no interior do Estado. Aí, a presença de Platão faz-se pertinente como ponto de inflexão jusfilosófica.

2.3.3 A teoria do Estado em Platão

Porque o homem livre nada deve aprender sob coação (A República)

Platão foi o primeiro a desenvolver uma teoria do Estado na tradição filosófica do ocidente. Dois livros são

importantes nessa análise: “*A República*”²⁴ e “*O Político*”²⁵. Nas próximas linhas deslindaremos a respeito destas duas obras e suas eventuais pertinências a um programa filosófico-tipológico do Estado.

Afirmar que Platão desenhou uma arqueologia epistêmico-jurídica chamada de cratologia não é exagerado, pois entendemos cratologia como a teoria que tematiza o poder, fala a respeito do poder. Então, a teoria do Estado platônica é apresentada enquanto cratologia, e não qualquer cratologia, mas uma “fenomenologia” (a forma como as coisas do mundo se manifestam) fática (dos fatos) do poder no Estado definido inclusive funcionalmente.

No “*O Político*”, Platão apresenta as formas cratológicas do Estado primeiramente apresentando àquele que tem a tarefa de ser o guardião do Estado – “*O Político*” –, e depois ele mostra quais as estruturas organizacionais nas quais o Estado (a polis) pode ter; entretanto, Platão usa de um artifício metodológico fundamental, a saber: a dialética. Sim, a arte da argumentação que tem uma triádica estrutura – tese, antítese e síntese – foi extremamente importante para Platão. Nesse ponto, o paradigma da tecedura é o instante pedagógico crucial na presente obra em análise. De fato, o conceito de política em Platão enquanto arte da polis²⁶ e, portanto, é arte política, e nisso ele estabelece relação entre a arte de tecer e a arte de ser político. Uma vez que Platão estabelece tal relação finalmente ele apresenta como essa arte de organizar a polis é possível de ser estabelecida, pois “*àquela que dirige a todas, que tem o cuidado das leis e dos assuntos*

²⁴ PLATÃO. **A República**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. 345 p. (Coleção Grandes obras do Pensamento Universal).

²⁵ PLATÃO. **O Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 261 p. (Coleção Os Pensadores).

²⁶ PLATÃO, 1991, p. 230.

*referentes à polis e que une todas as coisas num tecido perfeito, apenas lhe faremos justiça escolhendo um nome bastante amplo para a universalidade de sua função e chamando-a a política*²⁷.

Na fisiogonomia do Estado, Platão é bem direto: de um lado, existem as formas positivas do Estado e essas são orientadas enquanto telos político para o bem do povo. Elas são conhecidas enquanto monarquia, aristocracia. Por outro lado, existem as formas degenerativas do Estado, pois para cada forma positiva existe uma forma negativa correspondente. Assim, negativamente existem a tirania, a aristocracia e a democracia. A aristocracia era, no entendimento platônico, o governo de poucos; por outro lado, a monarquia era por ele considerada a forma mais sublime de governo. Esta deveria estar *“unida a boas regras escritas a que chamamos de leis, mas sem leis, a vida se torna mais penosa e insuportável”*²⁸. Nessa assertiva encontramos a radicalidade do pensamento platônico no que diz respeito às formas do Estado, pois a monarquia, para ele, é diferente da tirania. A monarquia não tinha o menor sentido de ser algo negativo.

A democracia, na concepção platônica, adquire um caráter negativo, pois o governo de muitas pessoas é incapaz de discernir entre o bem e o mal e, assim, orientar a práxis social no Estado. Podemos identificar essa crítica platônica como o nascedouro das teorias críticas sobre a democracia ao longo da história. Parece que essa mesma narrativa ainda não é finita, já que ainda hoje aqui e acolá encontramos indicações jurídicas de caráter jurídico no tocante a relação entre estado de direito e democracia²⁹.

²⁷ PLATÃO, 1991, p. 255.

²⁸ Id. Ibid., p. 251.

²⁹ ROSENFELD, Michel. A Identidade do sujeito Constitucional e o Estado democrático de Direito. Tradução de Fernando Gomes. In: SIMPÓSIO IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan-jun. 2004.

Enfim, observa-se, a partir da idéia platônica sobre a democracia, que não é tão simples relacionar a democracia com uma estrutura jurídica normativa, especificamente quando se trata hoje a respeito do constitucionalismo e a democracia conforme se apresenta no texto de Rosenfeld citado anteriormente.

A democracia não foi esquecida na “A república”³⁰, pois Platão desenvolve uma articulação filosófica de Estado tendo como alvo de crítica o estado democrático. Por outro lado, Platão perscruta transcendentalmente³¹ o modelo de Estado perfeito. Utilizo o termo ‘transcendental’ porque entendo que Platão deseja mesmo entender se é possível a existência de um Estado perfeito e, se caso for, qual modelo de Estado perfeito é palatável à sociedade de sua época. Os modelos de Estado são os mesmos do texto anterior – “O Político” – e eles estão concatenados também de forma bipartida, a saber: as formas positivas de Estado (monarquia e timocracia) e as formas negativas (oligarquia, democracia e tirania). Interessante é o conceito de Platão acerca da oligarquia: *“a organização do Estado fundada sobre a renda, aquela em que os ricos governam e os pobres são privados de todo poder”*³². Não é justamente tal cenário que observamos em nossa fática realidade? Penso que o legado platônico não pode ser olvidado e deixado de lado como se fosse uma filosofia antiquada sem que tenha nenhuma relação com a realidade; pelo contrário, cada vez mais que se aprofunda na leitura do referido filósofo mais se chega a uma tácita visão de como a nossa realidade, sob esse

³⁰ PLATÃO, 2005, 345p.

³¹ Transcendental é, de acordo com a filosofia kantiana, a condição de possibilidade de conhecimento. Nesse caso, o uso do termo transcendental equivale à busca, por parte de Platão, sobre a possibilidade de se conhecer um modelo de Estado capaz de ser perfeito. cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Mereghe. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. 636 p.

³² PLATÃO, 2005, p. 264.

determinado ponto de vista, não “mudou” muito. De fato, seria forçoso acreditar que em tal conceito sobre a oligarquia, Platão desejasse desenvolver uma teoria da emancipação social partindo do princípio da clássica divisão social entre pobres e ricos onde seria apresentada pelo próprio Platão uma simples abordagem cratológica. Pelo contrário, o discurso platônico sobre a oligarquia nos convoca a uma séria reflexão e tomada de decisão de nossa deficitária sociedade, onde, por um lado, os planos sistêmicos e hegemônicos são dos detentores do poder, e, por outro, a turba sofredora que se vê aterrorizada pelo pérfido corolário do capital. Não é longe desta conceituação o entendimento de Platão sobre a democracia já que *“a meu ver, quando os pobres vencem, massacram alguns, mandam para o exílio outros e, com os restantes, dividem em condições de igualdade o governo e as magistraturas que, no mais das vezes, são distribuídas por sorteio”*³³. Temos aqui além do princípio do sorteio como critério político de escolha da opinião e da vontade racionalmente motivadas, o princípio da igualdade “diferenciada” enquanto crítica de um Estado democrático. É! Realmente não é de hoje que encontramos críticas atinentes à democracia.

O conjunto das três tradições acima apresentadas – sofista, aristotélica e platônica – atingiu o seu apogeu enquanto marco normativo decisivamente até o século IV d.C., pois como sabemos a Grécia fora dominada pelos romanos e foi no século IV que finalmente sacralizou-se a simbiótica relação entre Igreja e Império. Sem dúvida que foi na República romana que se deu o maior movimento político e expansivo do império romano e, assim, o domínio de outras nações. Nesse sentido, a Grécia fora conquistada pelos romanos e uma parte de sua história foi com a conquista. E é por isso que a fundamentação jurídica logocêntrica migra paulatinamente a uma fundamentação

³³ PLATÃO, 2005, p. 272.

normativa de cunho espiritual, pois, conforme asseveramos anteriormente, o império romano cooptou-se com a igreja cristã.

Do *Institutas de Gaio*, em 161 dC, que era um manual prático de direito romano, como se fosse um guia de fácil conhecimento para tudo o que dizia respeito ao direito, ao *Digesto de Justiniano* temos uma grande história do direito romano enquanto direito civil; entretanto, não podemos passar facilmente a essa história sem antes determinar precisamente qual foi o contexto migratório de uma compreensão normativa racional para uma compreensão normativa cristã. Depois disso, podemos alocar nossos esforços cognitivos no “Digesto de Justiniano”, para que desse exato ponto iniciarmos nossa pesquisa na jusfilosofia medieval com Agostinho de Hipona e Tomás de Aquino ³⁴.

³⁴ DIGESTO DE JUSTINIANO: liber primus. Tradução de Hécio Maciel França. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 157 p.

3

O cenário metafísico-religioso no período medievo

Libertas est naturalis facultas eius quod cuique
facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur ³⁵
(Digesto de Justiniano)

A partir do século IV dC encontramos juridicamente os eventos que marcaram as proposituras jusfilosóficas no ocidente: em 313 dC, o Edito de Constantino, mais conhecido como Edito de Milão, na pessoa do próprio imperador, faculta aos cristãos a tolerância religiosa no império romano; entretanto, tal documento jurídico não obliterava ainda as perseguições aos cristãos quer de forma sistemática quer de forma regional ao longo da extensão territorial do império romano. Já em 380 dC, com o imperador Teodósio, o Edito de Constantinopla, atual Turquia, fez com que a

³⁵ A Liberdade é a faculdade natural de fazer o que cada um apraz, a não ser que isto seja proibido ou pela força ou pelo direito.

recente igreja cristã fosse cooptada pelo império romano. Existem, sem dúvida alguma, questões históricas que careceriam de mais aprofundamento, porém não estamos com esse propósito, pois o nosso enfoque é mais didático-normativo do que propriamente aprofundar o contexto geoistórico do referido momento. Diante de tais fatos, a fundamentação normativa migra de uma concepção puramente logocêntrica – racional – a um entendimento onto-teleo-soteriológico da realidade ³⁶. Ora, o que tal fundamentação quer dizer? Sob o ponto de vista prático é que se na ontologia ³⁷ busca-se “o existente” para a religião cristã o que está em jogo é responder à pergunta quem é o ser humano, elemento ôntico mais importante na primazia ontológica do mundo; no que tange ao aspecto teleológico (τελος) encontramos aqui a finalidade ou consequência de um ato. Esse entendimento nos remete, sob a ótica jusfilosófica religiosa, a definição de qual é a finalidade do ser humano neste mundo; e, por fim, o aspecto soteriológico. Este significa o futuro da natureza humana e, nesse caso, a igreja cristã definiria, nesse contexto, qual é o futuro do próprio ser humano. Esse quadro fundacionista perdurou por toda a idade média até o seu declínio a partir do jusnaturalismo, tema que iremos investigar depois. Por enquanto, restou ao império romano o último “brado” de uma jusfilosofia que prescindisse da concepção normativa da igreja cristã. Nesse caso, passaremos ao documento jurídico que catalisa tal projeto: o Digesto de Justiniano.

Para além dos meandros históricos que contribuíram para a compilação desta obra clássica para a

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p. (Humanística).

³⁷ SPIERLING, Volker. **Kleine Geschichte der Philosophie**: Große Denker von der Antike bis zur Gegenwart. 3. ed. Hamburg, 2007. 445 p.

tradição jurídica, o nosso foco é identificar os elementos relevantes que estão presentes ainda hoje em nossa compreensão jurídica. A apresentação do presente texto é bilíngüe, e, por isso mesmo, reportarei a alguns conceitos clássicos do latim jurídico para fins de maior apropriação semântica.

No primeiro livro do Digesto já são definidos o conceito de direito e justiça, por um lado, e a tipologia do Direito, por outro. Além de tais definições encontramos também a necessidade de se ter um aparato jurídico que leve a sério o ambiente como elemento co-participativo da história humana. Assim, o direito é entendido enquanto arte do bom e do justo (*"ius est ars boni et aequi"*). Observamos aqui o último conceito – “aequi” – e o mesmo tem relação com o conceito assinalado por Aristóteles: equidade. Sim, direito, nessa primeira grande compilação de leis do Direito Romano, também conhecido por Código Civil, é sinônimo de equidade. Verificamos, só neste aspecto, o traço da tradição jurídica no tocante ao princípio da equidade como elemento principiológico fundamental no entendimento normativo de uma determinada tradição histórica.

Transpondo uma simples definição semântica a respeito do que vem ser a justiça, o mais impressionante é a celeberrima divisão, no Direito, em público e privado (*"publicum et privatum"*). Sim, pela primeira vez uma fonte jurídica do Direito Romano nos traz a clássica dimensão do Direito e que até hoje nos serve como paradigma tipológico-funcional. No caso do direito público – *publicum ius* – “é o que se volta ao estado das coisas romanas”³⁸, ou seja, é tudo aquilo que diz respeito ao próprio Estado romano (*"statum rei Romanae"*). O conceito de direito privado “é o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos”³⁹. No interior

³⁸ DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p.19.

³⁹ DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p. 20.

desta conceituação – direito privado – há uma triádica articulação no intuito de classificar o próprio direito privado, a saber: direito natural, direito civil e direito das gentes. O primeiro preconiza que é um tipo de direito não só pertencente a natureza humana, porém para tudo o que há na terra (*“non humani generis proprium, sed omnium animalium”*)⁴⁰. Não seria aqui a narrativa prefacial, na história do direito romano, para as questões que tocam o direito ambiental? Acreditamos que, a partir deste estudo, temos elementos suficientes para postular que já no direito romano, ainda que de forma embrionária, encontramos o núcleo genésico do direito ambiental. Note que até mesmo o tema traz consigo a diferença entre ambiente e meio-ambiente ⁴¹.

O Direito das gentes, neste contexto, tem relação apenas com as pessoas, não sendo aplicável aos demais seres. Nesse caso, ele se distancia do direito natural. E, por fim, o direito civil entendido como a mediação entre os dois direitos acima definidos, mais decididamente *“é o direito que cada povo por si mesmo a si constitui”* ⁴². Não estaria aqui a gênese, na tradição jurídica, do princípio de autodeterminação? Nesse estuário de fundamentação, nos parece bem palatável acreditarmos que quando o povo a si

⁴⁰ DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p. 20.

⁴¹ Neste texto, o professor José Afonso da Silva estabelece uma definição semântica acerca do ambiente e meio-ambiente. Nesta tentativa, ele postula a premissa que o termo “ambiente” é mais holista do que “meio-ambiente”. Sobre tais considerações. Cf. SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 19 – 27. De fato, para nós, o fundamental não é apenas tematizar a “re-semantização” de “ambiente”, mas argumentar que nos primórdios da tradição romana, o ambiente enquanto tópico fático era considerado como um importante elemento de sua compreensão normativa e, por isso mesmo, não estava dicotomizado da esfera humana.

⁴² DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p. 23.

mesmo cunha os seus próprios projetos sócio-político-econômicos temos, sim, a autodeterminação.

É importante considerar ainda que no contexto do “Digesto” houve a ereção do direito pretoriano como uma forma de retificar, auxiliar, orientar o direito civil. Não seria aqui o primórdio de um instituto jurídico que fiscaliza a ordem civil? É nesse sentido, que se principia a importância da lei (Lex) como “ingrediente” normativo indispensável na cidade-estado, pois *“conhecer as leis não é reter as palavras delas, mas a sua força e potestade”*⁴³. Aqui já se observa a importância da normatividade da lei enquanto instrumento do Estado e, por isso mesmo, ela – a lei – transforma-se em um preceito que é comum a todos, um compromisso com a coisa pública. No “Digesto” a lei possui um telos (finalidade), que se desenvolve em quatro aspectos, inerente ao seu ofício fundamental de ser preceito comum a todos os civis: manda, veta, permite e puni (*“legis virtus haec est imperare vetare permittere punire”*⁴⁴). Não há dúvida alguma que nestas formulações sobre a lei, na concepção do “Digesto”, a lei possui uma forte conotação sancional. De fato, a sanção, desde esse período, é uma das faces “preceituológicas” – preceito jurídico, ato de obedecer à lei – da ação normativa.

Ainda poderíamos discorrer mais aprofundadamente sobre o Código de Justiniano, porém não é esse o nosso escopo. Pelo contrário, apenas queremos apresentar, ainda que de forma lacônica, a contribuição normativa dessa grandíssima compilação normativa no interior da civilização romana. E por falar em Roma, precisamos agora migrar para outra temática, tão relevante quanto a anterior, que fez parte do cenário do cenário das protocomunidades cristãs. Ainda que seja no século IV dC, encontramos a figura de Agostinho. Sim,

⁴³ DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p. 54.

⁴⁴ DIGESTO DE JUSTINIANO, 2009, p. 52.

com Agostinho, o referencial normativo deixa de se localizar apenas no logos (razão) e caminha para a verdade revelada pelo Deus cristão. Agora não estamos mais no período de fundamentação normativa definido por “antigo”, e sim no início do período medieval.

3.1 Jusfilosofia medieval: Deus como princípio jusfilosófico

Tendo presente que o contexto político da época fora assinalado por nós nas linhas anteriores, podemos “*ipso facto*” – pelo próprio fato – começar a nossa pesquisa com a contribuição agostiniana com relação ao princípio teocêntrico como arquétipo jusfilosófico primas na sociedade. Gostaria logo de indicar o fundamento jusfilosófico desse período, a saber: onto-teleo-soteriológico da realidade. Ficou complicado? Vamos primeiramente “trepanar” tal conceito para depois aprofundar a jusfilosofia agostiniana.

Conforme fora dito anteriormente, quando há a afirmação de que a compreensão normativa medieval, ou seja, a fundamentação normativa orientada pela fé cristã primordialmente, foi estabelecida onto-teleológica e soteriológicamente ⁴⁵, dizemos que: primeiramente, sob o ponto de vista ôntico ou ontológico, é quando a Igreja cristã define e atribui a identidade da criação do gênero humano e dos demais seres existentes a Deus; em segundo lugar, sob o ponto de vista teleológico, diz respeito à finalidade da obra criatural divina e, por fim, na perspectiva soteriológica, significa o futuro de toda a natureza criada pelo Ser Divino. No interior dessa cosmovisionariedade teocêntrica encontramos o pressuposto autojustificador da

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Spencer. São Paulo: Loyola, 2002. p. 11 – 88.

jusfilosofia medieval, a saber: todas as normas deveriam “passar” pelo crivo cristão, ou melhor, da Igreja cristã fundamentadas na lei divina. É interessante observar que o nosso discorrer acerca do referido assunto não está galvanizado de pressuposições hipotéticas de caráter axiológico. Pelo contrário, os comentários são definidos à luz de uma investigação técnica-literária. E é também, nesse sentido, que a nossa pesquisa versa sobre a contribuição jusfilosófica agostiniana.

3.2 A liberdade em Agostinho

[...] Resta a justiça. Mas como ela poderá faltar a essa pessoa, por certo não o vejo. Porque quem possui e ama a boa vontade e resiste, como dissemos, ao que lhe é contrário, não pode querer mal a ninguém. Donde se segue que ela não causa dano a ninguém. Mas, na verdade, pessoa alguma pode praticar a justiça sem dar a cada um o que é seu (*Livre Arbítrio*)

Agostinho ou Santo Agostinho, como ele é mais conhecido por muitos leitores e, sobejamente, por muitos cristãos católicos, apresenta uma proposta de cunho principal a partir de uma concepção metafísico-religiosa: a estrutura ontogênica (indivíduo) é agraciada por Deus devido ao fator volitivo que o Ser transcendente lhe concede. Os seus textos mais conhecidos, popularmente, são “Solilóquios”, “Cidade de Deus” além de outros textos diálogos; porém, há um, em particular, que é se constitui o cerne de nossa atual pesquisa: “*O Livre Arbítrio*”⁴⁶.

Agostinho utiliza o mesmo expediente literário e formador de conceito de Platão. Sim, ele assim o faz porque usa a dialética como método de investigação ou

⁴⁶ AGOSTINHO. **O Livre Arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. 150 p.

conhecimento, de forma mais geral, para justificar as suas premissas sobre a compreensão de uma estrutura de normas que deriva do Deus entendido ou relevado por Jesus Cristo. Nesse sentido, o bispo de Hipona dialoga com Evódio, seu único interlocutor, no intuito de, com ele, construir uma noção da extensionalidade geradora do ato criador divino. E não só isso! Apresentar argumentos ético-filosóficos para a questão da atitude deôntica do indivíduo – intenção, dever e justiça – e também para a questão teleológica do mesmo, ou seja, as eventuais consequências da ação do indivíduo.

O texto de Agostinho está dividido em três grandes capítulos, e o primeiro destes traz a questão, que no nosso entendimento, converge para um pressuposto jusfilosófico: o ato volitivo. Sim, Agostinho desenvolve uma tese onde o puro ato da vontade do indivíduo é suficientemente importante para definir a sua ação. Claro que ele assim o faz orientado por uma cosmovisão religiosa, mas tal premissa não oblitera esse “achado” principiológico assaz significativo para a sociedade.

À pergunta de *“Por que, sendo Deus bom, o ser humano é mal?”*⁴⁷, Agostinho responde à Evódio que depende da semântica do mal que o próprio se refere. Eis o problema de fundamentação de ações orientadas para uma prática social: a subjetividade deve se orientar pelo puro arbítrio volitivo da instrução dada por Deus. Ainda que pese o fato de que a fundamentação normativa – aquela que orienta a uma ação prática na esfera social – não é de caráter puramente racional, o que está em debate aqui é a pertinência da colocação agostiniana sobre o arbítrio. O tema da autonomia da vontade, enquanto elemento principiológico no quadro estruturante da teoria dos contratos, não é uma novidade do Direito quer seja moderno ou contemporâneo. De certa maneira, Agostinho

⁴⁷ AGOSTINHO, 1995, p. 12.

já postulava à importância, no tocante as ações práticas ou, parafraseando Kant, à razão prática, a autonomia da vontade enquanto tópica jusfilosófica⁴⁸ na ação filogênica (da e na sociedade).

A temática agostiniana sobre a autonomia da vontade, e aqui reside o pressuposto básico de sua jusfilosofia, surge como contraponto à heresia maniqueísta. O maniqueísmo era considerado uma doutrina compreensiva herética pela igreja cristã, pois sustentava a tese que o mundo fora criado a partir de dois princípios: o bem e o mal. Ora, nesse sentido, a ação subjetiva, dada axiologicamente como má, como, por exemplo, jogar uma garrafa de vidro em alguém, não poderia ser considerada enquanto uma atitude errada, pois o indivíduo apenas consentiu anuência ao princípio do mal. Por isso mesmo, Agostinho rediscute tal premissa maniqueísta e sinaliza para a autonomia da vontade como arbítrio individual e importante orientador para a razão prática. O mal, para ele, na verdade, é uma carência de bem, e, por isso mesmo, há gradações do mal: ontológico, metafísico e físico. Não iremos analisar tal tipologia, pois o nosso objetivo é identificar o pressuposto básico da autonomia da vontade em Agostinho e entender que o mesmo é elemento fundamental da tradição jurídica ocidental.

Ainda que a vontade esteja atrelada a um fundamento metafísico-religioso, pois Deus é quem a concede ao ser humano, não se poderia olvidar que tal temática é pertinente e atual. O indivíduo é dotado da capacidade de escolha, cada ato tem um *valor* intrínseco a

⁴⁸ Não gostaríamos que os leitores interpretassem o conceito de tópica, que utilizo, na perspectiva de Karl Larenz, mas na ótica da fundamentação agostiniana. O sujeito, ator principal da história, age, ainda que sua ação seja concedida pela providência divina que criou a própria natureza humana, na sociedade. Tal ação é orientada, sobretudo, pela autonomia da vontade, o que o filósofo africano chamou de “Livre Arbítrio”.

partir de sua orientação pessoal. O arbítrio volitivo é, assim, decisivo para as questões da ordem prática.

Conforme salientamos anteriormente, após nossa investigação no legado jus-ético de Agostinho, onde a questão volitiva é fundamental a partir de um pressuposto teológico, podemos localizar nossa pesquisa em outro filósofo medieval e que traz contribuição significativa para a jusfilosofia: Tomás de Aquino ⁴⁹. A pertinência à jusfilosofia tomista não oblitera as grandes propostas trazidas por outros padres da Igreja ⁵⁰, porém como precisamos delimitar o nosso enfoque, lançamos a guisa de informação, a concepção filosófica jurídica aquineana.

3.3 A concepção política aquineana

Se, pois, a multidão dos livres é ordenada pelo governante ao bem comum da multidão, o regime será reto e justo, como aos livres convém. Se, contudo, o governo se ordenar não ao bem comum da multidão, mas ao bem privado do governante, será injusto e perverso o governo (Questões Políticas)

Tomás de Aquino teve sua vida no século XIII como monge dominicano. Nascido no reino de Nápoles e considerado *Doctor Angelicus* pela Igreja Católica, Aquino certamente foi o mais proeminente filósofo e teólogo de todo o medievo. A sua obra principal intitula-se *Summa Theologica*, mas existe uma verdadeira coletânea tomista a ser apreciada. No nosso caso, iremos aprofundar o texto que

⁴⁹ TOMÁS DE AQUINO. Questões sobre a Lei na Suma Teológica. In: _____. **Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Neto. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 33 – 122.

⁵⁰ BOEHNER, Philotheus, GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**: desde as Origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

se reporta a abordagem jusfilosófica, a saber: *Questões Políticas*.

Em *Questões Políticas*, Tomás de Aquino articula um pensamento filosófico e jurídico que versa a respeito da abordagem nomológica (a lei). O referido texto possui um capítulo intitulado *Questões sobre a lei na Suma de Teologia*. “Questões” significam capítulos temáticos que Aquino desenvolve acerca de algo; neste caso específico, ele discorre sobre a lei, mas surge um problema de caráter investigativo para nós: as “questões” iniciam da 90ª e seguem até a 91ª, o que seria por demais fatigante para a nossa pesquisa. Então, para não ser prolixo, ater-me-ei apenas nas *Questões 90 – 91*.

Na *Questão 90*, Aquino apresenta a sua tese fundamental: sobre a essência da lei, isto é, ele orienta ao seu leitor sobre o conceito básico de lei que é uma mediação instrutiva da parte de Deus. A presença do Ser transcendente (Deus) surge aqui por conta do paradigma nuclear da filosofia ocidental na idade média: a religião cristã enquanto autoridade epistêmica, portanto, enquanto instituição que se autocompreende como a portadora da verdade e, assim, também a verídica comunicadora da mesma.

Sendo Deus, o princípio maior e que orienta tudo ao Bem, a lei, na concepção aquiniana, deve ser considerada a partir de três aspectos: a sua essencialidade, a sua tipologia e, por fim, a sua efetividade. Estamos observando o quanto Aquino era analítico, não é mesmo? Não obstante, no que diz respeito à sua essencialidade – sendo o primeiro dos aspectos será também o leitmotiv (fio condutor) de nossa pesquisa – Tomás de Aquino a desenvolve em quatro artigos: lei e racionalidade; lei e finalidade (teleologicidade); lei e causa; lei e promulgação.

No primeiro artigo, que diz respeito à primeira parte das *Questões*, Aquino apresenta o tema da lei e se ela é apenas fruto da racionalidade. A lei, em sua concepção,

orienta ou “move” os indivíduos para agirem com “retidão”; nesse caso, se a lei possui tal predicativo, ela não é só fruto da razão, mas também da vontade; portanto, o ato volitivo é importante na propositura de Aquino. Ora, se ele apresenta a vontade como elemento significativo na gênese da lei, então se pode inferir a relevância da vontade no Direito. Sim, no entendimento hodierno não é a vontade – autonomia da vontade – reconhecida como um dos elementos principais na teoria dos contratos que tem por base o aspecto formal-conteudal da lei? É nesse sentido que Aquino argumenta que

[...] a razão tem o poder de mover mediante a vontade, como acima se estabeleceu (q. 17, art. 1): por força de alguém querer um fim, a razão ordena a respeito do que se refere ao fim. Ora, a vontade concernente ao que é ordenado, para que tenha a razão de lei, deve ser regulada por certa razão. É neste sentido que se entende ter a vontade do príncipe vigor e lei: de outro modo, ela seria mais iniquidade do que lei.⁵¹

Tendo disposto *ratio* e *voluntas* como critérios basilares na lei, Aquino parte para o segundo artigo e nele coloca o caráter teleológico (finalidade) da lei, ou seja, se ela é orientada fundamentalmente ao bem comum. Para ele, “pertence à lei preceituar e proibir. Ora, os preceitos ordenam-se para certos bens singulares. Portanto, nem sempre o fim da lei é o bem comum” ⁵². Assim, a lei coordena a ação humana ao agir humano e o próprio ato de agir significa que a lei diz respeito à esfera do particular. Nesse caso, a lei diz respeito em sua teleologicidade àquilo que é da esfera pública, mas também à esfera privada. Para Aquino, “[...] a ordenação para o bem comum, pertinente à lei, é

⁵¹ AQUINO, 1997, p. 36.

⁵² AQUINO, 1997, p. 37.

aplicável aos fins singulares. É a este título que tem lugar preceitos concernentes a algo particular”⁵³. Com base em tais formulações, a compreensão aquineana no tocante ao fim último da lei é conduzida para as duas áreas do Direito: Público e Privado.

No terceiro artigo, Tomás de Aquino se pergunta sobre a causa da lei em sentido de sua originalidade. Em outros termos: como é possível o processo de legislação? A lei deve ser seguida por todos, ou seja, quer seja pelos legisladores que seja pelos legislados? São essas as questões atinentes ao *Doctor Angelicus*. A lei, em Tomás de Aquino, refere-se ao bem público e, nesse caso, a comunidade política deve ser a portadora legiferante da própria lei. Assim, toda a sociedade é copartícipe do ato legiferador da lei bem como de seus efeitos.

E, por fim, no quarto artigo dessa primeira parte, Aquino levanta o tema da promulgação da lei. No tocante à oficialidade da lei, a abordagem tomista argumenta em três aspectos: o primeiro afirma que é de Deus o ato da promulgação da lei em sua radicalidade, pois foi o *Creador*⁵⁴ que já “colocou” em nossas mentes para serem conhecidas. O segundo aspecto a lei é promulgada até para aqueles que não a tomaram conhecimento, pois com a transmissão da própria lei, todos são “convidados”, no interior da comunidade política, a respeitarem.

Levando em consideração que Aquino nos apresentou apenas a *Questão 90*, resta-nos ainda a *Questão 91*. Esta, por sua vez, é desenvolvida em outros seis artigos: se há uma lei que seja (eterna, natural, humana e/ou

⁵³ AQUINO, 1997, p. 39.

⁵⁴ O termo *Creador*, no latim, tem sua semântica disposta àquele que dá origem a tudo no mundo por meio de uma essência de cada coisa criada, portanto, transpõe uma essência à uma existência. Ao contrário, o criador só transpõe existências, pois ele só se restringe a condição de multiplicar seres existentes. Cf. “Ente e Essência”, outra obra clássica de Tomás de Aquino.

divina), por um lado, e se há unicidade ou multiplicidade na lei e se há alguma lei provinda do pecado, por outro. Diante de tal quadro referencial, precisamos delimitar a nossa pesquisa, pois se visitarmos todos pormenorizadamente, saíremos de nosso enfoque principal que é uma leitura direcionada preferencialmente ao acadêmico de Direito de forma ainda que introdutória e ilustrativa.

A abordagem aquineana, conforme verificamos até agora, tem sua sustentação no tema (arqui) paradigmático metafísico-religioso, isto é, a religião cristã revelada em sua essencialidade pela onipresença de Deus – Ser Transcendente – tem primazia e autoridade epistêmicas (conhecimento) em relação às demais temáticas nessa época medieval. Considerando como verídica tal premissa, Aquino postula a tese, no primeiro artigo da *Questão 91*, que há, sim, uma lei eterna e ela provém de Deus, mas que a promulgação da lei não é eterna posto que somos seres históricos e na historicidade o conjunto das narrativas é volátil. Como segundo momento reflexivo disposto em artigo (2º) e que Aquino desenvolve na *Questão 94*, a tônica aquineana apresenta a formulação temática acerca da possibilidade de existir a lei natural. Para Tomás de Aquino, a lei natural é derivação da lei eterna – visto que ele segue o mesmo tirocínio metodológico de Aristóteles onde na tipologia da lei todas derivam da lei maior (observância da lei) – já que provém de Deus, além do mais, o teor natural da lei também é estendida aos demais seres existentes, pois os mesmos participam do ordenamento criatural; entretanto, tal participação não se dá pela razão, mas pela semelhança.

Há alguma lei humana e divina? Com tal indagação, Aquino inicia o debate acerca do terceiro e quarto artigos asseverando a utilidade da razão prática (tudo o que se pode exercer na ação humana) no processo de legiferação, por um lado, e a necessidade da lei divina clarificada nos dez mandamentos, por outro; pois a lei divina não é

contingente, porém necessária e ordenadora da essência humana. Por fim, a lei divina é única e não diversificada já que é de origem do Deus uno; e por corolário desta, o último artigo (6º) prevê que a lei pecaminosa é própria da natureza humana por conta do arbítrio volitivo da subjetividade, mas em sua essência a lei, por ser divina, não possui pecado intrínseco em sua forma e conteúdo.

3.4 Movimento pós-tomista: o *jusnaturalismo*

A partir dos séculos que se seguiram depois de Tomás de Aquino, a autoridade epistêmica da religião cristã centrada na triádica fundamentação, conforme vimos anteriormente, onto-teleo-soteriológica (trata da questão do ser [especialmente o ser humano], da finalidade do mesmo e o fim último da existência) da realidade inicia seu período de declínio. Isto não significa dizer que a autoridade eclesial iniciou sua derrocada no Ocidente medievo a partir do século XVI, pois desde os primórdios das protocomunidades cristãs, aqui e acolá, já havia as heresias e movimentos apóstatas que preconizavam o repúdio peremptório com relação às doutrinas cristãs⁵⁵, mas que a crítica institucionalizada da autoridade teológica cristã sofre déficit de legitimação perante parte da sociedade medieval. Nesse caso, o movimento da Reforma inserido no contexto da Renascença principia a crítica à posição dogmática do credo confessional cristão católico perante a sociedade da época⁵⁶. Tal cenário não é longínquo às questões atinentes ao Direito, pois as formulações/fundamentações legais são

⁵⁵ PADOVESE, Luigi. **Introdução à Teologia Patrística**. Tradução de Orlando Moreira. São Paulo: Loyola, 1999. 200 p. (Introdução às Disciplinas Teológicas).

⁵⁶ Uma pertinente apresentação do tema da liberdade, sob o ponto de vista da fé cristã no período da Reforma, foi o texto de Lutero intitulado *Da Liberdade de um ser cristão*. Cf. LUTHER, Martin. **Von Freiheit eines Christenmenschen**. Stuttgart: Reclam, 2005. p. 110 – 150.

filtradas a partir de um *Sitz im Leben* (chão de vida) contextualmente articulado da crítica à metafísica cristã. Daí que não é possível apresentarmos a transição da jusfilosofia medieval à moderna, sem antes definirmos o umbral de nossa pesquisa: o jusnaturalismo enquanto movimento filosófico e jurídico que revisita outro (arqui) paradigma epistêmico jusfilosófico, a saber: a lei natural.

Conforme asseveramos antes, o século XVI é repleto de novidades filosóficas no Ocidente e isso não significa afirmar que o período medieval foi cabalmente obscuro; pelo contrário, houve grande produção literária, ainda que pese o fato da autoridade epistêmica religiosa se fazer presente, durante todo o medievo. Para ilustrar tal cenário, apresentamos dois jusfilósofos: Hugo Grócio e Samuel von Pufendorf.

3.4.1 Hugo Grócio (1583 – 1645)

The grounds of war are as numerous as those of judicial actions. For where the power of law ceases, there war begins. Now there are methods in law to prevent intended injuries, as well as actions for those actually committed⁵⁷ (On the Law of War and Peace)

Grócio era holandês, jurista, e trabalhou como conselheiro do príncipe Maurício de Nassau. Sua principal obra literária foi *De iure belli ac pacis* (Das Leis de guerra e paz) em 1625 onde desenvolve as temáticas sobre a guerra e a lei natural. Grócio, em virtude do seu trabalho jurídico junto a Corte holandesa no tratamento de questões entre a Holanda e demais nações, é considerado o precursor do

⁵⁷ As razões (motivos) da guerra são tão numerosas quanto às de ações judiciais. Para onde o poder da lei cessa, existem guerras. Agora existem métodos na lei para prevenir danos, assim como para aqueles realmente comprometidos.

Direito Internacional. Para aprofundar a nossa pesquisa utilizaremos a tradução inglesa⁵⁸.

O livro *On the Law of War and Peace* é dividido em três livros de 53 capítulos ao todo sendo o primeiro livro àquele que tematiza, em primeiro plano, a respeito da guerra sendo esta articulada, a partir do poder soberano, em guerra pública e privada; e, no segundo momento, o conceito de Direito. Procuraremos nos ater ao 1º capítulo do 1º livro que trata sobre o conceito de Direito, a Lei natural e o direito à guerra.

Grócio desenvolve o aspecto nocional de lei e guerra a partir da semântica greco-latina que sofreu ao longo do tempo variações linguísticas. Guerra é procedente do latim *bellum* e *duellum* porque reporta a um estado de dualidade entre pares. Assim, o *duellum* é sinônimo, no vocábulo grego, do *πολεμος* (polemos) – daí o conceito de polêmico – que denota o sentido de polêmica, isto é, uma idéia ou conceito diante da multiplicidade de opiniões. Então, o que está posto é a não concordância entre partes sobre algo em comum. É por isso que a guerra tem o sentido de dissolução entre partes, algo que não está resolvido entre alteridades. A guerra, para Grócio, pode ser pública ou privada e, em vista desta divisão temática, ele define que “a guerra pública é exercida pela pessoa que detém o poder soberano. guerra particular é aquela que é exercida por particulares sem autorização do Estado”⁵⁹. A

⁵⁸ GROTIUS, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Tradução de Campbell. Disponível em: <<http://www.constitution.org>>. Acesso em: 20.mai.2014.

⁵⁹ The first and most necessary divisions of war are into one kind called private, another public, and another mixed. Now public war is carried on by the person holding the sovereign power. Private war is that which is carried on by private persons without authority from the state. A mixed war is that which is carried on, on one side by public authority, and on the other by private persons. But private war, from its greater antiquity, is the first subject for inquiry. Tradução nossa.

guerra mista é aquela exercida tanto pelo poder público quanto pela pessoa privada e para a efetivação do agir beligerante é preciso, de acordo com Grócio, que o Estado tenha consigo o princípio da soberania enquanto arquiprincípio de sua ordenação jurídico-estatal. O entendimento do conceito de soberania tem relação ao conceito aristotélico que é a faculdade de exercer todo o poder na qual o mesmo não está sob controle da mera vontade humana, mas da vontade do soberano.

O Direito, por sua vez, tem três sentidos para Grócio: primeiro, diz respeito ao que é justo; segundo, Direito é uma qualidade moral da pessoa e, por fim, Direito tem um sentido puramente nomológico, isto é, Direito é lei. O direito natural, no entendimento grociano, não se refere apenas às coisas que existem independentes da vontade humana, mas para muitas coisas, que necessariamente acompanham o exercício dessa vontade. Assim, a propriedade, enquanto direito positivo, foi a primeira criatura da vontade humana, e depois que ela foi criada, o indivíduo foi proibido pela lei da natureza de apreender a propriedade de outro contra a sua vontade. Direito Natural é, assim, por Grócio formulado: “o ditame da justa razão, mostrando a depravação moral, ou a necessidade moral, de qualquer ato de sua concordância ou discordância com uma natureza racional e, conseqüentemente, que tal ato é proibido ou ordenado por Deus, o autor da natureza”⁶⁰.

⁶⁰ No 1º capítulo, livro 1, intitulado *Sobre a Guerra e o Direito*, Grócio define o Direito Natural assim como segue: “Natural right is the dictate of right reason, shewing the moral turpitude, or moral necessity, of any act from its agreement or disagreement with a rational nature, and consequently that such an act is either forbidden or commanded by God, the author of nature”. Grócio, portanto, proclama que a obra criatural é de caráter metafísico-transcendental – Deus – e que, mediante tal postulado, a natureza não é de propriedade única do ser humano, mas a humanidade toma a natureza para si e dela deve fazer uso conforme os ditames da moral.

Tomando por referência as premissas anteriores, Grócio parte de um silogismo dedutivo para definir o seu conceito de Direito e Lei natural. Dedutivo porque ele parte de uma premissa geral (Deus) para chegar à premissas particulares (natureza, ser humano). No interior desta lógica dedutiva, Grócio ainda predica que as possíveis doutrinas compreensivas de caráter moral ou moralizantes não podem ser extraídas, *prima facie*, do próprio ser humano, porém da vontade de Deus. Subjaz aqui o elemento volitivo, ainda que não de cunho puramente racional-cognitivo, mas com a gênese no Transcendente.

3.4.2 Samuel von Pufendorf (1632 – 1694)

Duty is here defined by me as man's action, duly conformed to the ordinances of the law, and in proportion to obligation. To understand this, it is necessary to treat first of the nature of human action, and also of laws in general ⁶¹ (On the Duty of Man and Citizen)

Pufendorf foi jurista alemão e, conforme observamos o período de sua vida, durante o século XVII, a sociedade ocidental vivia um verdadeiro “tsunami epistemológico” com a institucionalização da Ciência enquanto autoridade epistêmica que rivalizava com a Igreja Católica a tarefa da tutoria do saber a partir das teses galilaicas e copernicanas. Chamo a atenção ao conceito de *institucionalização da Ciência* para não confundirmos com o nascimento da Ciência, pois a construção do saber é um processo que se iniciou bem antes do século VXII como, por exemplo, no Egito antigo ou na Roma antiga.

⁶¹ Dever é aqui definido por mim como ação do homem, devidamente conformado com os preceitos da lei, e proporcional à obrigação. Para entender isso, é necessário tratar primeiro da natureza da ação humana, e também das leis em geral.

O texto base de nossa pesquisa na literatura pufendorfiana é a tradução inglesa do livro *De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem libri duo* ⁶². O livro é escrito em dois grandes tomos onde o 1º tem 17 capítulos e o 2º tem dezoito capítulos. No primeiro livro, Pufendorf parte de uma concepção deôntica e dela ele arrola os conceitos de ação humana e lei natural. Encontramos, portanto, no jurista alemão surpreendentes princípios deontológicos relacionados ao Direito, pois é comum na tradição filosófica creditarmos só à Kant tal propósito ⁶³; portanto, que fique claro: não se trata de objetar as concepções kantianas de cunho jusfilosófico em detrimento da análise pufendorfiana, pois o legado kantiano é assaz significativo na urdidura jusfilosófica e principiológica atual, porém afirmar que, no interior da tradição da Filosofia do Direito, Pufendorf articulou sua compreensão filosófica-jurídica tendo como *leitmotiv* (fio condutor) o princípio deôntico do *dever* galvanizado pela lógica dedutiva do Deus cristão.

No entendimento de Pufendorf, dever é “*aqui definido [por mim] como ação do homem, devidamente conformado com os preceitos da lei, e proporcional à obrigação. Para entender isso, é preciso tratar primeiro da natureza da ação humana, e também das leis em geral*” ⁶⁴. O agir humano possui um caráter transcendental, não como a concepção kantiana, mas enquanto um princípio arquimédico – parece ser paradoxal, mas não considero de tal forma – que seja a fonte primeira

⁶² PUFENDORF, Samuel von. **On the Duty of Man and Citizen according to the Natural Law**. Tradução de Frank Moore. London: Oceana Publications, 1964. 161 p.

⁶³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 139 p. (Coleção A Obra-Prima de cada autor). Cf. Também: _____. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.

⁶⁴ PUFENDORF, 1964, p. 1 – 3.

de toda a existência. Nesse caso, Deus. A ação humana não é, para Pufendorf, algo fruto do próprio intelecto, ou seja, que possua a racionalidade intrínseca no agir, porém é uma faculdade dada por Deus. Então, o conceito jusfilosófico de vontade – ato volitivo – está relacionado, assim como para Hugo Grócio, à obra essencial do Deus criador e provedor de tudo. O ato voluntário, portanto, assim o é por conta da vontade que o orienta.

Conforme vimos, o conteúdo deôntico de Pufendorf prevê a ação de Deus; por outro lado, é necessário, por conta do *reino das puras vontades* existir a norma como marco regulatório das vontades subjetivas. A liberdade da vontade deve pressupor, para o jurista alemão, a norma que no seu fundamento de *vir a ser* coordena todas as biografias volitivas para um ordenamento que seja justo. A norma possui vínculo semântico com a lei, pois é “um decreto pelo qual um superior obriga o sujeito a conformar a sua arte à sua própria receita”⁶⁵. O teor coativo da lei não é obliterado em Pufendorf, pelo contrário, a obrigação, enquanto elemento deôntico, é introduzida na razão humana para limitar a liberdade da nossa vontade. Ser justo, nessa lógica, é legitimar a lei positivada e também *um atributo de ações*. Partindo da compreensão que justiça é atribuição de ações aos indivíduos, Pufendorf lança mão da tese aristotélica do conceito de justiça na formulação latina *suum cuique* (dar a cada um o que é seu de acordo com a lei) para ratificar a sua tese conceitual sobre justiça. Em tese, justiça é atribuição de ações legais e o justo é aquele que, de acordo com a lei, procede com anuência a todo conteúdo nomológico da sociedade na qual está inserido. Não nos esqueçamos que, para Pufendorf, Deus é o autor da lei natural, portanto, há nessa argumentação lógico-dedutiva a

⁶⁵ Cf. PUFENDORF, 1964, p. 12 – 17. Pufendorf afirma que: “That norm is called law, that is, a decree by which a superior obliges a subject to conform his arts to his own prescription”. Tradução nossa.

presença do Transcendente como Sujeito Transcendental que a partir de Si mesmo gera os demais existentes.

No 2º livro intitulado *O Dever do ser humano e do cidadão*, Pufendorf, no 1º capítulo, inaugura sua temática sobre a questão do estado natural do ser humano e, no seu conceito de natureza está implícito o conceito de ação, ou seja, a partir da facticidade humana onde nós nos movemos e nos orientamos como seres de ações – de acordo como vimos acima – está também a propositura ativa da racionalidade que possuímos; portanto, o estado natural ou, como ele mesmo cognomina, estado acidental. O primeiro capítulo intitulado *Sobre a Ação Humana*, contempla três aspectos, a saber: a razão que orienta o caminho humano, o Deus creador ⁶⁶ e, por fim, a relação com os outros da espécie humana.

⁶⁶ O conceito de *Deus Creador*, oriundo do latim e definido pela filosofia medieval, é definido pelo Ser Transcendente que transpõe uma essência à existência; de forma contrária, o ser humano é *criador*, pois o mesmo só transpõe existências. Ainda que pese o fato da genética, o ser humano não possui *ainda* a capacidade da *criatio ex nihilo*, ou seja, criar algo a partir de uma experiência nádica (atributo filosófico do termo *nada*). Assim, o gênero humano só consegue dispor existências no reino da facticidade. Cf. BOEHNER, Philotheus, GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**: desde as Origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 3. ed. Petrópolis, Vozes. 1985, 582p.

4

O movimento jusfilosófico da modernidade ao início do século XX

É necessário que, antes de nossa investigação acerca das questões jusfilosóficas no período moderno, definamos o conceito de modernidade. Após tal definição, levaremos em conta da nossa orientação de pesquisa alguns jusfilósofos que, por sua vez, e é bom que se afirme peremptoriamente, caro(a) leitor(a), não esgotam o labor jurídico-filosófico da tradição ocidental e nem são exauridos por suas contribuições teórico-práticas nas linhas que seguem ao longo desde lacônico livro. Nesse contexto, apresentaremos apenas algumas questões jusfilosóficas dos seguintes filósofos: **Hobbes** (1588 – 1679); **John Locke** (1632 – 1704); **Montesquieu** (1689 – 1755); **Rousseau** (1712 – 1778); **Immanuel Kant** (1724 – 1804), **Stuart Mill** (1806 – 1873), e, por fim, **Ferdinand Lassale** (1825 – 1864). A propósito de Kant, por sua vez, está no limiar, a questão até hoje discutível sob o ponto de vista da

determinidade histórico-filosófica, se o mesmo encontra-se entre o término da jusfilosofia moderna e o início da Filosofia do Direito Contemporânea. Por conta desse “litígio epistêmico” e levando-se o mérito de sua contribuição ao Direito Contemporâneo, necessitaremos de mais vagar no cuidado do legado jusfilosófico kantiano.

A História não se resume a puro dado historiográfico, isto é, a narrativa episódica e fática das realidades existentes no mundo ao longo do tempo não deve estar resumida a apenas relatos de datas em tempos distintos ou próximos. Não mesmo! A questão central, no caso da História e particularmente na História da Filosofia, é identificar os (arqui) paradigmas como fontes de orientação prática para (na) pesquisa. Com tal afirmação não nego a importância das datas, porém elas não são as *coisas* mais importantes na urdidura de um quadro categorial histórico, mas os fatos em si mesmos e suas referências paradigmáticas; e, estes por sua vez, são engendrados paulatinamente na facticidade imanente e, portanto, ocorrem não em uma data única, porém ao longo de um processo historicizante e historificador. Por exemplo, até para eleger quais os filósofos modernos que temos que pesquisar torna-se tarefa complexa, pois, se tivermos um determinado quadro categorial (*Rahmenbedingung*) poderíamos incluir Kant? Ou tomaremos Kant para situá-lo como prolegômeno da contemporaneidade, conforme salientamos acima? É por isso que a tarefa de relacionar cronologia com paradigmas no interior da história é algo complexo. Não obstante a tais considerações, o nosso quadro conceitual básico para definir a modernidade é o período em que houve a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos em 1453, incluindo a conquista de Ceuta pelos portugueses em 1415 ou as viagens marítimas de Colombo e Vasco da Gama em 1492 e 1498 respectivamente, até o término da Revolução Francesa (14 de julho de 1789). Tomando tais narrativas episódicas,

incluiremos Kant como filósofo que realmente está no êxodo da modernidade à contemporaneidade.

A modernidade provoca um êxodo paradigmático cosmovisionário no mundo ocidental no sentido de que há resumidamente, em primeiro lugar, o rompimento epistemológico com as questões dogmáticas da fé cristã de todo o período medieval enquanto fundamento onto-teleo-soteriológico da realidade e, em segundo, a consolidação da ciência enquanto instituição – autoridade epistêmica – capaz de dizer o que o mundo é, inclusive o ser humano em que nele se movimenta, prescindindo dos credos confessionais religiosos galvanizados pelo cristianismo. A urdidura epistemológica *fides et ratio* deslindada no medioevo chegou, assim, às suas últimas consequências, pois além da ciência como Instituição com procedimentos empíricos na pesquisa, temos também o paulatino abandono do modelo de monarquia absolutista como fundamento único e ordenador do Estado. Esse movimento é sacralizado pela égide da Revolução Inglesa no século XVII.

Acredito não ser necessário divagar mais sobre a complexidade histórica da modernidade⁶⁷ e, assim,

⁶⁷ A modernidade, no sentido mais geral, trouxe novas concepções de mundo. Um exemplom mais preclaro de ta mudança foi a paulatina transição de uma maneira de pensar fundacionista – cunho metafísico-religioso – à uma disposição pós-metafísica (rejeitar qualquer pensamento fundacionista que determine e seja fundamento da realidade). Cf. HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540 p. (Coleção Tópicos). Ver também as seguintes contribuições: _____. **Pensamento Pós-Metafísico**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271p.

LYOTARD, François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correa. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988. 123 p.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006. 215 p.

podemos continuar a nossa pesquisa, levando em consideração a biografia particular de cada um dos cinco filósofos, com o nosso primeiro jusfilósofo, a saber: Thomas Hobbes (1588 – 1679).

4.1 A Jusfilosofia hobbessiana

A democracia não é constituída pelo contrato de pessoas privadas com o povo, mas por pactos recíprocos de indivíduos entre si (Do Cidadão)

O contexto histórico hobbessiano no final do século XVI e boa parte do século XVII dá-se inicialmente pela reforma anglicana realizada cinco décadas antes com o rei Henrique VIII e sua questão litigiosa com a Igreja Católica Romana. Por conta da cesura política da Inglaterra com a Igreja Católica proporcionou que a Espanha ingerenciasse nos assuntos ingleses com a famosa questão da *Invencível Armada*. O século XVII é fundamental para a Inglaterra, pois inaugura a fase expansionista-colonialista ultramar da Coroa Inglesa precisamente com a fundação da *Jamestown* (a primeira colônia inglesa na América em 1607). Também sob o ponto de vista sócio-político-econômico, no século XVII, na Europa, efetiva-se paulatinamente o sistema de produção capitalista com a Revolução Gloriosa e também a efetivação do absolutismo monárquico, no qual é o contexto político de alguns dos nossos autores na passagem da modernidade à contemporaneidade.

Thomas Hobbes era teórico político assim como filósofo inglês. *Leviatã* é uma das obras mais conhecidas deste autor, onde o mesmo expõe sobre a natureza humana (estado de natureza) e a necessária presença do governo e da sociedade devido a tese básica do egoísmo racional,

onde cada indivíduo tem suas próprias convicções ou cosmovisões e elas são irreconciliáveis entre outras cosmovisões, ou seja, sendo todos os seres humanos iguais, os mesmos desejam igualmente ter seus interesses atendidos e é daqui que se origina a disputa entre os indivíduos. É preciso, portanto, um pacto para dar fim a tal empreendimento destrutivo. Daí a existência do Estado como *medium* social e jurídico para atenuar a pretensa essência beligerante da subjetividade; porém, o texto que será o objeto de nossa apreciação não será o *Leviatã*, mas *Do Cidadão*⁶⁸.

O livro ***Do Cidadão*** (De Cive, em latim) tem três partes assim divididas: a primeira, trata sobre a liberdade; a segunda, diz respeito ao domínio, isto é, as questões que dizem respeito ao governo civil; e, por fim, a última parte que versa a respeito da religião. Para orientar adequadamente o nosso leitor, trataremos especificamente só as duas primeiras partes assim definidas: a primeira parte – Liberdade – em dois capítulos fundamentais: *Da Condição Humana fora da sociedade civil* e *Da Lei de natureza acerca dos Contratos*. E a segunda parte do livro *Do Cidadão*, apenas três capítulos: *Das Causas e da Origem primeira do Governo Civil*; *Três tipos de governo: democracia, aristocracia e monarquia e; por fim, Das Leis e dos Crimes*.

Hobbes, no primeiro capítulo da obra ***Do Cidadão***, investiga a possibilidade de que o ser humano seja diretamente capaz de assumir a civilidade, ou seja, se a pessoa, em geral, ao nascer, já é apta ao convívio social. Ele critica a tese aristotélica na qual o indivíduo é um ser social (*ζῷον πολιτικόν*) e postula de forma utilitarista (maior bem possível ao mesmo tempo menor sofrimento) que o processo de socialização dá-se pelo medo recíproco na relação intersubjetiva (entre as subjetividades, as pessoas).

⁶⁸ HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400p. (Clássicos).

Tal conceituação é precedida pelas faculdades da natureza humana que são respectivamente: força corporal, experiência, razão e paixão. No entendimento hobbesiano, são esses *ingredientes* sociais que movem e orientam o agir humano.

Hobbes parte da tese básica do estado de natureza – Antropologia Filosófica – para atingir o seu propósito em articular a sua concepção jusfilosófica. Assim, o estado de natureza é conceituado pelo filósofo inglês por *“todos os homens tem desejo e vontade de ferir; mas que não procede da mesma causa, e por isso, não deve ser condenado de igual vigor”*⁶⁹. É nesse sentido que Hobbes destaca que o efeito litigante entre as pessoas tem sua origem no comparativo de suas próprias vontades. Sim! É no reino das vontades que há somos, cada um a seu modo, egoístas racionais e caracterizados pela ação volitiva que nos orienta na história. A questão torna-se mais aguda quando, e ele mesmo oferece esse exemplo, vários indivíduos desejam obter a mesma coisa ou objeto. Na perspectiva cognitivista por ele adotada, Hobbes apresenta que no reino das vontades, da pura volição de cada pessoa, o ser humano usa de sua faculdade racional em seu agir teleológico, enquanto finalidade última, para o seu próprio benefício. No estado de natureza, cada indivíduo busca o seu próprio conforto (bem-estar) tentando ao máximo evitar o mal para si. Assim, como esforço máximo de tal empreendimento, o sujeito preservará a sua própria vida e tal ato não está longe, segundo Hobbes, de contrariar a reta razão. É a partir deste conceito de “reta razão” que Hobbes o relaciona ao conceito de Direito.

Direito é *“aquela liberdade que todo homem possui para utilizar suas faculdades naturais em conformidade com a razão reta”*⁷⁰; de outro modo, o direito natural, como primeira fonte da

⁶⁹ HOBBS, 1998, p.29.

⁷⁰ HOBBS, 1998, p.31.

ordenação jurídica, a partir do entendimento hobbesiano, é cada um se empenhe em proteger a sua vida e a vida das pessoas que a ele estão relacionadas. Observa-se aqui, em primeiro lugar, o caráter protecional do agir humano que Hobbes o toma como conceito-chave para compreender o que é o Direito; em segundo, no sentido da preservação de si mesmo, cada indivíduo pode utilizar-se de quaisquer meios possíveis para este fim. Ora, o entendimento do direito natural, em Hobbes, *é juiz do (s) meio(s) que tende(m) à sua própria conservação*. Bem, recentemente, tivemos o episódio fato na Penitenciária de Pedrinhas. O motim de presidiários não poderiam ser orientados por esse fulcro teórico-prático deixado por Hobbes?

O direito natural precede o direito nomológico, ou seja, aquele que é regido, orientado, por convenções, leis, normas, princípios legais, onde estabelecem um *pacto* entre os cidadãos e onde todos *devem* – teor deôntico – submeterem-se a tal pacto. Para Hobbes, no direito natural, onde o imperativo basilar é o estado de natureza, é lícito fazer o que se deseja; de outro modo, é o que Hobbes chama de *“ter direito a todas as coisas”* ⁷¹. Não obstante, a leitura que Hobbes faz do ser humano no estado de natureza vai aos poucos cedendo lugar ao direito positivo e isto se deve ao fato de que Hobbes interpreta que o direito de todos a tudo torna-se um instrumento inútil de ação social. Sim, pois mediante o “tudo vale”, o indivíduo é conduzido a encontros beligerantes, experiências de guerra e, nesse caso, não é salutar que a humanidade na sua estrutura onto-filogênica (individual e societária) permaneça em tal situação. A máxima que resume o espírito do estado de natureza que *“um poder certo e irresistível confere a quem o possui direito de dominar e mandar naqueles que não possam resistir”* ⁷². Enfim, o ser humano não poderia suportar a guerra de

⁷¹ HOBBS, 1998, p. 32.

⁷² HOBBS, 1998, p. 35.

forma tão perene e, por isso mesmo, é necessário, de acordo com o entendimento hobbesiano, buscar alternativa ao estado puramente de natureza: a paz. Esta, por sua vez, só pode ser alcançada mediante o *acordo* intersubjetivo. É esse o tema a seguir que compõe o segundo capítulo da primeira parte (Liberdade).

O segundo capítulo do livro *Do Cidadão* é intitulado *Da Lei de Natureza acerca dos Contratos*. Nele, Hobbes inicia sua argumentação a partir da relação conceitual entre razão e lei da natureza, pois, para ele, a própria lei da natureza é a razão que tem como telos a preservação corpórea, ou seja, a vida em si mesma. Observa-se que o conceito de lei da natureza e razão, em Hobbes, tem um sentido *fisicalista*, pois a razão está, nesse caso, ligada ao corpo do indivíduo e que também diz respeito ao teor protecional do cidadão. Por conseguinte, Hobbes afirma que a lei da natureza possui um princípio fundamental que serve como *telos* ou orientação fundante que é a busca da paz e, se a mesma não puder ser alcançada, devemos nos preparar para o ato bélico. Por outro lado, para evitar a guerra e construir a paz, Hobbes lança mão do dispositivo contratural. Em que sentido? Ele afirma que na lei da natureza há um corolário lógico-jurídico importante: alguns direitos devem ser transferidos ou renunciados ⁷³. Hobbes não especifica quais são esses “alguns”, porém, preconiza o puro ato volitivo – **autonomia da vontade** – como princípio básico da renunciabilidade ou transferência do (de) direito (s), visto que:

Diz-se que abre mão de seu direito quem a ele renuncia de forma absoluta, ou o transfere a outrem. Renuncia absolutamente a seu direito quem, por sinal suficiente ou símbolos adequados, manifesta a vontade de que deixe de ser lícito

⁷³ HOBBS, 1998, p. 39.

(*lawful*) ele fazer aquilo a que antes tinha direito. E transfere seu direito aquele que, por sinal suficiente ou símbolos adequados, declara a outro que é sua vontade que se torne ilícito ele resistir-lhe, naquilo em que antes poderia resistir ⁷⁴.

Como assim autonomia da vontade? Sim, o sujeito – e aqui estamos tratando da centralidade do indivíduo na tradição do ocidente a partir da filosofia do sujeito que foi um projeto epistêmico principalmente entre a Renascença e o Iluminismo – ocupa *status* proeminente nesta teoria “contratualista”, pois a vontade não é só considerada a partir da dialética entre o “eu” e um “tu”, mas também do ato volitivo do “uno” e, nesse caso, “na transferência de direito, não basta apenas a vontade daquele que transfere: também é preciso haver a daquele que recebe” ⁷⁵. O sujeito como epicentro epistemológico é, sem dúvida, a reedição mais tangível da ética protagórica do período clássico. O clássico mote do filósofo Protágoras – παντον μετρον αντροπος – “o ser humano é a medida de todas as coisas” não se torna uma causa perdida; ao contrário, consolida-se também como fundamento do agir humano.

A teoria hobbesiana do contrato prevê, além da volição das partes envolvidas, um apriori filosófico, a saber: a cognição. Claro! Sob o ponto de vista jusfilosófico, o fundamento (*Grundlegung*) do contrato é que o ato volitivo só pode ser assumido por aquele ator social a partir de sua própria racionalidade, isto é, o indivíduo no uso de seu aparato cognitivo expressa formal-pragmaticamente o que pensa. Mais uma vez, a razão⁷⁶ torna-se o “chão comum”

⁷⁴ HOBBS, 1998, p. 39.

⁷⁵ HOBBS, 1998, p. 40.

⁷⁶ Habermas apresenta claramente que a base comum da Filosofia é a razão, a saber: “Das philosophische Grundthema ist Vernunft” que significa literalmente “O tema fundamental filosófico é a razão”. Tra-

que envolve e orienta a pesquisa da/na Filosofia em torno de sua própria tradição epistêmica; sim, a razão consolida-se no interior do saber filosófico como um dos principais temas de pesquisa.

Uma vez que pressupostos o ato volitivo motivado racionalmente entre dois ou mais indivíduos, Hobbes preconiza que a esta construtiva dialética chama-se **contrato**. O contrato, portanto, exige a mútua transferência de direitos além da *boa-fé* das partes no cumprimento do ato contratual. Hobbes não usa o termo *boa-fé*, mas **confiança**; porém, podemos (re)significar o conceito de boa-fé por confiança na arquitetônica contratualista hobbessiana que postula a ação cognitiva enquanto princípio filosófico e o cumprimento do contrato enquanto **telos** jusfilosófico.

O **capítulo 2** da obra *Do Cidadão* tematiza as bases da concepção jusfilosófica – razão e contrato – conforme asseveramos anteriormente, já no **capítulo 3**, Hobbes desenvolve uma filosofia da natureza a partir de um quadro por ele construído de argumentações acerca da lei da natureza. No **capítulo 4**, Hobbes articula uma metafísica religiosa a partir da relação da lei de Deus e da lei humana sobretudo no tocante conceito de que a lei pertencente a natureza é *prima facie* lei divina. O **capítulo 5**

dução nossa. E a Filosofia, no uso da razão, postula explicar a realidade por meio de princípios, é o que chamamos de fundamentos. Eis o trecho que sintetiza tal premissa: “Die Philosophie bemüht sich seit ihren Anfängen, die Welt im ganzen, die Einheit in der Mannigfaltigkeit der Erscheinungen mit **Prinzipien** [grifo nosso] zu erklären, die in der Vernunft aufzufinden sind – und nicht in der Kommunikation mit einer Gottheit jenseits der Welt”, isto é, “A Filosofia se esforça em explicar com princípios, desde o seu início, a totalidade do mundo, a unidade na multiplicidade dos fenômenos que são encontrados na Razão – e não na comunicação com uma divindade para além do mundo[...]”. Cf. HABERMAS, Jürgen. Zugänge zur Rationalitätsproblematik. In: _____. **Theorie des kommunikativen Handelns**: Handlungs-rationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 15 – 24.

nos reserva considerações assaz interessante da Filosofia do Direito, precisamente da cosmovisão cratológica (de poder) no Estado.

Das Causas e da Origem Primeira do Governo Civil é, sem dúvida, um capítulo pormenorizado com os conceitos fundamentais de sua teoria política que, por sua vez, engloba também o edifício jurídico principalmente no que diz respeito à sociedade civil e sua relação com o Estado.

Até agora parece tácito que o problema jusfilosófico, na obra aqui apresentada, em Hobbes é o ser humano envolto em uma “trama” bélica, isto é, o indivíduo está “*disposto*” a entrar no estado de guerra e, portanto, tal situação é óbice para a construção da paz enquanto projeto social entre as nações. E, assim, por corolário desta dialética, há a necessidade da transição do estado de natureza ao estado “pós-naturalista” que podemos chamar, este último, do Estado de Direito, isto é, o humano para além da lei de sua própria natureza beligerante e motivado racionalmente necessita da convencionalidade social e normativa para assumir uma nova forma de Estado “formalizado”.

A gênese do governo civil, sem dúvida, inicia-se com o estado de natureza para que daí chegue-se ao Estado de direito; mas, Hobbes está convencido de que o sujeito em seu estado de natureza não tem condições de estabelecer a paz e, nesse caso, faz-se necessário postular o consenso normativo entre todos os participantes da ação social. Este consenso normativo é o que Hobbes apresenta como *Conselho*. É fato que existe entre as pessoas o consenso fático ou, como Hobbes apresenta, *consentimento*; porém, é preciso que vá além do puro consentimento e que o mesmo esteja positivado em um conceito de representação coletiva deliberada pela vontade de todos, portanto, da razão centrada no sujeito.

Portanto, se a convergência de muitas vontades rumo ao mesmo fim não basta para conservar a paz e promover uma defesa duradoura, é preciso que, naqueles tópicos necessários que dizem respeito à paz e autodefesa, haja tão somente uma vontade de todos os homens. Mas isso não se pode fazer, a menos que cada um de tal modo submeta sua vontade a algum outro (seja este um só ou um conselho) que tudo o que for vontade deste, naquelas coisas que são necessárias para a paz comum, seja havido como sendo vontade de todos em geral, e de cada um em particular. E a reunião de muitos homens que deliberam sobre o que deve ser feito, ou omitido, é o que eu chamo de **conselho**⁷⁷.

O ato unitivo, portanto, aglutina todos os envolvidos e todos transferem, enquanto puro procedimento formal, o direito a um só cidadão. No reino das vontades – egoísmo racional – a procedimentalização de se apresenta pela transferência de direitos faz-se necessária no intuito de preservar a espécie humana, no caso o conceito de *autodefesa* é bem adequado por Hobbes. A guerra, portanto, torna-se o telos negativo do ser humano já que na tentativa de negá-la é preciso que o indivíduo alcance uma *vontade ainda maior que todas e que proteja a todas*: o Conselho. É por esta transferência formal e procedimental de vontades que o projeto jusfilosófico hobbesiano consolida a sociedade civil que está inserida na cidade, pois “uma cidade, portanto, é uma pessoa cuja vontade, pelo pacto de muitos homens, há de ser recebida como sendo a vontade de todos eles; de modo que ela possa utilizar todo o poder e as faculdades de cada pessoa particular, para a preservação da paz e a defesa comum”⁷⁸.

⁷⁷ HOBBS, 1998, p. 96.

⁷⁸ HOBBS, 1998, p. 97.

Hobbes distingue que nem toda cidade possa ser considerada como pessoa civil e o seu contrário não é verdadeiro, pois o cidadão torna-se súdito (linguagem de Hobbes) daquele a que ele concedeu – transferiu – o direito. É o que Hobbes chama de *poder supremo* e que toda cidade a tem porque há submissões de vontades a uma única vontade. A cidade, por sua vez, tem duas formas tipológicas: a primeira é o tipo natural, por exemplo, o poder paterno ou despótico; o segundo tipo é o *político*, pois nesse caso, houve uma institucionalização. A cidade política é instituída pelo fio condutor da vontade que a si mesma transfere direitos a outros.

No 7º capítulo de *Do Cidadão*, Hobbes deslinda a sua compreensão cratológica (teoria do poder) do Estado. Para ele, o governo é tipificado em três formas: democracia, aristocracia e monarquia ⁷⁹. A partir do conceito de cidade apresentado anteriormente, Hobbes retoma a argumentação política com a especificidade daquilo que é a cidade. Assim, cada cidade é diferenciada de qualquer outra forma de organização porque a mesma possui um poder supremo que ela confia.

Daqui surgem três espécies de governo: um, quando o poder reside num conselho, no qual todo cidadão tem direito a votar, é chamado democracia. Outro, quando o poder cabe a um conselho, no qual não todos, mas apenas uma parte, tem direito ao sufrágio, chamamos de aristocracia. O terceiro é quando a autoridade suprema repousa num só; e tem o nome de monarquia. No primeiro, quem governa é chamado *demos*, o povo; no segundo, os nobres; no terceiro, o monarca ⁸⁰.

⁷⁹ HOBBS,1998,p. 119.

⁸⁰ HOBBS,1998, p.119.

A tripartição cratológica acima descrita por Hobbes não apresenta uma *novidade jusfilosófica* em primeira linha, pois já observamos que desde os primórdios da jusfilosofia greco-romana encontramos estes três tipos de governo e o que é importante é identificar que há tenacidade temática na história da tradição filosófico-jurídica. Entender a tradição, nesse caso, não é simplesmente considerar o passado como algo superável e sem sentido, mas como um conjunto idiossincrático e coletivo de uma tradição histórica ou organização filogênica (societária) que é transmitido (*traditio*) que geração à geração⁸¹.

A melhor forma de governo no entendimento de Hobbes é a monarquia. Tal compreensão, sem dúvida, é co-pertencente à tradição histórica na qual ele foi inserido. Também ele não foi o primeiro filósofo a apresentar a forma de governo monocrática como a exemplificadora do governo, pois desde Platão já acompanhamos a referida tradição jusfilosófica em apresentar o regime monocrático como forma de governo.

No **14º capítulo** da obra *Do Cidadão* intitulado *Das Leis e dos Crimes* encontramos a arquitetônica teoria hobbesiana a respeito de sua compreensão nomológica, isto é, seu entendimento sobre lei. Neste capítulo, logo no seu início, identificamos a força ilocucionária da fala na articulação teórica de Hobbes. Ilocucionária porque, para ele, a palavra proferida tem força e/ou ação, além disso, a mesma carrega consigo uma intenção definida. Assim, a partir do proferimento vocabular é preciso distinguir conselho de lei (ordem). O conselho é preceitual e que não há fundamento coativo para seguir tal preceito, porém na ordem, isto é, na lei o preceito cristaliza, reflete o ato

⁸¹ Sobre o conceito de ‘tradição’ no sentido filosófico contemporâneo. cf. HABERMAS, Jürgen. **Identities nacionales y postnacionales**. Tradução de Manuel Redondo. 2 reimpr. Madrid: Tecnos, 2002. 121 p. Cf. também: WEBER, Max. **Ciência e Política**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 128 p.

volitivo do legislador e, por sua vez, este deve ser seguido pelo súdito. Há, sem dúvida, um teor deôntico nesta argumentação, pois Hobbes acrescenta que seguir o que está prescrito na lei torna-se um dever do cidadão e o dever é um dos *ingredientes jusfilosóficos* da compreensão deontológica.

Hobbes ainda estabelece relação entre a lei e o pacto que, no seu entendimento, não é tão tácito quanto se poderia imaginar. Ele recorre à Aristóteles, interpelando um comentário crítico no tocante ao conceito de lei e, por fim, apresenta o seu conceito de lei e também a relaciona com o Direito.

Inicialmente Hobbes destaca o conceito de lei aristotélico que era apenas um ato discursivo do consentimento da cidade – e devemos lembrar agora o conceito de cidade delineado anteriormente – mas, em última instância, para Hobbes, a lei “aristotélica” seria um conjunto de contratos recíprocos sem o ônus da obrigatoriedade, isto é, em deixar-se orientar pela própria norma. Ora, é justamente ao contrário a tese hobbesiana, pois, para ele, se em Aristóteles, as leis são detentoras de conteúdos contratuais nádicos, no seu entendimento, a lei é uma *ordem* e o contrato é uma *promessa*. E, nesse sentido, “os contratos nos obrigam ao passo que as leis nos mantêm obrigados”⁸². No entendimento hobbesiano, a lei civil é uma ordem daquele detentor do poder supremos na/da cidade e que, por sua vez, possui a ação reguladora dos súditos.

Na relação entre lei e Direito, Hobbes parte do princípio de que o Direito está inserido no reino da liberdade, ao passo que a lei não, ela, a seu tempo, ela é *grilhão*, restritiva, coativa. Neste contexto, Hobbes apresenta que existem leis divinas – metafísica religiosa, pois a lei divina é aquela que Deus deu a conhecer a sua vontade a

⁸² HOBBS, 1998, p. 217.

todas as pessoas – e leis humanas; estas, por sua vez, são tipificadas em lei da natureza ou vulgarmente chamada de “lei dos homens” e a lei da cidade ou lei das nações e que ele mesmo a cognominou de direito das gentes⁸³.

As leis humanas, sendo civis, são, por sua vez, divididas em sacras e seculares. À sacralidade entende-se aqui a lei que se refere o culto a Deus; e à secularidade, no entendimento hobbesiano, diz respeito a parte punitiva ou penal e distributiva. Distributiva porque cada cidadão tem o seu direito próprio no sentido do estabelecimento das regras para e no convívio societário e é penal porque estabelece o castigo ou punição para aquele que viola a lei.

Hobbes realmente faz uma tipologia da lei, conforme acima delineado, mas para que haja eficácia da mesma faz-se necessário o conhecimento da forma conteudal lei – seu conteúdo – e conhecer o seu legislador.

⁸³ Após pouco mais de um século da morte de Hobbes, o filósofo de Königsberg (Alemanha), Immanuel Kant estabeleceu o direito das gentes (Völkerrecht) como elemento da constituição jurídica no que tange aos indivíduos que são copartícipes da comunidade política e que se autorreconhecem enquanto uma comunidade portadora de direitos. Kant partia da afirmação básica de que todos os cidadãos que exercem entre si influências recíprocas devem pertencer a uma Constituição civil e, no interior desta mesma constituição, encontramos a constituição jurídica. Tal articulação ocorre porque, para Kant, a Constituição Civil de cada Estado deve ser republicana e esta premissa axiomática jusfilosófica encontra-se no 1º artigo definitivo que ele desenvolve no intuito programático de estabelecer a Paz Perpétua entre as nações. Nesse caso, observa-se que a proposta jusfilosófica kantiana não se restringe a aspectos puramente descritivos da facticidade historicizante na qual ele mesmo pertencia, porém a uma abordagem normativa no sentido mais amplo do termo, pois para tal abordagem é necessário que sejam postuladas alternativas de resolução a problemas factuais. Cf. KANT, Immanuel. A Paz Perpétua: Um Projecto Filosófico. In: _____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 119 – 140. Cf. também: KANT, Immanuel. Direito Público: Do Direito de cidadania. In: _____. **Doutrina do Direito**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 149 – 158.

Além disso, ainda é preciso o processo de publicação e de hermenêutica da própria lei. Não parece ser tão completamente diferente dos procedimentos formais de hoje! Já que a lei é, no entendimento de Hobbes, a expressão de uma ordem volitiva do legislador, o ato promulgador só pode ocorrer mediante a tácita manifestação identitária de quem prescreve a lei e também fixar o significado da lei. Para além de identificar uma tipologia nomológica (lei), ainda no século XVII e início do século XVIII surgia o filósofo **John Locke** (1632 – 1704), portanto, contemporâneo de Hobbes (1588 – 1679), e que, por sua vez, desenvolveu o seu pensamento jusfilosófico com base numa cratologia (tipos de poder) do Estado e no conceito de sociedade civil. De fato, em Locke encontramos os prolegômenos do pensamento liberal na perspectiva política.

4.2 A tradição liberal em Locke

A liberdade natural do homem deve estar livre de qualquer poder superior na terra e não depender da vontade ou da autoridade legislativa do homem, desconhecendo outra regra além da lei da natureza. A liberdade do homem na sociedade não deve estar edificada sob qualquer poder legislativo exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil; nem sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei, salvo o que o legislativo decretar, de acordo com a confiança nele depositada (Segundo Tratado sobre o Governo Civil)

Entende-se por liberal, a partir da citação acima, não o puro querer do indivíduo acima das demais vontades dos outros, mas tão somente em atribuir à liberdade um status normativo na sociedade. Isso significa afirmar que as pessoas mediante o contrato social criam o Estado com o

telos (objetivo) específico de garantir e proteger três liberdades fundamentais: vida, propriedade e a própria liberdade. Observe bem: liberdades fundamentais; portanto, elas se tornam fundamento no ordenamento normativo de um Estado que se autorreconhece enquanto Estado liberal. É outorgada a autonomia – princípio da autonomia tão debatido atualmente – uma *conditio sine qua non* para a existência do Estado.

Na continuidade de nossa pesquisa dos filósofos que contribuíram na tradição do ocidente às questões relativas a ordem jurídica, temos agora John Locke como foco principal e teremos como base de aprofundamento a sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*⁸⁴. Para efeito de orientação prática, teremos os capítulos 1, 8, 9, 10, 11 e 12 como orientação de leitura/pesquisa.

O 1º capítulo da presente obra é intitulado *Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins verdadeiros do Governo Civil*; e, nesse texto capitular, Locke perscruta a possibilidade de uma gênese do governo civil e do poder político que não fosse extraída da força ou da violência. De fato, aqui já se percebe a diferença entre Locke e Hobbes; porém, para Locke, a questão central desta parte é definir o conceito de poder político⁸⁵, a saber:

o direito de fazer leis, aplicando a pena de morte, ou, por via de consequência, qualquer pena menos severa, a fim de regulamentar e de preservar a propriedade, assim como de empregar a força da comunidade para a execução de tais leis e a defesa da república contra as depredações do estrangeiro, tudo isso tendo em vista apenas o bem público.

⁸⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 320 p. (Coleção Clássicos do Pensamento Político).

⁸⁵ LOCKE, 2001, p. 82.

O bem público torna-se o telos (a finalidade) objetivo da subjetividade do poder político; mas, não se extingue apenas na coisa pública o objetivo do poder político, porém no cuidado daquilo que diz respeito a propriedade e a segurança da própria república. Locke esforça-se em defender a república como critério objetivo jusfilosófico de governo. Ele não foi o primeiro e nem o último filósofo a preconizar o governo republicano como uma forma positiva de tipologia governamental.

O conceito lockeano de poder político credita à comunidade uma função importante, pois é ela que serve como umbral paradigmático da ordem político-jurídica do êxodo do sujeito em seu estado natural para o estado político. Isto significa afirmar que, para Locke, por **natureza**, somos **livre, iguais e independentes**. Eis o cerne da proposta liberal e que está contida no **8º capítulo** intitulado *Do Início das Sociedades Políticas*: a liberdade política. Por outro lado, o **acordo** entre as pessoas que se unem em comunidade é a única maneira com a qual o indivíduo se despoja do seu estado natural. A comunidade, portanto, é formada pelo consentimento do puro ato volitivo dos seus participantes e, assim, os próprios co-partícipes se autorreferenciam e se autocompreendem como um **corpo único** com o poder de agir de acordo com a “*vontade e a determinação da maioria*”⁸⁶. Ora, não é demais recordar que a vontade é um dos princípios deônticos na lógica jurídica onde assume um locus especial no ordenamento jurídico especialmente no Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Penal. É importante também observar que o princípio da maioria é contemplado em Locke enquanto princípio basilar para a solidificação da comunidade pelo fato de expressar a “**maior**” **vontade** dos participantes da mesma. Por isso que, neste entendimento lockeano, quando todos consentem na instituição de um corpo

⁸⁶ LOCKE, 2001, p. 139.

político que está submetido a um único governo, todos se obrigam mutuamente a se submeter à decisão da maioria já que a comunidade politicamente articulada é aquela, conforme fora asseverado, composta por indivíduos que orientam suas práticas decisórias no princípio da maioria ⁸⁷.

Locke não estava apenas interessado na formação da sociedade política, mas na sua concepção teleológica (finalidade) e, a partir dela, estabelecer as formas da comunidade civil que decisoriamente se apresentam como a vontade expressa da maioria galvanizadas pela preservação da propriedade. Este é o tema central do **9º capítulo** da presente obra intitulado *Dos Fins da Sociedade Política e do Governo* ⁸⁸. Para Locke, o indivíduo se associa a outro (s) em comunidade e também se submete ao governo pelo fato de preservar a sua propriedade. Ora, propriedade, vida e liberdade são princípios jusfilosóficos arrolados na concepção lockeana que deram origem a concepção do Estado liberal. O liberalismo político assim entendido é aquele onde não só o Estado pouco intervem nas condições de vida das pessoas, mas também, ao superar o poder absolutista, apenas se restringe a fundamentar a sua ação política na triádica caracterização acima apresentada.

No intuito de fundamentar a sociedade política em sua praxis, Locke afirmou, no **10º capítulo**, que fazia-se necessário assumir uma postura exodal no que tange ao estado de natureza. Assim, o sujeito não pode entrar para o mundo da comunidade política sem sair do estado de natureza; é preciso, portanto, que o mesmo abandone o estado de natureza para, aí sim, ser co-partícipe da comunidade política. Esta, por sua vez, possui uma tipologia que lhe é própria e foi assim definida por Locke:

⁸⁷ LOCKE, 2001, p. 140.

⁸⁸ LOCKE, 2001, p. 156.

quando os homens se unem pela primeira vez em sociedade, a maioria detém naturalmente todo o poder comunitário, que ela pode utilizar para de tempos em tempos fazer leis para a comunidade, e para providenciar o cumprimento destas leis por funcionários por ela nomeados: neste caso, a forma de governo é uma democracia perfeita; mas ela pode também colocar o poder de fazer as leis nas mãos de um grupo selecionado de homens, e de seus herdeiros ou sucessores, e então trata-se de uma oligarquia; pode também colocá-lo nas mãos de um só homem, o que vem a ser uma monarquia; se ela o entrega a este homem e a seus herdeiros, é uma monarquia hereditária; se o entrega a ele apenas em vida, e após sua morte retorna a ela o poder exclusivo de nomear um sucessor, é uma monarquia eletiva. A partir desses elementos, a comunidade pode combinar e misturar formas de governo como melhor lhe parecer ⁸⁹

Uma vez definida a teleologia da sociedade civil, que na sua radicalidade exige a transição epistêmico-jurídica do estado de natureza ao estado legal, Locke apresenta no **11º capítulo** intitulado *Da Extensão do Poder Legislativo*, de que forma a sociedade civil pode garantir e legitimar sua ação: no estado positivo, isto é, na lei. Ora, a dimensão nomológica – lei – é vista lockeanamente mediante a efetivação do poder legislativo. Sim, o procedimento legiferativo de uma determinada sociedade depende dessa compreensão nomônica (da lei), pois

O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade; a primeira lei positiva

⁸⁹ LOCKE, 2001, p. 160.

fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental, que deve reger até mesmo o próprio legislativo, é a preservação da sociedade e (na medida em que assim o autorize o poder público) de todas as pessoas que nela se encontram. O legislativo não é o único poder supremo da comunidade social, mas ele permanece sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo poder legislativo que o público escolheu e nomeou ⁹⁰.

Existe aqui o entendimento da indispensabilidade da lei enquanto critério máximo da esfera normativa da sociedade, sendo que o poder legislativo se efetiva como o poder central e maior da comunidade civil. Por outro lado, na tentativa *terapêutica* de evitar o (s) abuso (s) do legislador ou da vontade expressa das pessoas que nele depositam a sua confiança, Locke apresenta quatro critérios normativos fundamentais para o exercício da cratologia legisladora, a saber:

Primeiro: Ele deve governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, e se abster de modificá-las em casos particulares, a fim de que haja uma única regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês que conduz o arado. Segundo: Estas leis só devem ter uma finalidade: o bem do povo. Terceiro: O poder legislativo não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento, individualmente ou através de seus

⁹⁰ LOCKE, 2001, p.162.

representantes. E isso diz respeito, estritamente falando, só àqueles governos em que o legislativo é permanente, ou pelo menos em que o povo não tenha reservado uma parte do legislativo a representantes que eles mesmos elegem periodicamente. Quarto: O legislativo não deve nem pode transferir para outros o poder de legislar, e nem também depositá-lo em outras mãos que não aquelas a que o povo o confiou⁹¹.

Observa-se nestes postulados acima elencados a exigência fática e principalmente normativa do princípio da autonomia da vontade enquanto *leitmotiv* (fio condutor) do ordenamento juscosmovisionário de uma tradição histórica. O poder legislativo, ainda que seja o mais importante no entendimento lockeano, não é o único, pois o mesmo *deve* vir acompanhado de outros dois: executivo e federativo⁹². Estes outros poderes ou funtores cratológicos na comunidade civil possuem sua funcionalidade: não são apenas co-partícipes de um processo legiferador, porém assumem a tarefa de auxiliar o Estado na efetivação do segundo critério arrolado do poder legislativo: o bem do povo (*“good of people”*⁹³). Neste sentido, resume Locke no **12º capítulo** intitulado *Dos Poderes Legislativo, Executivo e Federativo da Comunidade Civil*:

O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. Entretanto, como basta pouco tempo para fazer aquelas leis que serão executadas de maneira

⁹¹ LOCKE, 2001, p. 169.

⁹² LOCKE, 2001, p.170.

⁹³ Em nota, a versão original do texto. Cf. LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. London: McMaster University, [19-]. 216 p.

contínua e que permanecerão indefinidamente em vigor, não é necessário que o legislativo esteja sempre em funcionamento se não há trabalho a fazer; e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo⁹⁴.

A separação dos poderes não seria, entre tantas coisas, *um dispositivo sócio-jurídico*, portanto de caráter jusfilosófico, também para evitar a autocracia⁹⁵? Evoco a dimensão jusfilosófica pelo fato de que quando se trata de Filosofia refere-se, em última instância, a fundamento de algo; e, nesse caso, busca-se o fundamento juspolítico que evite a centralidade cratológica na comunidade civil. É por isso que ela, a comunidade civil (*commonwealth*), na compreensão liberal lockeana, não pode estar à mercê de uma única forma de poder, pois se assim o for ela retorna à tirania e esta não é desejável quando se contrasta com a liberdade.

⁹⁴ LOCKE, 2001, p. 170.

⁹⁵ Sobre a separação dos poderes na organização do Estado, chamo a atenção do (s) leitor (es) para o VIII Encontro Internacional em Direito Constitucional ocorrido em 2010 em Natal. Neste Encontro, foi lançado um livro que sintetiza o tema geral da organização do poder e o Estado; e, porquanto, tematizou a respeito da federação como critério básico para a não centralidade do poder no Estado. Cf. TAVARES, André, LEITE, Salomão et.al. (org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. 549 p.

Em Locke, os poderes legislativo e executivo garantem a execução do bem comum como telos jusfilosófico no interior da comunidade civil; porém, os mesmos não são suficientes no tocante a relação entre a comunidade civil – que se autorreconhece enquanto uma comunidade *volitivamente* legiferadora e executora de (as) leis – e a comunidade externa a ela e que não necessariamente compartilha de suas convicções sócio-jurídicas. Assim, faz-se premente postular uma terceira forma cratológica que estabeleça tal relação entre “os que estão dentro” e os “de fora”: o poder federativo. Sim, para Locke

[...] este poder tem então a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil; se quisermos, podemos chamá-lo de federativo. Uma vez que se compreenda do que se trata, pouco me importa o nome que receba. Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos ⁹⁶

O conceito de federação no sentido lockeano investe-se primeiramente de caráter intramundano no sentido de considerar a própria realidade da comunidade civil prescindindo de outra (s) comunidade (s) que com ela possa (m) estabelecer relação (ões); e, só posteriormente é que a intramundaneidade cede lugar à extramundaneidade

⁹⁶ LOCKE, 2001, p. 171.

no intuito do fortalecimento das relações entre as comunidades civis distintas entre si.

Como último aspecto na jusfilosofia lockeana, gostaria de salientar um tema que foi importante para o filósofo britânico em seu contexto histórico e que também hoje ecoa com força até pelas atuais contingências históricas de lutas “intra” e “extra” mundanos; pois é assaz significativo pregar que no interior da comunidade civil está um dos hodiernos temas que a jusfilosofia traz à baila de diálogo teórico-prático e que também fez parte do pensamento lockeano, a saber: a tolerância. Muito se fala dela atualmente e de suas condições de possibilidade prática na organização societária planetária. Muitos litígios entre os estados nacionais e no interior dos mesmos ocorrem também pela falta de tolerância mútua; entretanto, a tolerância também se faz com uma política de reconhecimento mútuo⁹⁷.

A atual fisionomia planetária sob o ponto de vista sócio-político e pelas constantes revoltas de caráter civil testifica a necessidade de haver um critério *minimum* capaz de rearticular as partes envolvidas nestes conflitos numa perspectiva normativa, isto é, na tentativa de resolver os problemas no reino da/na facticidade. Tal cenário, de acordo com Locke, quando o mesmo aborda a respeito da tolerância, não se restringe apenas ao aspecto civil, mas também religioso. Este último, por sua vez, na concepção lockeana, faz-se necessário pelo critério de liberdade de cosmovisões religiosas idiossincráticas. Cada um, no pleno

⁹⁷ Para um estudo filosófico aprofundado sobre a teoria do reconhecimento cf. HONNETH, Axel. **Das Ich im Wir: Studien zur Anerkennungstheorie**. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2010. 308 p. Por outro lado, Locke desenvolve o conceito de tolerância tanto na perspectiva civil quanto religiosa. Nesse último sentido, o teólogo Pannenberg traz pertinentes contribuições. Cf. PANNENBERG, Wolfhart. **Christentum in einer säkularisierten Welt**. Freiburg: Verlag Herder, 1988. 78 p.

exercício de sua *voluntas*, escolhe o credo confessional que lhe apraz ou tem convicção sem o forçoso efeito de escolher qualquer doutrina metafísica-religiosa pelo puro ato coercitivo de outrem⁹⁸.

Em Locke, Igreja – Credo Confessional – e Sociedade Civil não devem se confundir, porém há um ponto em comum entre ambas: as duas esferas na vida prática são sociedades. A igreja, nesse sentido, é “*uma sociedade voluntária de homens que se reúnem por vontade própria para o culto público de Deus*”⁹⁹. Por ela – a Igreja – ser originalmente, segundo Locke, uma sociedade voluntária, ninguém deve ser coagido a ser co-partícipe dela, pois cada indivíduo não está *naturalmente* filiado a determinada religião ou igreja, porém cada pessoa tem o direito de escolher o seu vínculo religioso de forma livre. Por outro lado, Locke expressa seu pensamento normativo nessa questão porque cada sociedade por mais simples ou complexa que seja não vive sem **leis** ou ordem. No caso da Igreja, as leis não são provenientes de atos coercitivos – o que seria contrário ao *espírito da liberdade* – mas, “*por exortações, admoestações e conselhos*”¹⁰⁰, e nesse caso “*a força não deve ser utilizada em nenhuma situação, pois ela pertence inteiramente ao magistrado civil, e a posse de todos os bens materiais está sujeita a sua jurisdição*”¹⁰¹. Observa-se aqui a distinção dada por Locke das questões puramente religiosas e civis, pois na sociedade eclesiástica, que é a igreja, não deve ter nenhuma relação com as questões civis.

Locke apresenta quatro princípios para a efetivação da tolerância, a saber:

⁹⁸ LOCKE, 2001, p. 246.

⁹⁹ LOCKE, 2001, p. 247

¹⁰⁰ LOCKE, 2001, p. 249.

¹⁰¹ LOCKE, 2001, p.249.

Primeiro, afirmo que nenhuma igreja é obrigada, pelo dever da tolerância, a manter em seu seio qualquer pessoa que, mesmo após admoestação, continue obstinadamente a ofender as leis da sociedade [...]

Segundo, nenhum indivíduo tem qualquer direito, de nenhuma maneira, de prejudicar outra pessoa em seus bens civis porque ele pertence a outra igreja ou a outra religião. Todos os direitos e privilégios que lhe pertencem, como homem ou como cidadão, são invioláveis e devem ser preservados. Isso não é função da religião. Nenhuma violência ou injúria deve ser-lhe aplicada, seja ele cristão ou pagão [...]

Em terceiro lugar, vejamos que dever de tolerância se exige daqueles que se distinguem do resto da humanidade (dos leigos, como gostam de nos chamar) por algumas categorias e ofícios eclesiásticos, sejam eles bispos, padres, presbíteros, ministros ou outros designados por outras formas. Não é minha função investigar aqui a origem do poder ou da dignidade do clero. Afirmo, no entanto, que não importa de onde venha a sua autoridade, pois desde que é eclesiástica, deve estar confinada nos limites da igreja, de forma alguma se estendendo às questões civis, pois a igreja em si é algo absolutamente separado e distinto da comunidade civil. [...]

Em último lugar, consideremos quais os deveres do magistrado na questão da tolerância, que certamente são importantes ¹⁰².

Sobre este último princípio, vale ressaltar que no entendimento lockeano a tarefa do magistrado é tão

¹⁰² Id. Ibid. p.250 – 261.

somente uma: “*cuidar para que a comunidade civil não seja prejudicada*”¹⁰³. Sobre este tema falaremos mais adiante por conta de possíveis entraves de caráter normativo entre a sociedade religiosa (Igreja) e a sociedade civil.

Em contextos hodiernos e epocais onde algumas nações, por conta do fanatismo e fundamentalismo religiosos, reivindicam para si a verdade absoluta e irrefragável de seus dogmas e concepções religiosas e, por isso mesmo, nega a alteridade chegando a ponto de eliminá-la, penso que tais premissas lockeanas a respeito da tolerância são salutares para a reflexão e tomada de posição diante dos reducionismos idiossincráticos religiosos. A querela entre Ocidente e Oriente, sob o ponto de vista religioso, poderia ser assumida pelos cidadãos a partir principalmente dos dois primeiros princípios. Não que, na minha singular opinião, os outros dois princípios não sejam importantes, porém é interessante predicar o status quo da civilidade enquanto orientação prática no que diz respeito a tolerância. Locke acredita que no exercício da **liberdade** somos indivíduos capazes de definirmos as nossas orientações na vida e, por conseguinte, o princípio da inviolabilidade deva ser postulado como *leitmotiv* da liberdade de decisão. A inviolabilidade está associada à preservação, portanto, à proteção. Sim, é preciso, no uso da liberdade, proteger/garantir que cada pessoa seja preservada no pleno gozo de sua própria liberdade e, nesse caso, o sujeito social é inviolável no âmbito de sua vida. Identificamos nestes dois princípios, um estamento jusfilosófico também encontrado nos Estados nacionais autocompreendidos enquanto repúblicas democráticas¹⁰⁴. Na Constituição brasileira, por exemplo, em seu art.5, X – XI, no seu capítulo I, intitulado *Dos Direitos e Deveres*

¹⁰³ LOCKE, 2001, p.266.

¹⁰⁴ No caso do Brasil, cf. BRASIL. Constituição (1988). **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**. Art. 5. Cap I.

Individuais e Coletivos, define tanto a **casa** como “asilo inviolável do indivíduo [...]”¹⁰⁵ quanto a privacidade do cidadão como premissas basilares da inviolabilidade.

E se, neste *reino* de liberdade a igreja dispusesse do mesmo de forma contrária às normas civis, por exemplo, no caso de anuência ao infanticídio? Locke argumenta tal questão no sentido de que a vida é o elemento a ser definido como fundamental; e, nesse caso, não cabe à sociedade religiosa dispor, ainda que no reino da liberdade, da vida de qualquer forma¹⁰⁶. Nesse caso, Locke desconsidera pressupostos antropológicos e a vida passa a ser respeitada tanto na esfera civil quanto na religiosa. De certo, a vida pode ser postulada como (arqui) fundamento dos Direitos Humanos, da Ética, em geral, a vida constitui-se de um arqui princípio jufilosófico; mas, e como ficaria a situação de tradições culturais, particularmente algumas culturas indígenas, onde o infanticídio é considerado normal entre, por exemplo, as 20 etnias dentre as 200 etnias no Brasil? E, no caso, da Constituição brasileira, seriam irreconciliáveis as disposições normativas dos artigos 5 (VI, VIII, X-XI) e 231 no tocante ao arbítrio volitivo de comunidade (s) indígena (s) que pratique o infanticídio? Se, por um lado, temos o livre exercício de culto, a inviolabilidade à vida e que ninguém pode ser privado por motivo religioso; por outro, é também reconhecido aos índios os seus costumes e terra. Esse é apenas um dos pontos que podemos destacar como o pressuposto básico da Filosofia Política Contemporânea: o pluralismo societário frente às sociedades tradicionais e que, por sua vez, postulam *em tese* doutrinas (morais, estéticas, éticas etc.) irreconciliáveis entre si. Enfim, não é um tema de fácil resolução; porém, não se trata aqui de apronfundá-lo, pois a nossa pesquisa não se direciona para tal temática.

¹⁰⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). Art.5

¹⁰⁶ LOCKE, 2001, p.265.

A partir das considerações hobbesianas e lockeanas acerca de suas convicções jusfilosóficas, no esteio de nossa pesquisa e em continuidade a ela, abordaremos o outro filósofo que surgiu há quinze anos antes da morte de Locke: **Montesquieu**¹⁰⁷. Utilizaremos a tradução da Martin Claret, embora aqui e ali hajam críticas, por acreditar que ela é bem didática no tocante a leitura.

O livro tem 31 capítulos dividido em seis partes. Acredito que, sem olvidar as demais, a **1ª parte** – composta por **oito livros** – é muito significativa, pois apresenta, por um lado, o aspecto nocional da lei; e, por outro, a cratologia do governo de forma tríplice e suas eventuais distorções internas. Assim, a pesquisa jusfilosófica em Montesquieu terá apenas a **1ª parte** como orientação teórico-prática.

4.3 A concepção nomológica de Montesquieu

Em um Estado, isto é, em uma sociedade onde existem leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar (Do Espírito das Leis)

O **1º Livro – *Das Leis em geral*** – Montesquieu define o conceito de lei e a tipifica em duas: leis da natureza e leis positivas. Lei, para Montesquieu, é a necessária relação que deriva da natureza de todas as coisas. Nesse sentido, tudo na ordem da existência tem sua própria lei, pois há um fundamento logocêntrico (racional) que ordena cada coisa. A lei, portanto, ganha um teor jusfilosófico voltado à relação de algo para com outra coisa.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. 727p. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor – Série Ouro).

O iluminista francês inicia o conceito de lei a partir de uma abordagem ôntica, pois o mesmo retrata a importância das leis da natureza como conteúdo “normativo” significativo na esfera da vida em geral. Na íntegra: *“antes de todas essas leis, há as leis da natureza, assim designadas porque decorrem unicamente da constituição do nosso ser”*¹⁰⁸. Essas leis anteriores são as ordens estabelecidas entre os seres da/na terra, em linhas gerais e as leis da natureza tratam do estado pré-societário do ser humano, ou seja, a partir das considerações hobbesianas, Montesquieu afirma que existem quatro leis naturais: a primeira, na lei da natureza o indivíduo busca a satisfação de suas necessidades básicas o que inclui o desejo de autodefesa (proteção da espécie); a segunda, a busca de conservar a própria espécie, isto é, a busca pelos víveres; a terceira, se para a proteção o indivíduo vê o outro como “potencial” inimigo, por outro lado, uma pessoa ao aliar-se com outra poderia também se conservar protetivamente juntos aos demais; daí, então, o prazer seria essa terceira lei natural de real aproximação entre as espécies; e, enfim, a última, o desejo de viver em sociedade. Esta última lei natural é oriunda das considerações aristotélicas.

A **lei positiva** é quando o indivíduo é co-partícipe da sociedade na qual está inserido e, nesse sentido, de acordo com o filósofo francês, o ser humano se coloca em estado de guerra já que cada sociedade passa a experimentar a própria força e a força do outro, da outra nação. É nesse estado de guerra que as pessoas devem estabelecer para si mesmas leis, ou seja, orientações legais nas relações entre os indivíduos na prática social-crátológica. Ao conjunto dessas “orientações legais” é que Montesquieu chama de Direito e, esse, por sua vez, fora pensado em três aspectos: Direito das Gentes (leis que estabelecem as relações entre os povos, entre diferentes

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, 2007, p.19.

nações); Direito Político (são as leis aplicadas no estabelecimento dialógico entre os governantes e os governados); Direito Civil (leis que estabelecem as relações entre os cidadãos do mesmo povo).

Montesquieu vincula o conceito de lei geral ao estatuto logocêntrico da natureza humana ao afirmar que a lei é a razão humana pelo fato de que a própria razão impera sobre todos sendo que as leis políticas e civis voltadas às idiossincrasias particulares de cada nação. Por outro lado, o nosso filósofo explicita que pretende examinar as relações entre essas leis em seu conjunto – por isso *Espírito das Leis* – pois:

Não separei as leis políticas das civis, pois, como não trato, em absoluto, das leis, e sim do espírito das leis, e como esse espírito consiste nas diferentes relações que as leis podem manter com diversas coisas, vi-me forçado a seguir menos a ordem natural das leis, que a ordem dessas relações e a dessas coisas¹⁰⁹.

O 2º livro – Das Leis que derivam diretamente da natureza do governo – o jusfilósofo francês estabelece três formas de governo: republicano, monárquico e despótico.

O governo republicano é aquele em que o povo, como um só corpo, ou somente uma parcela do povo, exerce o poder soberano; o governo monárquico é aquele em que um só governa, de acordo, entretanto, com leis fixas e estabelecidas; e, no governo despótico, um só indivíduo, sem obedecer a leis e regras, submete tudo à sua vontade e caprichos¹¹⁰.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, 2007, p. 22.

¹¹⁰ Id. Ibid., p. 23.

A questão central não é só estabelecer os conceitos dessas formas de governo, mas também identificar o princípio de cada tipologia de governo acima delineada. Depois de conceituar as formas de governo, Montesquieu aborda sobre cada uma dessas formas em particular e, em primeiro lugar, ele articula a relação entre o governo republicano e a democracia; depois argumenta sobre a aristocracia, monarquia e, finalmente, o governo despótico.

Para Montesquieu, a democracia é o poder soberano do povo inserido num contexto republicano. Por outro lado, quando esse mesmo poder está com uma parte do povo, aí é a aristocracia; porém, o nosso filósofo faz um trocadilho metafórico ao afirmar que o povo pode ser tanto monarca quanto súdito. No que diz respeito ao primeiro conceito— o povo ser monarca — é quando por meio do sufrágio o poder é exercido e a vontade da opinião pública é expressa majoritariamente. Nesse caso, é importante estabelecer “as regras do jogo democrático”, isto é, as leis para o exercício do sufrágio. Nesse entendimento, o voto de caráter público é essencial para a democracia e deve ser uma lei fundamental da mesma.

Quando parte do povo está submetido às leis cujo pode concentra-se em parte do próprio povo cognomina-se de súdito e, nesse caso, temos a aristocracia. Há a forma perfeita e imperfeita da aristocracia. À primeira, diz respeito quando a parte pobre do povo não é oprimida pela parte mais rica. Seria aqui, no caso, a utopia montesquieunana? Por outro lado, à segunda forma, é quando o povo fica sujeito à escravidão.

Com relação ao governo monárquico, o príncipe é a fonte do poder político e civil e, nesse caso, tal forma de poder basea-se no governo de uma só pessoa mediante leis fundamentais. Essas leis servem como mediações para a plenificação do poder soberano; entretanto, ainda que pese o fato de que haja apenas uma só pessoa no governo de

uma nação é preciso que haja também um conjunto de leis (“repositório de leis”) para auxiliar na prática e entendimento da monarquia.

Se ainda na monarquia existem leis fundamentais, o mesmo não ocorre no Estado despótico. Assim, na inexistência de leis, o déspota exerce o poder não só de forma unitária, reduz o conceito de leis ou à sua existência à própria pessoa despótica.

O 3 livro – Dos Princípios dos três governos – estabelece o princípio do governo democrático, e tendo/sendo parte dele a aristocracia; o governo monárquico; e, por último, o governo despótico. Para efetivar tal propósito, Montesquieu estabelece uma divisão nomenclacional entre natureza de um governo e seu princípio. Por natureza de governo, para o filósofo francês, “*é aquilo que o faz ser tal como é, e o seu princípio é aquilo que o faz agir.*”¹¹¹. Encontramos nessa premissa, sob o ponto de vista jusfilosófico, tanto o sentido ôntico – essência – de governo quanto o seu telos ou conteúdo teleológico, ou seja, a sua finalidade/orientação.

4.4 Do Estado de natureza à sociedade civil: breves reflexões do pensamento rousseauiano

[...] o direito que tenho de emitir minha opinião impõe-me o dever de instruir-me acerca deles (Do Contrato Social)

Jean Jacques Rousseau (1712 – 1778), na obra *Do Contrato Social*¹¹², apresenta-se, além de Hobbes e Locke,

¹¹¹ MONTESQUIEU, 2007, p.34.

¹¹² ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Adalberto Franklin. Imperatriz: 2008, 120 p. (Série Clássicos Universais 2).

também como grande teórico das teorias contratuálistas¹¹³ da tradição jusfilosófica. Não pretendo esgotar o pensamento rousseauniano detalhando cada capítulo de sua obra aqui, pois seria muita pretensão; entretanto, apenas deslindar alguns aspectos de seu pensamento de índole contratual de modo que possamos entender com mais vagar a sua contribuição jusfilosófica.

Rousseau inicia seu pensamento contratuálista partindo da premissa de que cada indivíduo é originalmente livre. O conceito de liberdade está associado a essa “originalidade” que, por sua vez, recorre ao tema do ‘estado de natureza’, isto é, uma condição existencial que antecede ao pacto propriamente dito. Seria tal tipificação assaz utópica? É uma questão a ser levantada; porém, o conceito de liberdade rousseauniano nos remete ao conceito de estado de natureza e, portanto, ao pressuposto da situacionalidade histórica do indivíduo anterior à sociedade estruturada e estruturante. É nesse sentido que Rousseau afirma a condição humana de viver encapsulado a um mundo “pactualmente” ordenado.

A idéia filogênia (da sociedade, social) do contratuálista francês principia com a família. Essa é a primeira forma de estrutura filogenética de caráter político, pois é estruturada, organizada, hierarquizada. O conceito de “político” equivale a uma forma de organização que

¹¹³ Por Teoria Contratuálista entende-se àquela que explica o modo de justificação e procedimental que as pessoas na sociedade devem assumir para formar a ordem social (Estado). Nesse sentido, o contrato é um acordo entre os participantes da ordem social. A teoria contratuálista difundiu-se entre os séculos XVI a XVIII como reivindicação do fundamento do governo. O pressuposto básico da referida teoria é que na sociedade há ausência da ordem social (estado de natureza) e, portanto, o indivíduo deixa-se orientar pelo puro ato volitivo de cunho solipsista. Ademais, na proposta contratual, cada ator social abdica de sua liberdade – que em tese teria no ‘estado de natureza’ – “em nome” da ordem sócio-política traduzida institucionalmente pelo Estado.

prescinde qualquer *modus vivendi* anterior ao pacto social. Rousseau apóia-se nas idéias aristotélicas e de Grócio na construção de tais pensamentos em questão, principalmente no tema da liberdade ou não usufruto da mesma por parte do Estado e das pessoas em geral.

A família ilustra panoramicamente a maior estrutura filogenética, que é o Estado, e, assim, Rousseau, ao investigar as relações no interior do Estado, depara-se com a “zona de conflito” no estado de natureza, momento este notadamente marcado pelos interesses privados que exclui radicalmente o interesse da alteridade. Nesse sentido, a idéia rousseauiana é de que, pelo motivo da egologia natural dos indivíduos – um traço do solipsismo filosófico enquanto reflexão – é preciso que, para a vida em sociedade, cada indivíduo supere os óbices do processo de individuação no estado de natureza. Daí que é preciso um pacto social que seja capaz de restabelecer os “rumos” da ordem social eivada majoritariamente da subjetivação, da pessoalidade.

Rousseau “rende-se” de forma procedimental, como elemento de saída do estado de natureza entre as pessoas, ao acordo. Ora, o acordo pressupõe a transmutação jusfilosófica-paradigmática da filosofia da consciência à filosofia da comunicação; ou seja, da subjetividade – egoísmo racional de cada ator social – à intersubjetividade. Nesse último caso, as pessoas cedem às suas liberdades “positivas” para que possam plenificar no pacto social suas liberdades entendidas agora intersubjetivamente. É nesse sentido que o iluminista francês postula que

Essa soma de forças não pode nascer senão da vontade de muitos; mas, sendo a força e a liberdade de cada homem os principais instrumentos de sua conservação, como poderia comprometê-las sem prejudicar e sem descuidar das obrigações que tem para consigo mesmo? Essa dificuldade, introduzida na discussão que proponho, pode ser enunciada

nos seguintes termos: encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com força comum a pessoa e os bens senão a si mesmo e permaneça tão livre como antes. Este é o problema fundamental cuja solução é o *Contrato Social*¹¹⁴.

Diante de tal argumento acima descrito, Rousseau focaliza que o critério de resolubilidade para os entraves solipsistas no estado de natureza é a convenção, o pacto; que, por sua vez, deve ser realizado cumprindo uma exigência social: assumir o predicado de ser uma vontade geral. Tal compromisso não exige “apenas” a vontade geral, mas também as obrigações oriundas desse pacto entre àquele que representa a vontade geral e àqueles que são os seus “eleitores”. Rousseau não discorda, como percebemos, que cada um tem sua vontade própria (subjatividade, pessoalidade), porém o que “está em jogo” é cada indivíduo abicar de sua “liberdade natural e o direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar, ganhando em troca a liberdade civil e a propriedade do que possui”¹¹⁵. A liberdade civil é entendida por ser a vontade geral enquanto que a liberdade natural é a vontade particular.

Sendo a vontade geral, diante do reino das vontades privadas, uma estrutura jusfilosófica orientada mediante a liberdade civil, existem corolários advindos de tal composição, a saber: o primeiro, é que a vontade geral orienta a ação do Estado a partir de sua teleológica que é o bem comum. O vínculo social passa a ser decisivo nesse contexto. O segundo, é que a vontade geral precisa materializar sua ação no Estado e isso só é possível mediante a *soberania*. Sim, o Estado soberano é a concretude da vontade geral que, por sua vez, deslinda-se em dois princípios básicos: inalienabilidade e

¹¹⁴ ROUSSEAU, 2008, p.24.

¹¹⁵ Id.Ibid., p.28.

indivisibilidade; portanto, a soberania tanto é inalienável quanto indivisível.

A soberania assume como característica principal a inalienabilidade pelo fato de que, mediante a vontade geral, àquele que assume a tarefa de cooptar todas as vontades particulares em prol do bem comum, o soberano, é um ser coletivo. O preço a pagar pela abdicação da liberdade subjetiva à liberdade civil, com o pressuposto da liberdade, vida e propriedade privada, é a existência da vontade geral. Por outro lado, persiste o problema das particularidades, o que dá vazão ao princípio da democracia da “regra da maioria”. Para Rousseau esse compromisso é necessariamente posto pelo pacto social. De fato

a fim de que esse pacto social não seja, pois, um formulário vazio, ele encerra tacitamente o compromisso que, por si só, pode dar força aos outros, de que, qualquer que relute em obedecer à vontade geral, será forçado a isso pelo conjunto do corpo, o que não significa outra coisa senão que será obrigado a ser livre, pois essa é a condição que, oferecendo cada cidadão à pátria, assegurará toda independência pessoal, condição que constitui o artifício e o jogo da máquina política e que é a única que legitima as obrigações civis, as quais, sem isso, seriam absurdas, tirânicas, e ficariam expostas aos maiores abusos ¹¹⁶.

Rousseau, entretanto, prevê que a vontade geral não é um ordenamento quimérico-paradisíaco e que, portanto, tem seus problemas: ela pode errar; já que nem sempre a vontade geral está orientada ao bem público. Em outras linhas, nem sempre o processo de deliberação do povo tem um caráter de retidão. Daí como superar racionalmente a diferença entre vontade geral (pública) e privada? Em

¹¹⁶ ROUSSEAU, 2008, p.34.

Rousseau, há um cálculo racional onde é preciso que se retire das vontades particulares as que possuem maior e menor reciprocidade destrutiva para que daí resulte como diferença a própria *vontade geral*. Esse princípio de razoabilidade cunhado reflexivamente pode assumir contornos drásticos em momentos de crise na sociedade. Parece que a questão ainda não está totalmente resolvida já que acompanhamos momentos decisivos na atual fisiogonomia planetária onde o oriente e ocidente assumem posições beligerantes, ideologicamente contrárias, e que, ao que nos toca, parece não haver uma “vontade geral” – institucionalmente materializada pela ONU – que dirima ou minimize tal cenário. No reino dessa agonizante facticidade política, principalmente após o 11 de setembro, cada vez mais a ordem da vontade particular acena peremptoriamente à ordem da vontade geral de uma sociedade planetária “mais fraterna ou solidária”. Não seria o *kairós* (momento oportuno) juspolítico em se repensar esse conceito de vontade geral e suas conseqüências na prática política? No caso, parece que o pressuposto básico rousseauiano de que para a existência eficaz da vontade geral não pode haver sociedade parcial no Estado fossiliza um maior processo deliberativo de ações políticas entre Estados no atual cenário do biopoder.

O pacto social, no interior da teoria contratualista rousseauiana, exige também a existência do corpo político e a sustentabilidade de tal constructo político é a lei. Mediante a lei, o corpo político organiza-se filogenicamente (na sociedade) propondo a justiça enquanto princípio fundamental nesse processo. Apesar de que Rousseau conceber um conceito metafísico-religioso de justiça¹¹⁷ – vem de Deus – há também um conceito racional no sentido de sinalizar que a justiça deve ser emanada da razão. A lei é, no entendimento rousseauiano, “a matéria sobre a qual se

¹¹⁷ ROUSSEAU, 2008, p.41.

estatui é geral como a vontade que a decreta”¹¹⁸. Assim, o objeto da lei é geral, pois Rousseau considera que lei “vê” o cidadão como integrante do corpo político e não o ser humano enquanto “caso particular”. Isso mesmo! A idéia central é a de que a lei não prevê em seu fundamento reflexivo a ação do particular. O Estado regido por leis, portanto, é o Estado republicano sendo “*as leis as condições da associação civil*”¹¹⁹. A compreensão nomológica (da lei) em Rousseau articula-se em quatro aspectos: política, civil, penal e costumes. Verificamos a seguir a nomologia rousseauiana.

A lei política é aquela que orienta regulativamente a relação entre Estado e povo e, portanto, o conceito rousseauiano aqui contempla o povo enquanto destinatário específico da lei política. Nesse sentido, há ainda um pressuposto sofisticado nessa construção teórica, pois se “*o povo é sempre senhor de mudar suas leis*”¹²⁰, o legado protagórico se impõe como condição necessária de (re)visitar a semântica/conceito de lei. Ser autônomo, protagonista, no estilo protagórico, torna-se fundamento na construção da lei e não pura e simplesmente ser um povo passivo, não protagonista, portanto, um povo que não participa do (no) processo de legiferação.

A lei civil é aquela que fundamenta dialeticamente os atores/participantes da sociedade entre si. Para Rousseau, o Estado e seu aparato cratológico é que devem oferecer aos demais atores sociais a liberdade. Sim, a liberdade goza de uma prerrogativa fundamental na articulação conceitual da lei civil, pois ela é *conditio sine qua non* ao exercício do próprio Estado perante a comunidade civil.

¹¹⁸ Id.Ibid. p.41.

¹¹⁹ ROUSSEAU, 2008, p.42.

¹²⁰ Id. Ibid. p.55.

No afã de sua egologia racional, o ser humano age ou a favor ou contra a(s) lei(s). Nesse caso, a necessariedade de uma lei – lei penal – que regula a ação desfavorável do indivíduo perante a lei civil. Quando Rousseau apresenta a relação entre indivíduo e lei seria possível pensar que ele a faz de forma objetiva. O indivíduo perante a lei são “entidades ônticas” diferentes entre si, muito embora a segunda seja “um ato criatural” da primeira. A lei, portanto, é um dado objetivo e que, por meio dela, o cidadão não só orienta a sua existência social como também – em uma paralaxe jusfilosófica – materializa o governo enquanto o “catalisador” da vontade comum e não da vontade particular. Reside aqui uma séria questão em Rousseau sob o ponto de vista do princípio da autonomia da vontade, já que para a lei ser perfeita, no seu entendimento, é preciso que *“a vontade particular ou individual deve ser anulada [...], e, por conseguinte, a vontade geral, ou soberana, sempre é dominante e regra única de todas as demais”*¹²¹. Há uma hierarquia volitiva no tecido rousseauiniano que permite pensar, sim, a vontade individual é sobrepujada em nome de um governo à vontade geral. Nem sempre a vontade geral é a manifestação clara da vontade comum. E nesse particular, o processo de formação da opinião pública e da vontade ganha uma força epistêmica fundamental. Pense nessa construção sob a ótica da arena política. A premissa do “vencedor” é sempre que ele é *voz* da vontade geral, encerra-se nele a vontade política de um povo etc. Por isso mesmo que, para Rousseau, há o critério de indestrutibilidade da vontade geral, a saber:

No entanto, quando os vínculos sociais começam a se desfazer e o Estado começa a enfraquecer-se; quando os interesses particulares começam a ser sentidos nas pequenas sociedades e a influir sobre a

¹²¹ ROUSSEAU, 2008, p.62.

vontade geral, altera-se o interesse comum e a unanimidade desaparece; a vontade geral não representa mais a vontade de todos; surgem contradições e debates e mesmo a opinião mais sadia encontra opositores¹²².

Na atual urdidura pós-metafísica, onde reside uma incomensurabilidade volitiva para quaisquer ações e uma renúncia a qualquer tipo de fundamentação última, a constituição de um único critério unificador para garantir e fundamentar a ordem social parece por demais pesado para muitos. A questão mais pertinente, por outro lado, é saber se há outra(s) opção (ões). Ainda que no interior de uma triádica cratologia de governo (democracia, aristocracia e monarquia), Rousseau alude à tarefa do sufrágio como instrumento procedimental do exercício da vontade geral. A lei do pacto social exige a associação de cada cidadão e essa ação reporta-se como ato voluntário comum a todos. Por meio da vontade geral cada sujeito é livre, daí a liberdade é posta numa posição migratória de paradigma, a saber: contrato primitivo ao contrato civil (associação civil). O sufrágio, portanto, torna-se instrumento deliberativo da sociedade civil para a representação, sob o ponto de vista normativo, da vontade geral. É importante não fazer confusão: Rousseau não afirma que a vontade geral existe sem liberdade; ao contrário, na pluralidade é que está a vontade geral já que essa não existe prescindindo da vontade particular. Há uma lógica nesse raciocínio: *“cada um, ao dar seu voto, emite sua opinião, e do cômputo deles se deduz a declaração da vontade geral”*¹²³.

Há outro tema no pensamento rousseauniano que evoca atualmente o debate a respeito da tolerância e

¹²² Id. Ibid., p.95.

¹²³ ROUSSEAU, 2008, p.97.

especificamente a tolerância religiosa. Para o iluminista francês,

Hoje não há nem pode haver religião nacional exclusiva; devem ser toleradas todas aquelas que toleram as demais, contanto que seus dogmas não sejam contrários em nada aos deveres do cidadão. Mas aquele que ouse dizer: ‘fora da igreja não há salvação’, deve ser expulso do Estado, a menos que o Estado seja a Igreja e o príncipe o pontífice¹²⁴

Diante das premissas acima, podemos inferir que, em Rousseau, há um forte chamado para a tolerância religiosa sem nenhum detrimento de manifestações religiosas particulares, apesar de que a religião cristã parece ser, para ele, aquela que mais *representa* a relação de vontade geral e obediência do povo em relação ao Estado. Não obstante a divisão entre religião do homem (ausência de rito, culto, templo) – fé a-categorial – e religião do cidadão (dogmas, deus(es), ritos) – fé categorial – Rousseau apresenta uma terceira forma de manifestação religiosa (cristianismo romano, a dos ламы, a dos japoneses) que é um híbrido de poder (dois chefes) e duas pátrias (plano terreno e plano transcendente).

O cenário pós-metafísico, sob o ponto de vista religioso, na atual fisiognomia sócio-política exige o mútuo reconhecimento religioso entre as religiões e que o Estado assuma para si a não dependência de um único critério metafísico-religioso que oriente sua ação. Observamos atualmente que há dilematicamente a relação entre imagens de mundo naturalistas e as comunidades de fé/tradição religiosa¹²⁵. A temática religiosa entre ocidente e oriental é

¹²⁴ Id. Ibid., p.123.

¹²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo e Religião**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. 400 p. (Biblioteca Colégio do Brasil, 14)

uma amostra tipificadora da não compreensão do mútuo reconhecimento entre ambos. Apresenta-se como repto, no interior de uma concepção liberal de Estado, é encontrar caminhos para a efetivação da pluralidade religiosa de forma pacífica. Projeto idealista? Para além da indagação com viés cético, a leitura habermasiana por ora salientada oferece modalidades de pensamento que viabilizem a consolidação da tarefa do Estado constitucional em proteger os cidadãos, sejam eles religiosos ou não-religiosos. Parece que o parecer habermasiano dessa leitura faz-se pertinente: a questão litigiosa de caráter metafísico-religiosa perpassa também pela *“crítica à autocompreensão pós-metafísica e não religiosa da modernidade ocidental”*¹²⁶. Em resumo: a pluralidade das formas compreensivas do ocidente que não possuem, majoritariamente, um fundamento único e último ordenador da vida faz com que àqueles que a possuem entrem em gládio constante por justamente não estabelecer o critério da tolerância – e nesse caso religiosa – como fito fulcral da vivência na sociedade.

Se em Rousseau, a convenção civil em termos de *acordo* é assunto tenaz e fulcral, para o seu contemporâneo – Immanuel Kant – o pensamento jusfilosófico ganhou força ética e *deôntica*¹²⁷. Sim, encontramos no pensamento

¹²⁶ HABERMAS, 2007, p.8.

¹²⁷ Por Deontologia entende-se uma teoria de cunho filosófico e que compreende as esferas ético-política e jurídica (dever-ser). Daí o seu caráter normativo. Nesse caso, tal teoria postula três princípios elementares: dever, intenção e justiça, sendo que há a tese básica do primado do justo sobre o Bem ou à noção de Bem (estar). Cf. OLIVEIRA, Manfredo, AGUIAR, Odílio et.al (org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003. 363p. A Concepção deôntica é contrária à teleológica; esta, por sua vez, articula princípios diferentes da doutrina deôntica, a saber: o aspecto nocional de Bem (bem-estar) e as consequências da ação humana. Assim, se na deontologia, a intenção (ação volitiva do ator social) é um dos princípios de sua doutrina, o mesmo não ocorre na teleologia, onde não é a intenção o princípio primaz, porém a consequência *desse ato*

kantiano toda a solidez do entendimento jusfilosófico de cunho deôntico. A deontologia, assim, assume papel relevante nas pesquisas filosófico-jurídicas. É o assunto do próximo capítulo.

4.5 A Fundamentação filosófico-jurídica em Immanuel Kant

Os homens libertam-se pouco a pouco da brutalidade, quando de nenhum modo se procura intencionalmente nela os conservar (O que é o Esclarecimento)

Immanuel Kant (1724 – 1873), filósofo de origem alemã, da cidade de Königsberg, antiga Prússia, e atual Alemanha. Kant inicia sua atividade filosófica com a epistemologia (teoria do conhecimento) apresentando a tese do idealismo transcendental, isto é, tudo o que ocorre no mundo fático (dos fatos, o mundo vivido ou fenomênico) não é possível de ser ***captado imediatamente***, ou seja, compreendido em sua essência (coisa-em-si), porém são representações subjetivas do ato cognitivo do gênero humano. É por isso que já se pode observar que a filosofia kantiana tem forte teor deôntico, especificamente neste caso, na **intenção** ou, como ele preferia cognominar, a doadora de sentido (*Sinngebung*).

Por conta de nossa temática aqui delineada – Filosofia do Direito – não é possível aprofundar tais questões epistêmicas em kant, porém de que forma o filósofo prussiano compreendeu o mundo jurídico. Para tal tarefa, primeiramente identificaremos o marco inicial/contextual de Kant, que foi o iluminismo; em segundo lugar, a sua compreensão ética, pois nela reside a base

intencional. A contemporaneidade, sob o ponto de vista filosófico-jurídico, situa-se em grandes linhas, na urdidura desses dois princípios éticos.

jurídica kantiana que é a **autonomia da vontade**; a partir das duas abordagens anteriores, segue-se logicamente à terceira, esta diz respeito aos implicadores dos aspectos anteriores ao universo jurídico, precisamente na clássica divisão da Ciência do Direito, desde o *Digesto de Justiniano*, em Direito Público e Privado, por um lado, e no projeto jusfilosófico da *Paz Perpétua* entre as nações, por outro. Sim, em Kant o ordenamento jurídico possui sua lógica cognitivista e ética, pois tanto a razão quanto a vontade servem como premissas basilares de sua abordagem jurídica.

4.5.1 O “Esclarecimento” (Aufklärung) como maximização do paradigma racional jusfilosófico

Além do movimento iluminista francês, inglês e italiano há também o iluminismo alemão e que encontra em Kant a sua maior projeção. Kant inicia com o conceito de Iluminismo (Aufklärung) porque é a partir dele que se pode iniciar todo o projeto de emancipação do indivíduo/sociedade em sua plenitude, inclusive o projeto de construir uma arquitetura jurídica independentemente dos pressupostos cosmovisionários da metafísica-religiosa. Aliás, o termo alemão *Aufklärung* procede do verbo *aufklären* que significa aclarar, elucidar, instruir. Enfim, é mais adequada a tradução ‘esclarecimento’ do que ‘iluminismo’. Penso que o primeiro termo possui e demonstra com mais eficácia semântica o que realmente Kant articulou em sua filosofia.

O conceito kantiano de iluminismo é definido pela *“saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem”*¹²⁸. Por isso mesmo que a premissa

¹²⁸ KANT, Immanuel. O que é o Iluminismo? In:_____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. p.11 – 19.

fundamental, a partir de tal conceito, é *sapere aude*, ou seja, cada pessoa deve servir-se de seu próprio entendimento. Para Kant, a questão fundamental que norteia o iluminismo – essa tentativa de emancipação cognitivista do ser humano – é a dialética entre uso público e uso privado da razão. Pelo primeiro, entende-se a pura expressividade humana, ou como Kant mesmo diz: “*àquele que, qualquer um, enquanto erudito, dela faz perante o grande público do mundo letrado*”¹²⁹. Erudito aqui não é apenas o indivíduo com grande capacidade intelectual, mas sobretudo àquele que porta o aparato cognitivo consigo, portanto, racional (capacidade de pensar e agir por si mesmo).

O uso privado da razão é (são), no entendimento kantiano, a (s) forma (s) que a pessoa faz do seu entendimento subjetivo no interior do espaço social. Nas palavras de Kant, “*àquele que alguém pode fazer da sua razão num certo cargo público ou função a ele confiado*”¹³⁰. Na verdade, o projeto iluminista kantiano é internamente *dialético*, pois ele acreditava que ainda na sua época não havia o cabal *esclarecimento* acerca do mundo externo e do próprio ser humano; e, por não ser totalizante tal empreendimento, seria necessário continuar a (re)edificar o *movimento* do esclarecimento.

4.5.2 Saber ético

É preciso se ter claro que a primeira parte da *Metafísica dos Costumes*¹³¹ é justamente a *Doutrina do Direito*¹³²,

¹²⁹ KANT, 2004, p.13.

¹³⁰ KANT, 2004, p.13.

¹³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 139p.

¹³² KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005. 224p. (Coleção Fundamentos do Direito).

isto é, conforme assinalamos, em Kant, Direito e Ética não são *vetores* indissociáveis; muito pelo contrário, são interdependentes no sentido de que a ética pressupõe o agir humano tanto no uso privado quanto no uso público da razão inclusive no tocante ao agir jurídico que se encontra no interior dessa articulação. Assim, de acordo com a nossa pesquisa passamos a análise, ainda que prolegomênica, da ética kantiana. Eu utilizarei, para efeito didático e melhor entendimento do discente, o livro da coleção Martin Claret no que tange ao saber ético kantino, que mesmo diante de críticas para efeito de tradução, torna-se mais inteligível. Por outro lado, quanto ao saber jurídico em Kant, utilizarei uma versão e tradução “*mais jurídica*”.

O texto sobre a ética kantiana tem um prólogo e mais três seções. O prólogo não é de uso para a pura retórica do filósofo prussiano, porém para ele conceituar a *metafísica dos costumes* na sua fisionomia ética e, a partir dela, “*deontologizá-la*” ou “*convertê-la juridicamente*”, ou seja, utilizar dos princípios conceituais de seu entendimento ético para efeito do mundo jurídico, que é uma forma de agir calcado, por conta do Esclarecimento, no uso da razão.

Kant inicia, no Prólogo, para definir o que é essa *metafísica dos costumes* com a clássica divisão da Filosofia grega: física (teoria da natureza), ética (teoria dos costumes) e lógica (regras universais do pensar). Nessa triádica articulação, Kant diferencia a parte filosófica propriamente empírica (o conhecimento é mediado primacialmente pela experiência) e a parte da filosofia principiológica (filosofia pura). Essa Filosofia Pura quando diz respeito ao entendimento ou aos objetos epistêmicos é chamada de **metafísica**. Note bem o conceito de metafísica kantiano. Assim, eclode uma dual metafísica: a da natureza e a dos costumes. Quanto à primeira, a filosofia da natureza determina as leis da natureza e é a experiência não último ponto de investigação, mas inicial e importante para a pesquisa empírica; no que tange à segunda metafísica –

metafísica dos costumes – “*deve investigar a idéia e os princípios de uma possível vontade pura e não as ações e condições do querer humano em geral*”¹³³, isto é, uma forma de investigar acuradamente os princípios do agir prático que se encontram na razão humana e, dessa forma, quando se fala de princípio busca-se, sim, uma fundamentação (Grundlegung) no agir humano que se deslinda experiencialmente, portanto, empiricamente. Tudo isso diz respeito à moral, pois a filosofia moral determina as leis da vontade do ser humano enquanto ser natural. O que Kant realmente investiga é no reino das vontades **um princípio arquimédico que seja a fundamentação de todas as “vontades” do/no agir humano**. É a essa busca pelo princípio supremo da moralidade que Kant se destina a perseguir.

Na **1ª seção** da *Metafísica dos Costumes* intitulada *Transição do conhecimento moral da razão vulgar para o conhecimento filosófico*, Kant põe o tema fundamental nessa pesquisa: a boa vontade. Sim, pois é pela vontade, segundo Kant, que o agir humano se move. A boa vontade, por sua vez, não tem a sua teleologicidade (finalidade) apenas pelo simples ato que efetiva, porém pelo **querer (Wollen)**. O **querer** representa na filosofia kantiana a *máxima*, isto é, o princípio subjetivo do querer que é definido por: “*age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”¹³⁴. Este princípio subjetivo – máxima – não pode ser confundido com o princípio objetivo (a lei). Isso mesmo! A lei prática ou leis objetivas (*Nötigung*) no sentido de obrigação. A essa formulação da máxima foi o que Kant denominou de *imperativo categórico* (IC). O IC “*seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim*”¹³⁵. Se a ação for

¹³³ KANT, 2003, p.17.

¹³⁴ KANT, 2003, p.51.

¹³⁵ Id. Ibid., p.45.

apenas boa com um fim definido, ela é considerada como imperativo hipotético; porém, se a ação for boa (considerada enquanto tal) em si mesma, temos o imperativo categórico. Em suma, na filosofia kantiana, o querer está intimamente ligado à vontade e é, a partir de tal premissa, que Kant desenvolve o princípio da autonomia da vontade como elemento amplificador da concepção democrática rousseauiana. Por isso mesmo que, em Kant, o princípio objetivo do querer é o **motivo** (*Bewegungsgrund*), isto é, a intenção / puro ato volitivo do cidadão. Poderíamos relacionar tais disposições kantianas ao âmbito penal no tocante ao crime doloso ou culposos? Se “A” teve ou não teve intenção de matar “B” é uma questão sumamente **deôntica**.

O IC é, de fato, o princípio maior da moralidade. Em outras palavras: fundamentar “metafisicamente” os costumes é dispor do aparato racional motivado pela vontade que, por sua vez, se estabelece enquanto princípio ético e dispositivo moral (pragmática do princípio ético). Nota-se aqui que Kant estabelece – na **2ª seção** da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* intitulada *Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes* – a dialética jusfilosófica entre autonomia e heteronomia, ou seja, na autonomia o que está posto é o fundamento da razão humana sendo a moralidade a relação intersubjetiva (entre pares) das ações com a autonomia da vontade; já no caso da heteronomia da vontade o que deve ser entendido é que “quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja na aptidão de suas máximas para a própria legislação universal [...] busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos”¹³⁶. Assim, Kant distingue, sob o ponto de vista

¹³⁶ KANT, 2003, p.71.

filosófico (fundamentação) e prático imperativo moral (categórico)¹³⁷ e imperativo hipotético na seguinte forma:

[...] não pode tornar possíveis senão imperativos hipotéticos: ‘devo fazer alguma coisa porque quero qualquer outra coisa’. Por outro lado, o imperativo moral e, portanto, categórico, afirma: ‘devo agir dessa ou daquela maneira, mesmo que não quisesse outra coisa. Por exemplo, aquele que diz: ‘não devo mentir se quero conservar a honra’; esse, porém, diz: ‘não devo mentir, ainda que o mentir não me trouxer a menor vergonha’¹³⁸.

A partir destas premissas, identificamos que o dever kantiano ocupa um status primaz em sua arquitetura moral no sentido de caracterizá-lo como um fim em si mesmo e não por conta de outrem que me obrigue a tal coisa. Nesse sentido, existem três formas de expressão do princípio da moralidade em Kant:

Uma forma, que consiste na universalidade, e, desse ponto de vista, a fórmula do imperativo moral expressa-se de modo tal que as máximas tenham de ser escolhidas como se devessem ter o valor de leis universais da natureza;

Uma matéria, isto é, um fim, e a fórmula então expressa o seguinte: o ser racional deve servir como fim segundo a sua natureza e, portanto, como fim em si mesmo; toda máxima deve então servir de condição restritiva de todos os fins meramente relativos e arbitrários;

¹³⁷ O Imperativo Categórico (IC) kantiano tornou-se posteriormente para Habermas o Princípio do Discurso (PD), este por sua vez, também como em Kant, fundamenta a sua filosofia em postulados cognitivos. Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

¹³⁸ KANT, 2003, p.71.

Uma determinação integral de todas as máximas por meio daquela fórmula, qual seja: que todas as máximas, por legislação própria, devem concordar com a idéia de um reino possível dos fins como um reino da natureza¹³⁹.

Na **3ª seção** da referida obra em análise intitulada *Transição da metafísica dos costumes para a crítica da razão prática pura*, Kant desenvolve o conceito de autonomia da vontade a partir do conceito de **liberdade**¹⁴⁰. A liberdade pressupõe a vontade de ser lei para si mesmo e, nesse caso, ela é propriedade da vontade de todos os seres racionais.

Por fim, a possibilidade do IC é indagada por Kant outro tema fundamental desta **3ª seção** no sentido de definir que o indivíduo com a capacidade racional é àquele co-partícipe da esfera inteligível e, nesse caso, a vontade é a origem de sua causalidade enquanto causa eficiente (quem faz algo) – lembrar Aristóteles – que pertence a esse mundo inteligível. Por outro lado, “sempre tem um mas...”; e, nesse caso, para Kant, essa autoconsciência do sujeito em reconhecer-se que é portador do princípio da inteligibilidade se depara com ações que são, a seu tempo, provenientes do mundo sensível (externo ao indivíduo), do mundo das leis objetivas, da sanções, enfim... é o reino da heteronomia da natureza. Nesse caso, para Kant, o fundamento principiológico é que o “*mundo inteligível contém o fundamento do mundo sensível*”¹⁴¹ e, por conseguinte, de suas próprias leis. Assim, o sujeito deve submeter-se à lei do mundo inteligível principalmente porque nela há a razão que, com efeito, predica na liberdade como expressão máxima da autonomia da vontade. Nesse caso, o dever moral “*é um querer próprio necessário seu como membro de um*

¹³⁹ KANT, 2003, p.66-67.

¹⁴⁰ Id. Ibid., p.79.

¹⁴¹ KANT, 2003, p.86.

*mundo inteligível, só sendo pensado por ele como dever à medida que ele se considera membro do mundo sensível*¹⁴².

A primeira parte dos **Fundamentos da Metafísica dos Costumes (1785)** é intitulada **Doutrina do Direito**¹⁴³ (1797), doravante DDrt. E, na linha de nossa pesquisa, devemos perscrutar o que Kant entendeu sobre Direito e sua relação com a ética deontológica. É importante perceber a grandeza de tal obra, pois ela se situa contextualmente na tradição evolutiva do pensamento juspolítico do Ocidente tendo como cenário a Revolução Francesa (1789 – 1799), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a proclamação da República (1792), a condenação do rei Luís XVI (1793).

4.5.3 A concepção filosófica no Direito kantiano

*“É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”*¹⁴⁴. São com essas palavras que Kant inicia sua DDrt especificando o princípio universal do Direito, também chamado de PU. O conceito de máxima, explicado anteriormente, possui como conceito básico a regra que o indivíduo prescreve a si mesmo enquanto princípio por razões subjetivas. Mais uma vez observamos a estreita relação entre ética/moral e direito em Kant. É nesse sentido – principiológico – que Kant estabelece a diferença entre a lei (procedente da vontade) e o arbítrio (liberdade racional). O conceito de universalidade deve ser entendido enquanto compreensão, no caso, normativa e axiológica, no interior de uma

¹⁴² Id.Ibid., p.87.

¹⁴³ KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 2005. 224 p. (Coleção Fundamentos do Direito)

¹⁴⁴ KANT, 2005, p.46.

determinada comunidade civil. Não se pode confundir, portanto, universalidade com planetariedade, pois este último é, no entendimento jurídico kantiano, o hibridismo jusfilosófico acerca de princípios, regras e cosmovisões axiológicas de comunidades civis entre si.

A DDrt tem uma Introdução e nela Kant apresenta sua concepção da teoria do direito, já na **1ª parte** e **2ª parte**, ele parte da idéia de Justiniano ao separar respectivamente Direito Privado e Público. Tomaremos como referência tais postulados metodológicos da obra DDrt.

Na **Introdução à Teoria do Direito**, Kant indaga epistemicamente sobre o Direito. Para ele, Teoria do Direito é “*o conjunto de leis suscetíveis de uma legislação exterior*”¹⁴⁵. Se tal legislação passa a ser existente é definida por *Direito Positivo* e àquele (a) que conhece essa mesma ciência (saber) é o *jurisconsulto* (*jurisperitus*); mas, se além de conhecer as leis, o indivíduo conhece a sua aplicabilidade em diferentes situações na facticidade mediada pela experiência aí temos a *jurisprudência* (*jurisprudencia*).

Iniciando com conceitos epistemológicos sobre Direito, Kant oferece uma resposta à pergunta: “E o que é o Direito em si?” Para ele, a resposta não se concentra em mera tautologia (expressar um conceito de formas diferentes/argumento que se autoexplica), porém para algo que está além das prescrições legais de uma determinada tradição histórica; estes, por sua vez, retroalimentam àquilo que Kant chamou de *a ciência empírica do Direito*, a saber: **os princípios fundados na razão humana**. De fato, em Kant não basta “axiologizar” uma determinada prescrição por meio da qual se possa identificar se a mesma é justa ou injusta, pois tal caso não pode ser resolvido segundo os critérios ou princípios empíricos. Dessa forma, é necessário que se atribua um status primaz à razão/cognição e não à

¹⁴⁵ KANT, 2005, p.44.

esfera empírica, pois “a ciência puramente empírica do Direito é (como a cabeça das fábulas de Fedro) uma cabeça que poderá ser bela, mas possuindo um defeito – o de carecer de cérebro”.

Se a DDrt é atividade prescricional de leis fundada na razão, tal conceito arrola para si a noção de obrigatoriedade e esta possui três aspectos:

Em *primeiro lugar* concerne tão-somente à relação exterior e prática de uma pessoa com outra enquanto suas ações como fatos possam ter uma influência sobre outras ações; porém, em *segundo lugar*, essa noção não indica a relação do arbítrio com o desejo de outro. Em *terceiro lugar*, nessa relação mútua do arbítrio, não se toma em consideração a matéria do arbítrio, o fim a que cada um se propõe[...]¹⁴⁶.

Já que Kant fala que Direito é, acima de tudo, uma arqueologia principiologicamente racional e não meramente empírica, o Direito tem o seu (arque) princípio: “*é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais*”¹⁴⁷. Autonomia e heteronomia numa constante dialética jusfilosófica. Autonomia porque trata da razão do sujeito (da pessoa) e heteronomia porque diz respeito a leis exteriores a mim. Então, temos o que podemos identificar como PU (Princípio de Universalização); portanto, a lei universal, enquanto princípio, do Direito é que cada um aja de modo que o uso livre de nosso arbítrio seja conciliável com a liberdade de todos.

¹⁴⁶ KANT, 2005, p. 45.

¹⁴⁷ KANT, 2005, p. 46.

4.6 Direito Privado

Kant na introdução na DDrt apresentou o princípio máximo do Direito e sua relação com o aparato racional do ser humano. A **1ª parte** tem como título o **Direito Privado: Do Meu e do Teu exterior em geral**. Essa parte tem três capítulos que respectivamente são: primeiro, *Da maneira de ter alguma coisa exterior como sua*; segundo, *Da maneira de adquirir uma coisa exterior (nesse capítulo temos três seções que respectivamente são: Do Direito real, Do Direito pessoal, Do Direito real pessoal)*; e o terceiro, *Do Direito misto ou do direito real pessoal*. A **2ª parte** tem como título **Direito Público** e que tem apenas duas partes: uma seção intitulada *Do Direito de cidadania* e uma parte dedicada a *Observação Geral* que trata especificamente da associação civil e *Do Direito de punir e de perdoar*. Na verdade, esse último tópico transita na esfera do Direito Penal e mais notadamente na Teoria do Crime.

O **1º capítulo** Kant inicia sua teoria principiológica do Direito definindo os conceitos de ‘meu’ e ‘teu’. O ‘meu’ em Direito (*meum juris*) é “aquele com que tenho relações tais que o seu uso por outro sem minha permissão me prejudicaria”¹⁴⁸. A partir desse conceito que auxilia no entendimento de sua teoria da posse, Kant afirma que se eu estabeleço relações com o objeto, eu preciso também da condição subjetiva da possibilidade do uso. A essa condição, Kant chamou de **posse**.

O conceito de ‘meu exterior’ “é a coisa fora de mim cujo uso arbitrário não me pode ser impedido sem lesão”¹⁴⁹. Lesão aqui tem o sentido de algo que contraste com a minha liberdade de usufruto. O ‘teu exterior’ tem três denominações: “uma coisa fora de mim; o arbítrio de outro para

¹⁴⁸ KANT, 2005, p.63.

¹⁴⁹ KANT, 2005, p.67.

*um fato determinado; o estado de outro em relação a mim*¹⁵⁰. O ‘meu interior’ é a liberdade. Nesse caso, exemplicando, para eu afirmar que um objeto ‘x’ seja meu, eu devo possuí-lo de alguma forma; porém, na posse há uma subdivisão principal: posse inteligível (o aparato cognitivo define a obtenção do objeto) e posse física (o objeto em si). Essa última, podemos parafraseando Kant, chamá-la de posse fenomênica porque eu apesar de racionalmente ter o objeto enquanto direito de posse, eu ainda não o possuo, sob o ponto de vista principal, o objeto materialmente. Esse tipo de posse me dá a *garantia* que eu sou dono do objeto ‘x’. Essa garantia, por sua vez, é definida no reino da liberdade universalmente válida entre as pessoas da sociedade civil.

O 2º capítulo intitulado *Da maneira de adquirir uma coisa exterior* e aqui Kant já estabelece o princípio geral da aquisição exterior: “*é meu o que eu submeto ao meu poder (segundo a lei da liberdade exterior), do que tenho a faculdade de usar como objeto de meu arbítrio; é meu, enfim, o que eu quero (conforme a idéia de uma vontade coletiva possível) que o seja*”¹⁵¹. Existem fases para que se possa declarar que “eu” tenha a posse de algo:

a apreensão de um objeto que não pertence a ninguém; de outro modo seria contrária à liberdade de outro regulada por leis gerais. Essa apreensão é a tomada de posse do objeto do arbítrio no espaço e no tempo, a posse atual; a declaração da posse desse objeto e do ato do meu arbítrio que se direciona para subtrair aos demais o objeto possuído por mim; a apropriação como ato de uma vontade exterior (em idéia) que legisla universalmente e pela qual todos têm obrigação de se conformar com meu arbítrio. A validade desse último momento da aquisição, como base desta conclusão: o objeto exterior é meu, isto é, a

¹⁵⁰ Id. Ibid. p.65.

¹⁵¹ KANT, 2005, p.81.

legitimidade da posse como *simplesmente jurídica* (possessio noumenon) se funda no fato de todos esses atos, como jurídicos, emanarem da razão prática ¹⁵².

Um objeto que, em tese, não seja de ninguém não dá direito a que eu o assumo como meu, pois nessa triádica articulação kantiana acima delineada nos ajuda a entender que a observância a lei é o princípio fundamental que orienta a prática da posse. Por isso mesmo que, na **seção I intitulada *Do Direito real*, do 1º capítulo** da DDrt, kant definiu o direito ao uso/posse de algo diz respeito ao uso privado desse algo, mas eu devo estar relacionado com a “comunidade de posse”, isto é, com a sociedade civil.

O significado da posse não fica restrito a aquisição de objetos. Kant ressignifica ‘horizontalizando’ o conceito de posse também com relação a outra pessoa. Como assim? Bem, não é necessariamente eu ter usufruto de outrem da maneira como eu quero. Não! Kant define o **direito pessoal** quando um sujeito ‘A’ tem a posse do **arbítrio** – autonomia da vontade – do sujeito ‘B’ mediado por um determinado **ato** e isso de acordo com as leis da liberdade. O exemplo dessa relação é o **contrato**. Principalmente o contrato só é possível, em kant, quando os sujeitos ‘A’ e ‘B’ mediados pela **vontade comum**, apenas um deles **renuncia** ao objeto que lhe pertence (“o Seu”). A esse movimento teórico é que Kant chamou de **translação**. Esta, por sua vez, quando envolve a propriedade de um dos sujeitos cognomina-se de **alienação**. E, por fim, o ato da vontade conjunta dos sujeitos participantes da ação de aquisição é chamado de **contrato**, isto é, o sujeito ‘A’ passa, no exercício de sua vontade – princípio da autonomia da vontade – a sua propriedade (objeto, bem material) para o sujeito ‘B’. Aqui encontramos, por consequência dessa

¹⁵² KANT, 2005, p.81

pesquisa kantiana, o fundamento jusfilosófico na teoria contratual presente, pelo menos, em três princípios mais gerais: autonomia da vontade, boa-fé e *pacta sunt servanda*. Logo abaixo iremos exemplificar a *atualidade* jurídica da teoria kantiana estabelecendo três exemplos tipificadores.

No primeiro princípio podemos tomar por referência de pesquisa o Código de Defesa do Consumidor. Nele, precisamente no artigo 46 está disposto que o contrato regula a ação de consumo de forma não obrigatória (coativa) do consumidor; portanto, claramente manifesta-se aqui o princípio jusfilosófico da autonomia da vontade. Sem a vontade expressa do consumidor não pode haver ação contratual. Outro exemplo desse mesmo princípio – autonomia da vontade – é o contrato paritário, o que não ocorre no caso do contrato de adesão. A disposição racional da vontade dos envolvidos no “jogo de acordo” – que pode culminar ou não em um contrato – relaciona-se ao que Kant chamou de “boa vontade”¹⁵³. É o

¹⁵³ Nessa parte do texto da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant desenvolve a mudança de uma forma de conhecimento moral (ação) da razão vulgar (sensível, não reflexiva, comum) para uma forma de conhecimento filosófico que pressupõe a reflexividade, o autodomínio. A boa vontade, para Kant, é boa em si mesma, ela é o seu próprio fundamento autorreflexivo. A vontade, por sua vez, orienta o dever (Sollen) humano. É o que ele chamou de *máxima* como princípio subjetivo do próprio querer; por outro lado, o princípio objetivo do querer é a lei prática. Assim, a lei constitui-se enquanto texto normativo como princípio objetivo do querer humano. A lei teleologicamente manifesta, no seu conteúdo autorreferencial, a objetivação do querer. Por isso que no contrato subjazem as idéias kantianas de autonomia da vontade, pois sem o puro querer não pode haver acordo entre partes. Vale lembrar que a autonomia da vontade diferencia-se com a heteronomia da vontade. A vontade da alteridade (dos outros) nem sempre é compatível com a minha (subjetiva). Em todos os casos, a liberdade contínua, segundo Kant, como a questão fundamental para a autonomia da vontade. Ser livre é, portanto, ser autônomo, ter vontade própria, possuí-la em si mesma enquanto autodeterminação racional do sujeito. Cf. KANT, 2003, p. 27 – 33.

próprio querer (Wollen) subjetivo do indivíduo o fator racional de ação do mesmo, pois sem ela – a vontade própria – o ser humano não age *soberanamente* e é nesse sentido que Kant atribui a autonomia o “fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2003, p.66). ademais, só um ser racional é capaz de agir de acordo com a representação das leis que, por sua vez, são objetivas e por isso mesmo exigem o reconhecimento das partes que as compuseram. A lei objetiva, portanto, torna-se uma obrigação (*Nötigung*) assumida entre os atores sociais.

No Código Civil nos artigos 113, 187 e 422, este último de forma particular, estão objetivamente explícitos o princípio da boa-fé no que diz respeito a relação intersubjetiva no negócio jurídico, no ato ilícito e nos contratos respectivamente. A boa-fé também é *prevista* em Kant, por exemplo, quando o filósofo aborda sobre a *veracidade ou verdade subjetiva* ¹⁵⁴. Verdade, nesse contexto kantiano, está relacionada a não mentir, evitar iludir ou enganar outra pessoa e é nesse caso que podemos, sim, estabelecer vínculo dessa terminologia – veracidade – com a boa-fé. Assumir a condição de uma pessoa veraz é também assumir uma proposta de ação social dotada de boa-fé. A mentira é, pois, definida “*como uma declaração intencionalmente não-verdadeira feita a outro homem*” ¹⁵⁵ e levando em conta tal conceito, a veracidade nos atos declaratórios (naquilo que se diz) constitui-se em um dado deôntico (de dever). Por isso que, seguindo essa lógica kantiana, se alguém falsifica uma declaração (seja ela escrita ou expressa oralmente) essa pessoa incorre na “não veracidade”, o que, nesse caso, é entendido por mentira e, portanto, atentado a boa-fé.

¹⁵⁴ KANT, 2005, p.123 – 128.

¹⁵⁵ KANT, 2005, p.124.

Na teoria jusfilosófica do contrato kantiana prevê quatro procedimentos¹⁵⁶: oferta (oblatio), consentimento (approbatio), promessa (promissum) e aceitação (acceptatio). Os dois primeiros são chamados de **atos preparatórios** ou prolegomênicos e os dois últimos de **atos do arbítrio jurídico constitutivos**. Em síntese, para o sujeito ‘A’ estabelecer um contrato com o sujeito ‘B’ é necessário que haja primeiramente o dispositivo da oferta e o consentimento de ambos, depois um expressa a vontade de contrair um acordo com o outro e, finalmente, ambos aceitam expressamente, pelo viés legal, a celebração do acordo. Por isso mesmo Kant definiu que as formalidades exteriores da conclusão de um contrato de **solemnia**, ou seja, celebrar o acordo ou solenidade. Na concretização do agir contratual, Kant prevê que o bem material não é adquirido senão pela *entrega* do mesmo e não apenas pela aceitação da promessa. Dessa forma, no entendimento kantiano, “*o direito que resulta de um contrato não é, pois, senão um direito pessoal, e não chega a ser real a não ser por meio da entrega*”¹⁵⁷. Direito pessoal, em Kant, é a posse do arbítrio de outra pessoa como faculdade para determiná-la pelo meu a certo ato segundo leis de liberdade. O conjunto das leis segundo os quais posso ter essa posse¹⁵⁸. Já o Direito real (jus reale) é aquele na qual não se deve entender simplesmente o direito a uma coisa, mas sim, também o conjunto de todas as leis que se referem ao Meu e Teu real. O direito a uma coisa é o direito do uso privado de uma coisa¹⁵⁹.

Como procedimento metodológico na ênfase dada à teoria contratual kantiana, postulada nas premissas

¹⁵⁶ KANT, 2005, p.98.

¹⁵⁷ KANT, 2005, p.102.

¹⁵⁸ KANT, 2005, p.97.

¹⁵⁹ KANT, 2005, P.84.

anteriores, podemos resumir nas linhas seguintes a referida compreensão¹⁶⁰:

Todo contrato *objetivamente* dois atos jurídicos: **promessa e aceitação.**

Todo contrato tem por objeto: ou uma aquisição unilateral (contrato a título gratuito) ou uma aquisição bilateral (contrato a título oneroso) ou então somente uma garantia do Seu (garantia que pode ser ao mesmo tempo gratuita de uma parte e, todavia, onerosa da outra).

1) O contrato a título gratuito (*pactum gratuitum*) é: a guarda de um bem que se confia (depositum), o empréstimo de uma coisa (commodatum), a doação (donatio).

2) O contrato oneroso compreende:

a) a troca no sentido mais geral, isto é: a troca propriamente dita, mercadoria por mercadoria; a compra e venda, mercadoria por dinheiro; o empréstimo de consumo, alienação de uma coisa sob a condição de recobrá-la outro dia;

b) o contrato de aluguel (locatio conductio), isto é: o aluguel de um coisa minha a outra pessoa para uso que dela possa fazer; o aluguel do trabalho (a concessão do uso de minhas forças a outro por preço determinado); o mandato (a substituição em lugar e nome de outro feita por este outro);

3) O contrato de caução compreende:

a) a entrega do penhor e sua aceitação ao mesmo tempo;

¹⁶⁰ Id. Ibid., p.115-117.

b) a fidejussão ou compromisso em apoio da promessa de um contrato;

c) a entrega de reféns. Este conceito significa os instrumentos (procedimentos) para efetivar a translação (quando uma pessoa renuncia o “seu” e o passa a outro).

O contrato é uma *forma legal* entre participantes de uma ação comum. Assim, toda legislação, de acordo com o pensamento kantiano, é composta por duas partes: a primeira, uma lei que apresenta como *objetivamente* necessária a ação que deve ser executada; a segunda, um motivo que relaciona com a representação da lei o princípio que determina subjetivamente o arbítrio a essa ação. Esse **motivo** é que, resumidamente, chamamos de **princípio ou fundamento**. Para cada ato legislativo/legiferante, portanto, há um princípio subjacente e que deve ser motivado racionalmente.

Kant é “palimpsesticamente” principiológico, não?! Ele (re)faz a cada instante sua compreensão jusfilosófica tendo como *leitmotiv* o fundamento da razão. É, de fato, um pensamento de ordem pós-metafísico¹⁶¹ que rompe com uma fundamentação arquimédica de cunho metafísico-religiosa na urdidura da sociedade do final do século XVIII.

Na DDrt, no tocante ao Direito Privado, que é até agora a orientação de nossa pesquisa, e que diz respeito intrinsecamente à esfera do Direito Real e do Direito Pessoal kantianamente falando, chegamos ao último passo do Direito Privado em Kant intitulada **Da aquisição ideal de um objeto exterior da vontade**, que compõe a última sessão do 2º capítulo e **Da aquisição subjetivamente condicionada pela sentença de uma jurisdição pública**, que é o 3º capítulo do Direito Privado.

¹⁶¹ HABERMAS, 1990, 271p.

Kant cognomina de aquisição ideal “*aquela que não contém nenhuma causalidade no tempo e por conseguinte tem por fundamento uma simples idéia da razão pura*”¹⁶². Este tipo de aquisição contém o pressuposto da racionalidade na aquisição da propriedade. De fato, é o caráter do idealismo transcendental aqui delineado. Há uma triádica tipologia na aquisição ideal: *por usucapião; por herança; por mérito imortal*.

A aquisição por usucapião, de acordo com Kant, prevê que a pessoa adquira a propriedade de outra pessoa mediante um longo período de posse (*usucapio*). Nesse caso, entende-se que é lícito proceder como se o proprietário fosse um *ser imaginário*. Para Kant, é necessário que o proprietário de um bem real cuide de demonstrar a autenticidade de seu ato de posse. O usucapião, no Estado republicano, deve ser legitimado por lei que garanta o direito de posse (em tempo e lugar); mas, por outro lado, no estado de natureza, o usucapião é totalmente legítimo.

No *Direito de Herança*, Kant compreende que é a “*translação do haver e dos bens de um que morre a outro que sobrevive pelo concurso de suas vontades*”¹⁶³. A aquisição do herdeiro só tem efetividade no momento em que àquele que é o possuidor deixa de existir.

A aquisição *por mérito imortal* diz respeito àquela deixada pelo sujeito após sua morte, isto é, o direito de deixar uma boa reputação após a morte.

No **3º capítulo – Da aquisição subjetivamente condicionada pela sentença de uma jurisdição pública** – apresenta quatro casos de juízos, não mais do Direito Privado, mas no Direito Público, diferentes acerca da decisão de um tribunal (pessoa moral que administra a justiça): *do contrato de doação; o comodato; a reivindicação e o juramento*.

Do Contrato de doação é o contrato (*donatio*) por meio do qual o sujeito aliena gratuitamente o Meu (posse

¹⁶² KANT, 2005, p.124.

¹⁶³ KANT, 2005, p.127.

real) a outro (donatário). A questão jusfilosófica – fundamentação – reside no fato de que na presunção coativa do cumprimento da promessa e, portanto, da renúncia da liberdade. O ato volitivo está pressuposto no princípio da liberdade, pois a justa intenção do sujeito em “fazer/efetivar algo” é determinada pelo arbítrio do próprio indivíduo. É preciso, portanto, a presença do tribunal para resolver o litígio que se deslinda na presencialidade do fato de alguém se arrepender antes da entrega da coisa que fora prometida.

O Comodato (*commodatum*) é “um contrato pelo qual concedo a outro o uso gratuito de alguma coisa que me pertence”¹⁶⁴. Para Kant, o comodatário e o comodante devem entrar em acordo expresso no contrato sobre todas as cláusulas de responsabilidade no que se refere a eventuais perdas para que, assim, evite-se maiores litígios posteriores ao *commodatum* estabelecido.

Da Reivindicação de uma coisa perdida (*vindicatio*) parte do pressuposto jusfilosófico de que uma coisa sendo minha e enquanto o indivíduo não a renunciá-la, trata-se de saber se todos conhecem o direito de propriedade que o sujeito possa ter de algo.

Da aquisição da garantia para uma prestação de juramento (*cautio juratoria*) Kant se pergunta sobre a legitimidade do juramento enquanto prova da veracidade de premissas afirmativas. Nesse caso, Kant apresenta o juramento feito mediante postulados metafísico-religiosos que são, por sua vez, distintos dos juramentos perante o magistrado no tribunal. É preciso, portanto, distinguir os juramentos feitos em ambas as esferas: civil e religiosa.

Para iniciar o Direito Público, Kant estabelece o êxodo paradigmático do estado natural ao estado em sociedade como elemento necessário para a solidez do estado jurídico, isto é, àquela forma de Estado onde se

¹⁶⁴ KANT, 2005, p.134.

encontra a justiça distributiva. Por sua vez, o estado não-jurídico é aquele onde não há a justiça distributiva. Kant preconiza o seu imperativo jusfilosófico – “Tu deves entrar neste estado”¹⁶⁵ – enquanto forma procedimental e legitimadora da eficácia do Estado de direito. Aqui, o Direito Público torna-se importante, pois nele estabelecem-se as relações do Estado para com o indivíduo.

4.7 Direito Público

Tomaremos primeiramente como orientação a Seção I intitulada **Do Direito de cidadania** e nela Kant estabelece o conceito de Direito Público e também como o mesmo se desenvolve. Para isso, o filósofo alemão não mede esforços numa construção analítica de conceitos.

O conjunto das leis, as quais exigem uma promulgação geral para produzir um estado jurídico¹⁶⁶ é o que Kant cognominou de Direito Público; portanto, o direito público é uma urdidura normativa para um povo ou para sociedades sendo que, assim, haja o exercício da mútua influência de uns para com outros na observância dos princípios legais. Quando há a mútua relação entre pessoas formadas em um único povo é o que se pode chamar, segundo Kant, de **estado civil**. No interior do estado civil, a sua totalidade é chamada de **cidade**. Por sua vez, os cidadãos na cidade depreendem-se ações comuns com a finalidade de manter o vínculo jurídico e, nesse caso, Kant chama de **coisa pública**. Só que quando se estabelece vínculos jurídicos entre povos/nações aí tem-se o Direito das Nações.

A cidade (civitas) é a junção de um conjunto de pessoas sob as leis de direito, sendo as mesmas necessárias e dispostas pela via legislativa. Na cidade encontram-se três

¹⁶⁵ KANT, 2005, p.144.

¹⁶⁶ KANT, 2005, p.149.

tipologias cratológicas (de poder): o poder soberano (soberania, na pessoa do legislador), o poder executivo (segundo a lei, na pessoa do governo) e o poder judicial (na pessoa do juiz). Esta apresentação cratológica da cidade segue uma lógica jusfilosófica: lei, preceito e sentença. É importante observar o status primacial da lei em relação aos outros dois princípios. Nessa cratologia (teoria do poder), Kant apresenta a pessoa do governador do Estado como “*a pessoa que está investida do poder executivo*”¹⁶⁷. Vale ressaltar aqui que quando Kant refere-se aos três tipos de poder (*potestas legislativa, executiva, judiciaria*) – nomes latinos muito próximos ao nosso vocabulário – podemos estabelecer relação com as nossas formas de poder reconhecidamente conhecidas: executivo (CF. art 76), judiciário (CF. art. 92) e, por fim, ao legislativo (CF. art. 44 – 47).

Kant une o poder legislativo à vontade coletiva do povo e este, por sua vez, está associado a características jurídicas comuns, a saber: liberdade, igualdade civil e a independência civil. De fato, encontramos no conceito da vontade conjunta do povo como ação principal de governo um conceito jurídico também presente na Constituição brasileira (CF, art 1); pois o poder emana do povo no sentido kantiano de que cada um decide para **todos**, e, sendo assim, é uma vontade coletiva legisladora/legiferadora.

No que diz respeito aos atributos (características) jurídicos do cidadão, Kant apresenta o seguinte triádico conteúdo: liberdade, sendo esta interpretada como obediência à lei mediada pelo sufrágio¹⁶⁸; a igualdade civil (CF, art 5), onde não há alguém superior além daquele que

¹⁶⁷ KANT, 2005, p. 156.

¹⁶⁸ Sobre o sufrágio é importante notar a substancial contribuição de Canotilho. Cf. CANOTILHO, José Gomes. O Princípio Democrático e o Direito de Sufrágio. In: _____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 432 – 436.

tem o juízo moral jurídico; e, por fim, a independência civil, que define a autonomia do (s) cidadão (ãos) enquanto membro (s) da república.

As linhas acima delineadas alçam a construção jusfilosófica da cidadania interna, ou seja, diz respeito aos indivíduos de uma determinada comunidade civil; porém, como imbricar tais postulados princiológicos com a cidadania externa, isto é, com o cidadão de outra comunidade civil e que pertencem, portanto, a outra doutrina compreensiva? Nesse caso, kant estabelece três artigos definitivos como uma tentativa para prover a “paz perpétua” entre as nações e que esse projeto social, com cariz jusfilosófica, é uma tentativa de construir o projeto republicano que tem fundamento na razão¹⁶⁹. Na verdade, o pressuposto filosófico desse (s) tipo de acordo (s) é que as nações, motivadas pela logocentricidade e, portanto, autodeterminadas pela vontade, aquiescem sobre questões de direito e de fato cujo telos é a garantia, de ambas as partes, do estado de não beligerância.

O 1º artigo definitivo tem como premissa que “a constituição civil em cada Estado deve ser republicana”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Nesta parte da obra kantiana, o filósofo alemão deslinda, na tentativa de mitigar o litígio entre as nações e, portanto, entre as cidadanias que são caracterizadas por diferentes doutrinas compreensivas, tanto artigos preliminares – ao todo são seis – quanto artigos definitivos, ao todo são três. Sobre os seis primeiros artigos, os mesmos versam dos tratados de paz – não guerra – entre as nações. Nesse caso, encontramos neste texto os prolegômenos jusfilosóficos do Direito Internacional “mais próximo” de nossa época, ou seja, da contemporaneidade. Temas como soberania, autonomia e solidariedade cosmopolita fazem parte da agenda kantiana a respeito dos tratados/acordos entre os povos. Para efeito de nossa pesquisa, entretanto, apresentarei apenas os artigos definitivos por considerá-los hierárquica e filosoficamente mais pertinentes. Cf. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua: um Projeto Filosófico**. In: _____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 119 – 171.

¹⁷⁰ KANT, 2004, p.127.

Não é preciso nem asseverar a fisiognomia deôntica dessa assertiva kantiana, sobretudo, ao termo ‘deve ser’. Uma teoria do ‘dever ser’ exsurge internamente do postulado deontológico, mas, nesse caso, Kant alguns adjetivos formais do estado republicano, a saber: princípio da liberdade; princípio da dependência de todos em relação a uma única legislação comum (é o caso do primado principiológico e normativo da Constituição diante das normas infra-constitucionais); e, por fim, o princípio da igualdade. Por outro lado, este conteúdo jurídico, que faz as pessoas se vincularem umas às outras constitucionalmente, tem três formas: direito político (*Staatsbürgerrecht*) – CF, art.14 – 16; direito das gentes (*Volkerrecht*) – CF, art. 18 – 34; e o direito cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), que trata das relações entre Estados nacionais (CF art. 4).

De acordo com o entendimento kantiano, uma constituição republicana tem como orientação teleológica “a paz perpétua”. O pressuposto de tal argumentação dá-se pelo fato de que, para Kant, os cidadãos, no uso da liberdade jurídica¹⁷¹, consentem a respeito do ato decisório

¹⁷¹ A liberdade jurídica não pode ser confundida com a liberdade não-jurídica, portanto, subjetiva, pessoal, do puro arbítrio sem qualquer ingerência de um ato normativo capaz de orientar ações práticas. Liberdade jurídica é “a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes puder dar o meu consentimento” [grifo do autor]. Nesse caso, a liberdade exterior (jurídica) do Estado é justamente a relação entre os cidadãos que se vinculam juridicamente a outro(s). Por outro lado, a liberdade (interna) – subjetiva e não vinculada a normas objetivas – é o que Kant cognominou de *Be-fähigis* (competência, autorização) – é a possibilidade de ações do indivíduo. É pela liberdade jurídica, mais precisamente, que reside o fundamento e a garantia da validade dos direitos inatos que, por sua vez, possuem o princípio da inalienabilidade. Importante notar que o princípio jusfilosófico da liberdade é a própria autonomia, isto é, a pura faculdade de exercer o arbítrio volitivo externo à pessoalidade no tocante a relação com a alteridade. Isso significa que mediante a autonomia todas as demais “decisões” – ações volitivas – têm o seu

em prol ou não da guerra. O conceito republicano tem também cunho político, pois é o “princípio da separação do poder executivo (governo) do legislativo”¹⁷². Por outro lado, o governo despótico é o alvedrio do Estado por meio de leis que a ele a si mesmo deu e, assim, a formação da vontade pública é configurada de acordo com os critérios privados do Estado.

A tipologia cratológica do Estado, isto é, as formas de poder, que são definidas, segundo Kant, pela forma de governo, são assim apresentadas: Soberania: autocracia, aristocracia e democracia; Forma baseada na Constituição: republicana ou despótica. Em Kant reaparece na tradição jusfilosófica desde Platão, a crítica ao regime democrático, pois, para àquele, a democracia é uma forma despótica de governo no sentido de que fundamenta o poder executivo na ação coletiva contra a subjetiva. É o que Kant chama da regra “do todos contra um”. Daí que no *todos* decidem possui contradição porque é o paradoxo da vontade geral para com a liberdade do próprio *todos*. Não é o “*todos*” que decide, porém uma *parte do todos*. Tal premissa, com o tempo, foi perdendo força conceitual e substituída pela noção *democracia representativa*.

O 2º artigo definitivo postula que “*o direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres*”¹⁷³. O Direito das Gentes ou *Volkerrecht* (direito dos povos) diz respeito às relações estabelecidas entre os cidadãos do (no) próprio Estado. O conceito de federação parte do entendimento de que há uma coexistência de direitos no interior do Estado. Essa existência *com-partilhada* de um para com o(s) outro(s) deve exigir como pré-requisito a garantia desses mesmos direitos. Esse *estado* de paz tem como fundamento a

fundamento. É pelo arbítrio/ato autônomo que “eu” decido por “X” e/ou “Y” Cf. KANT, 2004, p. 128.

¹⁷² KANT, 2004, p. 130.

¹⁷³ KANT, 2004, p.132.

federação de paz (*foedus pacificum*) que se distingue, na compreensão kantiana, do acordo de paz (*pactum pacis*). Isto porque o acordo de paz tem a intenção de acabar com uma determinada guerra, ao passo que a federação de paz tem a intenção de por fim a todas as formas de guerra. Nesse caso, a federação de paz não procura o poder do Estado, mas em garantir a paz no interior do próprio Estado e, deste, com relação aos demais Estados federados. A exequibilidade deste Projeto tem como base o próprio Estado Republicano; a República é a matriz garantidora do Projeto da Paz Perpétua entre as nações/Estados.

O 3º artigo definitivo diz que “o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”¹⁷⁴. Longe de inocente intencionalidade, kant sinaliza para um dos princípios do direito internacional que, por sua vez, foram salientados na Convenção de Viena a respeito do Direito dos Tratados: não-agressão. Hospitalidade não é simplesmente ser amável com a alteridade, mas não tratar com hostilidade o estrangeiro e, principalmente um estado de cooperação entre os povos das nações com o telos (objetivo) ao progresso. Semelhante proposta encontra-se também nos Direitos Humanos de terceira geração onde os direitos de solidariedade e fraternidade são principais nessa arquitetônica jusfilosófica. A Constituição brasileira (artigo 3, inciso I e artigo 4, inciso IX) também prevê o pensar e a efetivação do legado kantiano no tocante a solidariedade¹⁷⁵. A cosmopoliticidade é entendida, nesse contexto, como um direito que pertence a toda a comunidade civil que se autorreconhece enquanto comunidade portadora e signatária de direitos; portanto, assumi-lo – direito cosmopolita – traz como corolário efetivar a não-beligerância entre a relação ‘estrangeiro e não-estrangeiro’.

¹⁷⁴ KANT, 2004, p.137.

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988).

Até agora diante do lacônico exposto da tradição jusfilosófica kantiana, encontramos alguns vestígios de um pensamento que é coextensivo a nossa realidade. Chamo a atenção particula resumidamente a dois aspectos: por um lado, à crítica kantiana da forma procedimental-deliberativa do regime democrático ao afirmar que a democracia é também uma forma *despótica* na tipologia do Estado: “[...] *todos, sem no entanto serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade[...]*”¹⁷⁶. Uma premissa que se contrasta com a posição rousseauiana, sem dúvida; mas, Kant não foi o primeiro e nem o último na tradição filosófica do direito ocidental a fazer uma crítica interna ao entendimento da democracia. Por outro, é destacável a contribuição kantiana dos três artigos definitivos para pensar a consolidação da paz entre os povos como um caminho resolutivo no litígio entre as nações. Esse pensamento ainda reverbera no momento hodierno.

Contemporâneo a Kant, Stuart Mill (1806 – 1873) reeditou o pensamento liberal lockeano no século XIX. A partir de suas obras¹⁷⁷ ele apresenta com forte base utilitarista o seu pensamento que suscitou fortes debates e uma releitura da tarefa do Estado em relação ao(s) indivíduo(s).

¹⁷⁶ KANT, 2004, p.130.

¹⁷⁷ Citaremos as duas obras nas quais teremos como ponto de referência nessa pesquisa, a saber: MILL, Stuart. **Ensaio Sobre a Liberdade**. Tradução de Rita de Cássia. São Paulo: Escala, 2006a. 157 p. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal 44). _____. **O Governo Representativo**. Tradução de Débora Ginza. São Paulo: Escala, 2006b. 270 p. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal 56).

5

Stuart Mill: liberdade enquanto metaprincípio

Há um limite para a interferência legítima de opinião coletiva com independência individual; e encontrar este limite, e mantê-lo contra invasão é tão indispensável para uma boa condição de questões humanas, quanto a proteção contra o despotismo político (Ensaio sobre a Liberdade)

Antes de tudo, é salutar definir o que seja uma posição jusfilosófica “meta” principal: é um princípio fundante e/ou fundador de demais princípios. Ainda não ficou claro? Então vamos lá... Por exemplo, quando encontramos no art.5 da Constituição Federal Brasileira que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”* Seguem-se que o conteúdo desses *“termos seguintes”* só são possíveis, sob o

ponto de vista constitucional, se e somente se os “principais conteúdos” – metaprincípios – forem reconhecidos enquanto conteúdos que postulam a práxis normativa (orientação de vida social e demais esferas da ordem prática fundamentadas em ações programáticas de conteúdo legal amparadas por princípios que a sustentem) de um povo. Em outros termos, uma lei existe porque coexiste um princípio que subjaz a mesma, que a fundamente. Observe que o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade formam o conjunto “*desses conteúdos*” que se apresentam como *conditio sine qua non* para a efetivação dos “*seguintes termos*” que a ela estão arrolados; portanto, qualquer metaprincípio é, por si mesmo, fundamento e fundante em qualquer procedimento legiferatório (que produz leis).

Uma vez compreendida o sentido de fundamentação metaprincípial, tomaremos como referência de pesquisa a filosofia de Stuart Mill que procurou, no decurso de sua atividade, contribuir para a solidificação do metaprincípio da liberdade no interior de uma urdidura liberal.

A *perseguição* milliana intensa à liberdade constitui-se enquanto *conditio sine qua non* para pensar a ação humana e, portanto, o Estado. Tal pesquisa deixa-se apresentar logo na *Introdução do Ensaio sobre a Liberdade*, pois, Stuart Mill diferencia o seu conceito de liberdade em relação ao conceito kantiano no sentido de que naquele refere-se à liberdade civil, já neste, trata-se da imbricada relação entre liberdade e autoridade; portanto, a questão central nesse quesito repousa sobre a idéia do exercício do poder da sociedade ao indivíduo e não “apenas” na pura condição volitiva do sujeito transcendental (assim como queria Kant).

Mill elabora uma rápida historiografia ocidental, ainda na *Introdução*, da luta entre a liberdade e a autoridade na tentativa de salientar a importância da

liberdade enquanto condição fundamental da existência humana e social. Partir desse princípio é a questão fulcral em Mill, pois só assim é possível efetivar a liberdade, levando-se em consideração que *“a única liberdade que merece tal denominação é aquela em que buscamos nosso próprio bem da nossa própria natureza, contanto que não tentemos privar os outros do eu, ou impedir seus esforços em consegui-lo”*¹⁷⁸.

Há uma frase de S.Mill que sintetiza muito bem o argumento em prol da liberdade de expressão em face de um governo pretensamente tirano/déspota: *“Todo o silenciar de discussão é uma pretensão de infalibilidade”*¹⁷⁹. Para Mill, é abjeto pensar algum argumento que legitime a supressão opinativa do indivíduo e do povo. Por falar em argumentação infalível, Mill desenvolve, na segunda parte dessa primeira sessão intitulada *Da Liberdade de pensamento e discussão*, uma reflexão acerca da razoabilidade de opiniões assertóricas no que diz respeito a tolerância religiosa. Tolerância essa que se fundamenta na própria dialética conflituosa entre autoridade metafísica religiosa e autoridade racional-civil, pois esse conflito ocorre no momento em que *uma das autoridades* prescinde o direito da outra em existir resguardando que *só a sua forma de compreender o mundo* é possível e justo. Por isso mesmo que a discussão, para Mill, é importante, pois ela serve

para mostrar como a experiência deve ser interpretada [...] o hábito constante de corrigir e concluir sua própria opinião confrontando-a com a de outros, tão longe de causar dúvida e hesitação ao colocá-la em prática, é o único fundamento estável para a confiança depositada nela [...]¹⁸⁰

¹⁷⁸ MILL, 2006a, p.31

¹⁷⁹ MILL, 2006a, p.37.

¹⁸⁰ MILL, 2006a, p. 40-41.

Discussão, como se vê para Stuart Mill, vai além do que um diálogo controverso, litigioso, entre partes, porém consolida-se de forma que a aceitabilidade racional não seja dogmatizada pelos partícipes do ato dialógico. Em tempos de guerra civil amíúde ou de preclaros sinais de intolerância religiosa galvanizados pelo verniz da violência e do terrorismo, sem falar em outros tipos de intolerância, – casos específicos nos EUA são recorrentes – parece que a proposta de Mill é objetar qualquer forma de “despotização” do argumento. Discutir é fundamental para a efetivação do estado de liberdade.

Nota-se que ainda na esfera religiosa, Mill sustenta a tese basilar de que a liberdade constitui-se como princípio fundante da ação normativa no sentido de orientação de uma determinada sociedade baseada em princípios e regras específicas. Nesse sentido, é que, e não poderia ser diferente, a melhor forma de governo para o filósofo londrino é, como o próprio título de sua obra literária postula, a representativa. Assim, de acordo com o seu alvitre, a representatividade – que possui caráter popular e traz consequências benéficas ao povo – é baseada em dois princípios fundamentais:

O primeiro é que os direitos e interesses de todos ou de cada pessoa somente estão garantidos de não serem desconsiderados quando a pessoa interessada é capaz de sustentá-los e está habitualmente disposto a fazê-lo. O segundo princípio é que a prosperidade geral atinge uma elevação maior e é mais amplamente difundida na proporção do volume e da variedade das energias pessoais interessadas em promovê-la¹⁸¹

¹⁸¹ MILL, 2006b, p.55.

O teor utilitarista¹⁸² de Mill expresso na sentença anterior que define os dois princípios por ele concebido fornecem um entendimento do governo representativo baseado em um fundamento “utilitário”. Em todos os casos, o teor protetoral relacionado ao sujeito configura-se enquanto exigência jusfilosófica.

Quando a proposta milliana em atribuir à democracia representativa a melhor forma de governo está também disposta os seus possíveis perigos:

O perigo de um grau inferior de inteligência no corpo representativo e na opinião pública que o controla; e o perigo da legislação de classe por parte da maioria numérica, sendo estes todos compostos da mesma classe. Temos em seguida que considerar até que ponto é possível organizar a democracia, sem interferir consideravelmente com os benefícios característicos do governo democrático, a fim de remover esses dois grandes malefícios, ou, pelo menos reduzi-los ao grau último que o expediente humano possa alcançar ¹⁸³.

¹⁸² O utilitarismo é compreendido enquanto concepção ética que orienta a sua práxis em aumentar sempre mais o bem-estar e minimizar o sofrimento. Nesse sentido, existem duas teorias majoritárias do bem-estar: teorias mentalistas, onde o bem-estar é fruto da própria subjetividade, e as teorias objetivistas, que, nesse caso, o bem-estar não está centrado na pura idiosincrasia do sujeito, porém em determinados valores dados como apeteceíveis que estão fora do mundo egológico do sujeito. Cf. OLIVEIRA, Manfredo (org.). **Correntes fundamentais da Ética Contemporânea**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 99 – 117. Há despeito de críticas ao utilitarismo ou ao forte deontologismo (dever como ponto fundante na ação ética-normativa) há pertinentes contribuições do prof. Pablo da Silveira. cf. ¿Cuál es el lugar de La razón en la búsqueda de la justicia? Amartya Sen y la distinción entre enfoques trascendentales y comparativos. In: BAVARESCO, Agemir, PEREIRA, Gustavo et. al. **Justiça, Democracia e Política**. Porto Alegre: Edipucrs: Tendenz, Montevideo: UdelaR, 2012. p. 63 – 97.

¹⁸³ MILL, 2006b, p.111.

Existem questões pertinentes nessas sentenças acima descritas: refiro-me especificamente ao primeiro perigo, sem contar em detrimento ao segundo, ao poder que a opinião pública, aliás, dos órgãos que “*controlam*” a opinião pública ¹⁸⁴ a favor de seus próprios interesses possuem. Até parece com uma realidade bem próxima a nós. Você a conhece? Pois bem, a esfera pública não deveria ser vista como um instrumento leiloativo dos mecanismos de poder; porém, é essa a grande verdade na qual nós nos deparamos. Ao lado desse perigo, outro – o segundo –, não tão menor do que este é também aspecto a ser levado a sério: quando o colégio legislador toma decisão, obedecendo a regra da maioria, e esta mesma decisão majoritária é apenas um reflexo do “tácito arranjo” político dos integrantes desse mesmo Colégio. Assim, o segundo perigo ao qual Stuart Mill nos aponta é tão grave quanto o primeiro e não é tão raro nos depararmos com tal situação. Na verdade, a representação democrática é agredida, nesse segundo perigo, pois não há efetivo e transparente processo decisório legiferativo já que “todos” “comungam” do mesmo “veredicto”. A dialética procedimental na querela dos argumentos é vencida pela ação subreptícia daqueles que “fazem” as leis. É nesse sentido que retorna tematicamente a relação do subtítulo do presente capítulo por ora pesquisado a saber:

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública:** investigações quando a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Tradução de Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 398 p. (Biblioteca Tempo Universitário 76). Cf. também. _____. **Politische Theorie.** 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2009. 435 p. Ainda: FRASER, Nancy. Transnationalizing the Public Sphere: On the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Postwestphalian World. In: _____. **Scales of Justice:** Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York: Columbia University Press, 2009. p. 76 – 99.

Representação de todos ou apenas da maioria. Na concepção de Mill, a democracia representativa, portanto, é “*representativa de todos e não somente da maioria*”¹⁸⁵. Tal argumento poder-se-ia “rotular” de um projeto político utópico? Isso significa afirmar a irrealizabilidade desse princípio democrático tão caro à sociedade?

Um último quesito que podemos observar na idéia de democracia representativa em Stuart Mill é o voto. Para o nosso filósofo, há um princípio fundamental para a exequibilidade do voto: o segredo¹⁸⁶. O voto secreto não é novidade em nossa compreensão democrática no Estado de Direito na qual vivemos, porém faz parte da tradição jusfilosófica da democracia, e aqui sendo observada por Mill, porque o fundamento é a proteção do eleitor. Nas palavras de Stuart Mill:

Em qualquer eleição política, até mesmo por sufrágio universal, o eleitor está sob uma absoluta obrigação moral de levar em consideração o interesse do público, não sua vantagem particular, e conceder seu voto como julgue melhor, e exatamente como se ele estivesse limitado a fazê-lo se fosse o único eleitor e se a eleição dependesse unicamente dele. Uma vez que este fato seja admitido, é pelo menos uma consequência *prima facie* que o dever de votar, assim como qualquer outro dever público, deveria ser executado sob os olhos e a crítica do público [...] Pode acontecer, sem dúvida alguma, que se tentarmos, através da publicidade, tornar o leitor responsável pelo próprio voto perante o público, ele ficará praticamente responsável por tal voto perante algum indivíduo poderoso, cujo interesse está mais

¹⁸⁵ MILL, 2006b, p.134.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Gomes. Os Princípios materiais do Sufrágio. In: _____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 431 – 436.

em oposição ao interesse geral da comunidade, do que o do próprio eleitor estaria se, protegido pelo segredo, ficasse totalmente livre de toda responsabilidade ¹⁸⁷.

Observamos na argumentação milliana a ratificação do fundamento do voto secreto que diz respeito à proteção do indivíduo. É na tentativa de enfraquecer a coação de eleitores é que o presente fundamento do voto secreto se faz necessário. Seria esta uma fundamentação razoável em contextos sócio-políticos do “antigo regime” chamado de “curral eleitoral”? Público e privado aglutinam-se dialeticamente nesse “imbróglio” político-normativo com múltiplas respostas a respeito ¹⁸⁸. Em todos os casos, a busca de solução das patologias sócio-político-econômica-jurídica ainda se torna um repto substancial para a presênica sociedade.

¹⁸⁷ MILL, 2006b, p.162 – 163.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: _____. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. Tradução de Marco Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 13 – 31.

6

Filosofia e Constituição em Ferdinand Lassale

Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (A Essência da Constituição)

Essa frase e tantas outras trouxeram várias críticas ao pensamento lassalista¹⁸⁹, mas proponho ater-nos

¹⁸⁹ A dura crítica de Lassale, conhecida por muitos, foi feita pelo emérito constitucionalista Konrad Hesse. A tese fundamental é que a Constituição não pode ser vista, como pretendia Lassale, apenas como uma “folha de papel”, portanto pura descriptividade do real (daquilo que existe na sociedade) mas, de acordo com Hesse, uma norma

primeiramente ao próprio texto de Lassale para que daí se possa valorar ou abjetar. Na *A Essência da Constituição*¹⁹⁰, Ferdinand Lassale, convidado para proferir uma Conferência – que depois se tornou o título da presente obra – trouxe para a reflexão a pergunta “o que é uma Constituição?”. A busca pela essencialidade da resposta para essa pergunta é o que retrata basicamente o livro. *A Essência da Constituição* tem três capítulos e procuraremos ilustrá-los a seguir.

Lassale estava convencido – no 1º capítulo intitulado *Sobre a Constituição* – de que boa parte dos juriconsultos respondia apenas como se formam as constituições, porém não respondia qual é a real essência de uma Constituição. A proposição lassalista insiste que o real conceito de Constituição “é fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucionais”¹⁹¹. Na tentativa de resposta à pergunta, Lassale utiliza um método investigativo que ele definiu por “compararmos o objeto cujo conceito não conhecemos com outro semelhante, esforçando-nos para penetrar clara e nitidamente nas diferenças que afastam um do outro”¹⁹². E, a partir dessa proposta, logo de início, Lassale questiona a respeito da diferença entre Constituição e Lei. Conceitualmente, para ele, ambas possuem simetrias e assimetrias nocionais, pois se a Constituição também é uma lei, ela não pode ser vista como uma simples lei ou um simples ordenamento normativo. Ela é uma “lei fundamental de uma nação”¹⁹³ e, portanto, uma forma metaprincipial das demais leis do

jurídica. Cf. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

¹⁹⁰ LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 69 p.

¹⁹¹ LASSALE, 2010, p. 29.

¹⁹² LASSALE, 2010, p. 29.

¹⁹³ Id. Ibid., p. 33.

Estado. De acordo com Lassale, não bastaria apenas registrar a diferença entre lei e lei fundamental (*Grundgesetz*), pois isso seria apenas uma verborragia conceitual; é preciso, entretanto, definir especificamente quais são os atributos de uma lei fundamental que a torne, per si, fundamento de “algo”. Assim, a proposta lassalista define três argumentos que circunscrevem a diferença nocional entre uma lei fundamental de outro tipo de lei:

1º - que a lei fundamental seja uma lei básica, mais do que as outras comuns [...];

2º - que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, *a lei fundamental*, se realmente pretende ser a merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país;

3º - mas as coisas que têm um fundamento não o são por um capricho; existem por que necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permitem serem de outro modo [...]

A Constituição, de acordo com as palavras de Lassale, não se fixa apenas por ser uma lei como outra qualquer, mas por ser fundamento (princípio) de todas as demais. Ocorre que o fundamento, na proposta conceitual lassalista, dá uma idéia de “necessidade ativa”¹⁹⁴, uma força ativa e determinante em tudo o que nela se baseia fazendo com que as coisas – ou leis propriamente ditas – sejam “dessa maneira ou forma” e não podendo “ser diferente”.

¹⁹⁴ LASSALE, 2010, p. 33.

O problema para Lassale é da existência dessa força ativa determinadora das leis que não são fundamentais, pois as mesmas estariam “obrigadas” a serem de uma determinada forma não poderiam ser diferente. A resposta dele para o problema é o fator real do poder. No sentido estrito, os “fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” ¹⁹⁵. Lassale atribui a cinco grupos distintos essa “objetividade” normativa em ser o “titular” da Carta régia de uma nação: monarquia, aristocracia, grande burguesia, banqueiros, pequena burguesia e classe operária. Nessa lógica, já que a Carta Magna de um país é a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação, caberia ainda à relação entre esses fatores reais do poder com a Constituição em si mesma. Assim, “juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas” ¹⁹⁶. É aqui a crítica de Hesse ganha força conforme salientamos anteriormente, mas, em virtude de nossa pesquisa não poderemos ilustrar tematicamente os argumentos de Hesse contra a “*ein Stück Papier*” – uma folha de papel – de Lassale.

O 2º capítulo de *A Essência da Constituição* intitulado *Sobre a História Constitucionalista*¹⁹⁷, Lassale apresenta uma historiografia da Constituição cujo ponto central é a relação da Constituição real e efetiva e “as Constituições escritas nas folhas de papel” ¹⁹⁸. Lassale mostra que a modernidade

¹⁹⁵ LASSALE, 2010, p. 34.

¹⁹⁶ Id. Ibid., p. 42.

¹⁹⁷ LASSALE, 2010, p. 50 – 60.

¹⁹⁸ Id. Ibid., p. 53.

é marcada historicamente por tipos de Constituição escrita que foram mediadas pela Constituição feudal, pelo movimento absolutista e pela revolução burguesa.

O 3º e último capítulo é intitulado *Sobre a Constituição Escrita e a Constituição Real*. Aqui, Lassale parte do argumento de que a Constituição escrita só pode ser considerada eficaz se a mesma corresponder “à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país”¹⁹⁹. Lassale insiste na distinção entre uma Constituição escrita (“folha de papel”) e uma Constituição real (“os fatores reais do poder”) e, nesse sentido, esses “tais fatores reais” são as organizações sociais majoritárias que vivem na sociedade. Esses grupos estão “organicamente” – lembrando a teoria da sociedade durheimiana e que Lassale a retoma aqui – estabelecidos na sociedade e que de outra forma não é possível pensar algo para fora dessa realidade. A Constituição real manifesta a cariz ideológica de tais grupos sociais detentores do poder. Para Lassale, não se pode fazer tal separação e pensar “em uma pureza” no processo legiferador de uma Constituição real galvanizada na Constituição escrita, pois

[...] onde a Constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito à Constituição, porque ela já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isto demonstra que na Constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a Constituição real, os fatores reais do poder. E se isto acontecer, se esse divórcio existir, a constituição escrita está liquidada: não existe Deus nem força capaz de salvá-la [...] Somente o fato de existir o grito de alarme que incite a conservá-la é

¹⁹⁹ Id. Ibid, p. 60.

uma prova evidente da sua caducidade para aqueles que saibam ver com clareza ²⁰⁰.

A despeito da dual conceituação lassalista sobre Constituição e a irreducibilidade de uma à outra, o que enseja positivamente a crítica hesseana, é, por outro lado, interessante observar na frase acima a abertura para a hermenêutica. De acordo com o pensamento lassalista, o fato da “caducidade” em um texto constitucional exige uma rediscussão no sentido mesmo do texto magno.

²⁰⁰ LASSALE, 2010, p. 67.

7

Referências

AGOSTINHO. **O Livre Arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. 150 p.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 15 – 88.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. 240 p.

BAVARESCO, Agemir, PEREIRA, Gustavo, VILLANOVA, Marcelo (org.). **Justiça, Democracia e Política**. Porto Alegre: Edipucrs; Tendenz, Montevideo: UdelaR, 2012. 262 p.

BERTRAND, Russell. **O Valor da Filosofia**. Tradução de Jaimir Conte. Disponível em: <<http://www.ateus.net/e-books>>. Acesso em: 20 mai. 2014

BITTAR, Eduardo C.B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17 – 76.

BOEHNER, Philotheus, GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**: desde as Origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In:____. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. Tradção de Marco Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 13 – 31.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 mai.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/ listar](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar)>. Acesso em 13 set. 2012

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1255p .

CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada et. al. **Teoria Geral do Processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 360 p.

DELEUZE, Gilles. **O que é a Filosofia?** Tradução de Bento Prado Jr. São Paulo: Editora 34, 2010. 92 p.

DIGESTO DE JUSTINIANO: liber primus. Tradução de Hércio Maciel França. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 157 p.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. 80 p. (Coleção Fundamentos de Direito)

FORST, Rainer. **Das Recht auf Rechtfertigung**: Elemente einer konstruktivischen Theorie der Gerechtigkeit. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007. P. 9 – 20.

_____. **Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse**: Perspektiven einer Kritischen Theorie der Politik. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2010.

FRASER, Nancy. Transnationalizing the Public Sphere: On the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Postwestphalian World. In:_____. **Scales of Justice**: Reimagining Political Space in a Globalizing World. New York: Columbia University Press, 2009. p. 76 – 99

GROTIUS, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Tradução de Campbell. Disponível em: <<http://www.constitution.org>>. Acesso em: 25 out. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Theorie des Kommunikativen Handelns**: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1995. p. 15 – 24.

_____. **Politische Theorie**. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2009. 435 p.

_____. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. 390 p. (Humanística).

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** Tradução de Luiz Sérgio Repa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 540 p. (Coleção Tópicos).

_____. **Pensamento Pós-Metafísico.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. 271p.

_____. **Mudança estrutural da Esfera Pública:** investigações quando a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Tradução de Flávio Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 398 p. (Biblioteca Tempo Universitário 76).

_____. **Identidades nacionales y postnacionales.** Tradução de Manuel Redondo. 2 reimpr. Madrid: Tecnos, 2002. 121 p

_____. **Entre Naturalismo e Religião:** estudos filosóficos. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. 400 p. (Biblioteca Colégio do Brasil, 14)

_____. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. **Verdade e Justificação:** ensaios filosóficos. Tradução de Milton Mota. São Paulo: Loyola, 2004. p. 313 – 327.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo.** Tradução de Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 17 – 35. (Série Estudos Alemães).

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400p. (Clássicos).

HONNETH, Axel. **Das Ich im Wir: Studien zur Anerkennungstheorie**. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2010. 308 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Menege. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. 636 p.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003. 139 p. (Coleção A Obra-Prima de cada autor).

_____. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p.

_____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 119 – 140.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 69 p.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. 129 p.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 320 p. (Coleção Clássicos do Pensamento Político)

LUTHER, Martin. **Von Freiheit eines Christenmenschen**. Stuttgart: Reclam, 2005. p. 110 – 150.

LYOTARD, François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correa. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988. 123 p.

MILL, Stuart. **Ensaio Sobre a Liberdade**. Tradução de Rita de Cássia. São Paulo: Escala, 2006a. 157 p. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal 44).

_____. **O Governo Representativo**. Tradução de Débora Ginza. São Paulo: Escala, 2006b. 270 p. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal 56).

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Clare, 2007. 727p. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor – Série Ouro).

OLIVEIRA, Manfredo, AGUIAR, Odilio et.al (org.). **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003. 363p

OLIVEIRA, Manfredo (org.). **Correntes fundamentais da Ética Contemporânea**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. 255 p.

PADOVESE, Luigi. **Introdução à Teologia Patrística**. Tradução de Orlando Moreira. São Paulo: Loyola, 1999. 200 p. (Introdução às Disciplinas Teológicas).

PANNENBERG, Wolfhart. **Christentum in einer säkularisierten Welt**. Freiburg: Verlag Herder, 1988. 78 p.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p.23 – 49.

PISSARA, Maria Constança, FABRINI, Ricardo (coord.). **Direito e Filosofia**: a noção de justiça na História da Filosofia. São Paulo: Atlas, 2007. 204 p.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2005. 345 p. (Coleção Grandes obras do Pensamento Universal).

_____. **O Político**. Tradução de José Cavalcante de Souza. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 261 p. (Coleção Os Pensadores).

PUFENDORF, Samuel von. **On the Duty of Man and Citizen according to the Natural Law**. Tradução de Frank Moore. London: Oceana Publications, 1964. 161 p.

ROSENFELD, Michel. A Identidade do sujeito Constitucional e o Estado democrático de Direito. Tradução de Fernando Gomes. In: SIMPÓSIO IDENTIDADE CONSTITUCIONAL E DIREITOS SOCIAIS, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan-jun. 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Adalberto Franklin. Imperatriz: 2008, 120 p. (Série Clássicos Universais 2).

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à Sociologia Política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006. 215 p.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 19 – 27

SPIERLING, Volker. **Kleine Geschichte der Philosophie**: Große Denker von der Antike bis zur Gegenwart. 3. ed. Hamburg, 2007. 445 p.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 118 p. (Coleção O que é Isto? 1).

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 594 p.

TAVARES, André, LEITE, Salomão et.al. (org.). **Estado Constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010. 549 p.

TOMÁS DE AQUINO. Questões sobre a Lei na Suma Teológica. In:_____. **Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Neto. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 33 – 122.

WEBER, Max. **Ciência e Política**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 128 p.