



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB  
INSTITUTO DE HUMANAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

DÉBORA DUARTE GODOI

**KANT COMO DIVISOR DE ÁGUAS COM O  
JUSNATURALISMO**

Correção metodológica quase concluída na obra de Rousseau

Brasília  
2012

DÉBORA DUARTE GODOI

**KANT COMO DIVISOR DE ÁGUAS COM O  
JUSNATURALISMO**

Correção metodológica quase concluída na obra de Rousseau

Monografia apresentada ao Departamento de Direito do Instituto de Humanas do UniCEUB, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof<sup>o</sup> Dr. Roberto Krauspenhar.

Brasília  
2012

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço meus pais, Joana D'arc e Revelson Godoi, por me apoiarem nessa empreitada, sempre incentivando meus estudos.

Os meus mais sinceros agradecimentos às pessoas que tanta importância tiveram no desenvolvimento desse trabalho: meus irmãos, Ana Paula Duarte e Vitor Veloso, meu namorado Vinícius José, e amigos, Luana Monteiro, Lorena Araújo, Leny Valadão, Gerusa asconcelos, Fabíola Xavier, Cristina Azevedo, João Moreira e Leonardo Mosqueira.

Não dispenseo agradecimentos ao meu Orientador, Roberto Krauspenhar, que teve muita paciência, atenção e dedicação em me indicar o caminho certo a percorrer nos estudos filosóficos.

## RESUMO

Esta monografia tem por objetivo uma análise da passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo em Kant, principalmente em como Kant se distanciou da corrente jusnaturalista e, como extensão da obra de Rousseau, se aproximou do juspositivismo. Pretendeu-se, primeiramente, estudar os pressupostos históricos e os fundamentos, seguindo pela diferença entre as doutrinas das Escolas Jusnaturalistas. Posteriormente, empreendeu-se um estudo detalhado da teoria kantiana do Direito, para se destacar a importância e inovação do doutrinador de Königsberg na polêmica dicotomia entre direito natural e direito positivo. No estudo em Kant, analisaram-se os filósofos que influenciaram sua doutrina, traçando, assim, uma linha de acontecimentos e raciocínios que ampara a abordagem de como se deu essa aproximação juspositivista em Kant. O estudo da passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo é contemporâneo, sobretudo porque contribui para uma compreensão, de cunho axiológico, do Direito no século XXI, como instrumento de justificação da ordem política e jurídica que vigora.

### **Palavras-chave:**

Jusnaturalismo. Rousseau. Locke. Hobbes. Ciência Kantiana do Direito. Justiça. Justificação do Estado. Fundamentação Racional da Lei.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1. O ESTADO NATURAL E A SOCIEDADE CIVIL NO PENSAMENTO JUSNATURALISTA.....</b>	<b>8</b>
1.1. JUSNATURALISMO COSMOLÓGICO.....	13
1.2. JUSNATURALISMO TEOLÓGICO.....	32
1.3. JUSNATURALISMO MODERNO .....	46
1.4. JUSNATURALISMO RACIONALISTA.....	66
<b>2. A DOCTRINA DO DIREITO EM EMMANUEL KANT.....</b>	<b>69</b>
2.1. RACIONALISMO E ESCLARECIMENTO EM EMMANUEL KANT .....	74
2.2. A TEORIA JURÍDICA NA OBRA DE EMMANUEL KANT: A PROPRIEDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA COESÃO DO DIREITO.....	78
2.3. A JUSTIÇA COMO COERÇÃO.....	83
2.4. A JUSTIÇA POLÍTICA E CONTRATUALISMO.....	88
<b>3. KANT COMO PASSAGEM PARA O JUSPOSITIVISMO: A QUESTÃO DA INFLUÊNCIA SOBRE KELSEN.....</b>	<b>96</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>107</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>109</b>

## INTRODUÇÃO

Fala-se muito do Direito em si (leia-se as leis, normas, decretos, enfim, tudo que se entende por Direito escrito) e da sua aplicação técnica e prática, mas muito pouco se discute acerca do fundamento desse Direito ou o que lhe confere legitimidade. Foi justamente pensando nisso que se empreendeu aqui uma busca eminentemente histórico filosófica acerca do pensamento jurídico no decorrer dos séculos, sobretudo no que tange uma das principais correntes do pensamento jurídico, qual seja, o jusnaturalismo. O intento é, primeiramente, contextualizar o pensamento jurídico jusnaturalista, sob um olhar crítico e à luz da contribuição de Emmanuel Kant para este movimento jusfilosófico.

Este estudo trabalha com o que foi pensado até agora sobre o Direito e seus subsídios para a construção do pensamento jurídico. Afinal de contas, é preciso pensar o pensamento. A reflexão sempre foi essencial à evolução humana e no âmbito do direito não podia ser diferente. Necessário se faz pensar sobre o Direito, seu fundamento e o que seja o pensamento jurídico, pois não adianta discutir *sobre* o Direito, se não se discute sobre o que *é* e *qual* seu fundamento.

Comprometido nesse desígnio especulativo, natural que algumas perguntas surjam: Em que se fundamenta o Direito? Porque são obedecidas as regras de Direito? O que o legitima? O que é pensar o Direito? Existe método para isso? De que maneira Kant completa Rousseau? E em face disso, como ele se torna um marco na passagem para o juspositivismo? Nem todas essas perguntas serão respondidas neste trabalho e é possível que nunca sejam satisfatoriamente respondidas. São questões que refletem a curiosidade do ser humano e, por tal razão, o tema é de certa forma inesgotável. Segundo o autor espanhol Luis Recaséns Siches “este tema tem preocupado sempre e em todo momento a todos os grandes filósofos, aos juristas, à consciência vital dos indivíduos e à opinião pública de todos os povos.”<sup>1</sup> É enfrentando essas questões que chegaremos a um ponto que, apesar de poder ser tanto o ponto de partida quanto de chegada, o certo é que importa mais o caminho percorrido do que a própria meta.

Dessa forma, foi buscando motivar essa discussão, mesmo que de maneira delimitada, sobre um tema de tamanha importância, é que se enveredou por essa trilha do processo histórico do pensamento jurídico. Por tal razão utilizou-se do método histórico jurídico, perpassando por indagações filosóficas e também de cunho sociológico. Utiliza-se

---

<sup>1</sup> SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970. p. 276.

também o método dedutivo, pois parte-se da conceituação ampla e genérica do que venha a ser o jusnaturalismo e suas derivações, para depois buscar a sua observação sob a ótica de um pensador, Emmanuel Kant. Não obstante, após essa incursão histórica, volta-se ao tema inicial para efeito de observação crítica do tema, tendo como abordagem as influências e a contribuição do pensamento de Kant nessa passagem do jusnaturalismo. Ocorre que, atualmente, a pluralidade metodológica é tida como realidade indeclinável da pesquisa acadêmica e isso também ocorre no âmbito do direito. Sobre isso, observa-se o lecionado por Miguel Reale,<sup>2</sup> que se segue:

Hoje sem dia, não tem sentido o debate entre indutivistas e dedutivistas, pois a nossa época se caracteriza pelo *pluralismo metodológico*, não só porque indução e dedução se completam, na tarefa científica, como também por se reconhecer que cada setor ou camada real exige o seu próprio e adequado instrumento de pesquisa. No que se refere à experiência do Direito o mesmo acontece. (grifo nosso)

Assim, a metodologia do presente estudo impõe, a título de organização, que seu desenvolvimento se dê a partir de uma perspectiva histórica. Nesse sentido, cita-se o entendimento de Comte,<sup>3</sup> quando afirma que “[...] uma concepção qualquer só pode ser bem conhecida por sua história”,<sup>4</sup> e continua, “[...] não conhecemos completamente uma ciência se não conhecemos sua história”.<sup>5</sup> Necessário se faz ressaltar que se trata aqui de uma história da filosofia do direito, posto que o objetivo final desse trabalho também se é de cunho filosófico, como antes dito.

O que se busca, portanto, é um estudo da história do pensamento jurídico, enquanto embasamento para proposições filosóficas, sendo que a observação histórica serve como maneira de se averiguar como os homens construíram um pensar jurídico no decorrer do tempo. É nesse sentido que Bobbio<sup>6</sup> afirma que:

O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade.

São estes os termos em que se coloca o presente trabalho acadêmico. Em resumo, pode-se dizer que a história foi utilizada enquanto instrumento racional da Filosofia,

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 84.

<sup>3</sup> COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1978. p. 3.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 29.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus. 2004. p.44.

pois, como coloca Del Vecchio, a História da Filosofia nos oferece “[...] um acumulado de observações, de raciocínios, de distinções, que seria impossível à um único indivíduo reunir, como seria impossível a todo artífice inventar, ele próprio, *ex novo*, todos os instrumentos de sua arte”.<sup>7</sup> A pesquisa se deu de forma exclusivamente bibliográfica e privilegiou as obras que tratam sobre a inserção histórica do pensamento jurídico e também aquelas produzidas pelos próprios pensadores clássicos. Nesse diapasão, o objetivo imediato desse trabalho acadêmico é formular um estudo de modo a compreender melhor o que se entende e se entendeu no curso da história por jusnaturalismo para efeitos de clareamento da discussão sobre o assunto. De maneira mediata, acaba por propiciar também uma maior clareza de pensamento acerca do direito, demonstrando a efetiva presença desta corrente filosófica do Direito na trajetória do pensamento jurídico ocidental, contribuindo assim também para a sua cotidiana aplicação.

O caminho percorrido, buscando realizar o intento inicial deste estudo, foi assim. Primeiramente, buscou-se delinear a problemática do direito natural, discorrendo sobre cada modalidade de jusnaturalismo, e como cada filósofo trabalhou com a ideia do direito e seu fundamento. Depois de apresentar o contexto inicial da teoria do jusnaturalismo, pretende-se trabalhar com a teoria kantiana do direito. Para tanto, separou-se o segundo capítulo nos temas principais de sua teoria. Finalmente, o terceiro capítulo, como conclusão da construção teórico-histórica proposta pelo trabalho, analisou a influência de Kant na passagem para o juspositivismo de Kelsen.

Por fim, acredita-se que este estudo possa ser relevante para o conhecimento e compreensão do debate acerca do fundamento da legitimidade da ordem jurídica positiva, hoje, e em todos os tempos.

## 1. O ESTADO NATURAL E A SOCIEDADE CIVIL NO PENSAMENTO JUSNATURALISTA

O jusnaturalismo se afigura como uma das principais correntes do pensamento jurídico. Como corrente jusfilosófica que é, o jusnaturalismo busca a fundamentação do direito justo, ou seja, que atenda ao critério de justiça, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas do século XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.

---

<sup>7</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*; tradução de João Batista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder. 2004. p. 11.

Para introduzir o tema proposto pelo trabalho, faz-se necessário definir o conceito – ou os conceitos- de Direito Natural. Afinal, o que é o Direito Natural? Qual a diferença básica entre Direito Natural e Direito Positivo? Quem dita o Direito Natural e qual a sua origem? Nas palavras do autor italiano Giorgio Del Vecchio:

Direito natural é, pois, o nome com que se designa, por tradição muito antiga, o critério absoluto do justo” tendo sido o conceito elaborado em razão da constatação por parte de pensadores, da “possibilidade de instituições contraditórias no campo histórico” tornando necessário “admitir um critério absoluto, ideal, do justo e do Direito, independente do fato da sua sanção positiva, e sobranceiro ao flutuar dos conhecimentos”.<sup>8</sup>

Para Garcia-Maynez, denomina-se Direito Natural “[...] a un orden intrinsecamente justo, que existe al lado e por encima del positivo”.<sup>9</sup> Impende destacar o entendimento do autor austríaco Hans Kelsen que apregoa serem as normas de Direito Natural “normas que já nos são dadas na natureza anteriormente a toda a sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis”.<sup>10</sup>

Acerca da noção de Direito Natural acrescenta Hans Welzel que “[...] em la base del Derecho Natural se halla la idea de que el Derecho puede deducirse e interpretarse partiendo de la peculiaridad de la naturaleza humana ”.<sup>11</sup>

A partir de tais definições podemos concluir que, por Direito Natural, entende-se aqueles princípios que, atribuídos a Deus, ou, por certas vezes à razão ou ainda decorrente da própria natureza do homem e das coisas, dariam subsídios para a elaboração das leis escritas. Assim, conforme leciona Viviane Nunes Araújo Lima, “a noção de um Direito da natureza ou decorrente da racionalidade humana estaria acima de qualquer tipo e Direito e serviria de base determinante na criação deste”.<sup>12</sup>

Bobbio, por sua vez, é taxativo ao afirmar:

Chamo de << jusnaturalismo>> aqueles sistemas de idéias nos quais aparecem, pelo menos, estas duas afirmações: 1) além do Direito Positivo (cuja existência nenhum filósofo jamais ousou negar), existe o Direito Natural; 2) o Direito Natural é superior... ao Direito Positivo”.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5ed, 1979. p. 334.

<sup>9</sup> GARCIA-MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio Del derecho*. Editorial Porrúa, 41 ed., México. 1990. p. 40. “a uma ordem intrinsecamente justa, que existe ao lado ou acima da positiva”.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Coimbra: Editora Armênio Amado, Sucessor, 2ed., 1979. p. 94.

<sup>11</sup> WELZEL, Hans. *Introducción a La filosofía Del derecho*. Madrid: Editora Biblioteca Jurídica Aguilar, 2ed., 1971. p. 5.

<sup>12</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999. p. 138.

Segundo Bobbio,<sup>14</sup> podem-se vislumbrar duas teses do movimento jusnaturalista. A primeira tese corresponde a pressuposição da existência de duas espécies de Direito: o natural e o positivo. Nesse ponto e com base no magistério de Bobbio, necessário se faz se tecerem considerações no tocante às duas espécies de direito propostas pelo jusnaturalismo.

Preliminarmente, a expressão “positivismo jurídico” não decorre da de “positivismo” no sentido filosófico, embora tenha havido ligação entre os dois termos, pois alguns positivistas jurídicos eram também positivistas filosóficos. Bobbio<sup>15</sup> enfatiza que a expressão “positivismo jurídico” deriva da locução *direito positivo* em contraponto àquela de *direito natural*.

Toda tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela diferenciação entre direito positivo e direito natural. Assim, conforme magistério de Bobbio,<sup>16</sup> deve-se entender que essa distinção é feita relativamente à natureza da linguagem, e não do direito em si. A distinção decorre entre aquilo que é por natureza e aquilo que é por convenção ou posto pelos homens. A problemática que surge pela linguagem, qual seja, se algo é “natural” ou “convencionado” é a mesma transposta ao direito.

O termo “positivo” faz referência à justiça ou, mais precisamente, à justiça natural, isto é, as leis naturais que regem o cosmos, a criação e constituição do universo. Não se pode confundir, no entanto, com a “justiça positiva”, que é a das leis reguladoras da vida social. Bobbio<sup>17</sup> esclarece que a distinção conceitual entre direito natural e direito positivo fora matéria dissertada por Platão e Aristóteles, o que pode ser demonstrado segundo citação de trecho de *Ética a Nicômaco*, obra aristotélica, que deixa claro que o direito positivo é chamado de “direito legal”.

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada. (Da tradução de A. Plebe, ed. Laterza, pp. 144-145.)<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. *O jusnaturalismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999. p. 22-26.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 15-19.

<sup>16</sup> *Ibidem*

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> “... legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida...”. Capítulo VII do livro V da obra *Ética a Nicômaco*. A TRADUÇÃO DE Leonel Vallandro e Gerd Bornheim a partir daquela inglesa de W.D. Rosa e publicada na coleção *Os pensadores*, vol. 4. Abril S/A/ Cultural e Industrial. 1973. p. 331.

Observa-se que dois são os critérios usados por Aristóteles para distinguir o direito natural e o direito positivo: A) o direito natural é aquele que afeta toda parte com a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas em comunidades singulares em qual é posto e B) O direito natural prescreve ações cuja bondade é objetiva, ou seja, ações que são boas em si mesmas e independem do fato de se configurarem boas para uns e más para outros. O direito positivo, em contraposição, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, eram indiferentes aos agentes, mas uma vez estabelecidas em lei, tornam-se corretas e necessárias. Para ilustrar a situação, suponhamos que em determinada comunidade seja costumeiro, na ceia de Natal, sacrificar uma cabra. Assim, em determinado tempo, elabora-se uma norma proibindo tal prática. O ato de sacrificar uma cabra para ceia de natal só se tornou uma conduta reprovável em decorrência da norma que instituiu sua proibição. Portanto, antes dessa hipotética norma, a ação de sacrificar uma cabra era indiferente aos agentes. Após a edição da norma, esta ação toma relevo de incorreto.

A segunda tese do movimento jusnaturalista é a que demonstra a superioridade do direito natural em face do direito positivo. Nesse sentido, o direito positivo deveria, segundo a doutrina jusnaturalista, adequar-se aos parâmetros imutáveis e eternos de justiça. Assim, segundo Ricardo Maurício Freire Soares,<sup>19</sup> o direito é válido e legítimo enquanto obediente ao critério de justiça, daí decorrendo a subordinação da validade à legitimidade da ordem jurídica.

Com base no acima articulado, podemos concluir na possibilidade de se retirar algumas características do Direito Natural que são consideradas como sendo elementos inerentes à própria noção de jusnaturalismo, independente da fase a que estivermos nos referindo. Em outras palavras, devido à multiplicidade de reflexões elaboradas sobre o jusnaturalismo desde a Grécia Antiga, algumas características lhe são atribuídas quase que unanimemente pelos estudiosos do assunto.

Segundo leciona Bobbio,<sup>20</sup> a primeira semelhança entre as formas de jusnaturalismo é que o Direito Natural seria sempre um sistema de normas superiores e anteriores ao próprio Estado e a ordem jurídica positiva, ficando as leis postas subordinadas aos preceitos do Direito Natural. A segunda característica, decorrente dessa sobreposição do direito natural ao direito positivo, pontua que caso haja discordância ou conflito entre as

---

<sup>19</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em: 2/jun/2011.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 15-44.

normas positivadas e o direito natural, prevalece o direito natural. A terceira característica é que o Direito Natural, para os jusnaturalistas, é imutável em seus princípios e valores. Isto deriva do fato de o fundamento do Direito Natural estar na natureza, que por essência é imutável. Logo, por derivação e conseqüência lógica, o Direito Natural possui o atributo da imutabilidade. Sobre a imutabilidade das leis naturais, justifica-a Hans Kelsen dizendo serem as mesmas:

[...] imanescentes à vontade de Deus, o qual, por sua própria natureza, é um Deus justo. Como não são postas pela vontade de Deus, também não podem ser modificadas pela vontade do mesmo Deus. São eternas, imutáveis. Assim como um Deus, ao qual a justiça é imanente, não pode modificar as normas da justiça, também não pode esse mesmo Deus criar uma natureza que não seja justa, se a esta natureza são imanescentes as normas da conduta justa, isso é assim apenas porque ela foi criada por um Deus ao qual a justiça é imanente. [...]<sup>21</sup>

Pode-se deduzir, portanto, serem os princípios do Direito Natural universais, posto que são princípios válidos e legítimos em qualquer parte, comum a todos os povos, já que os direitos naturais são inerentes ao homem, simplesmente em razão da qualidade de ser homem. Esta é a quarta característica inerente a noção do jusnaturalismo. Por fim, a última semelhança estaria no caráter metafísico dessa corrente do jusnaturalismo, que por sua vez invoca também uma reflexão metajurídica, eis que o fundamento do Direito Natural está sempre na idéia de natureza, Deus ou na razão.<sup>22</sup>

Por fim, cabe ressaltar que apesar das particularidades comuns às diversas fases do jusnaturalismo, no seu desenvolvimento histórico não é correto afirmar a existência de uma univocidade na noção de Direito Natural. Assim, aponta-se apenas para a possibilidade da identificação de um padrão de pensamento tangente a todas as doutrinas jusnaturalistas.<sup>23</sup>

A análise do percurso histórico do jusnaturalismo permite uma melhor compreensão da essência do Direito Natural, atentando-se para distinção acima articulada entre direito positivo e direito natural. A doutrina do direito natural, embora norteadada pela busca de uma justiça eterna e imutável, mostrou vários fundamentos para a compreensão do que viria a ser entendido por direito justo ao longo da história.

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Armenio Amado- Editor, Sucessor, 2. ed. Coimbra. 1979. p. 102.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 15-23.

<sup>23</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.p. 13.

Diante disso, o jusnaturalismo pode ser agrupado em cinco grandes grupos: 1. Jusnaturalismo cosmológico; 2. Jusnaturalismo teológico; 3. Jusnaturalismo moderno; 4. Jusnaturalismo racionalista e 5. Jusnaturalismo contemporâneo. Os quatro primeiros tipos de jusnaturalismo são pertinentes ao atual estudo, portanto, não trataremos do jusnaturalismo contemporâneo.

### 1.1. O JUSNATURALISMO COSMOLÓGICO

O jusnaturalismo cosmológico, como leciona Ricardo Maurício,<sup>24</sup> foi a doutrina do direito natural que caracterizou a antiguidade grego-latina, fundado na idéia de que os direitos naturais corresponderiam à dinâmica do próprio universo. Essa riqueza do pensamento helênico antigo nesse tema, apesar de não poder ser homogeneizada, é possível apontar o entendimento de que tanto a natureza física quanto a natureza social são regidas por leis eternas, universais e imutáveis.

De acordo com Danilo Marcondes,<sup>25</sup> antes do surgimento da filosofia nos moldes conhecidos pelo ocidente, já se firmavam idéias e concepções sobre o significado do justo. Assim, desde o séc. VI a.C., que correspondeu ao período cosmológico, já se admitia uma *justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e direito*. Nesse interstício, os gregos não se debruçavam sobre problemas éticos, nem tão pouco jurídicos, pois se preocupavam exclusivamente com a natureza física.<sup>26</sup>

Nesse momento da história, inúmeros pensadores se propuseram a formular os princípios mais remotos de justiça, com base em diversos fundamentos, tais como: o valor perene da lei natural, de Sófocles, a necessidade humana, de Homero, o valor supremo da comunidade protetora do trabalho humano juntamente com a ordem e a paz, de Hesíodo, a igualdade, de Sólon, a segurança, de Píndaro, a idéia de retribuição, de Ésquilo, a eficácia da norma, de Heródoto, e a identificação com a legalidade, de Eurípedes.<sup>27</sup>

Nessa fase do pensamento grego, denominada *naturalista*, a lei era considerada emanção dos deuses, sendo revelada aos homens pela manifestação da vontade divina, o que atribuía a esta fase do Direito grego, uma inevitável identificação entre a

<sup>24</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\_abril2007/docente/doc1.doc.> Acesso em: 2.jun. 2011.

<sup>25</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 26-35.

<sup>26</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5. ed, 1979. p. 32.

<sup>27</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p. 3.

religião, a natureza e o próprio Direito. A justiça, por analogia, também teria origem divina, além de fundamentar todas as leis humanas, que, por sua vez, decorreriam de uma lei eterna e imutável.

Sobre essa ligação entre Direito e Religião esclarece o doutrinador Edgar Bodenheimer, *in verbis*:

O famoso Oráculo dos Delfos, considerado voz autorizada para enunciação da vontade divina, era frequentemente consultado em questões de Direito e legislação. As formas de elaboração das leis e decisões judiciais eram mescladas de cerimônias religiosas, e os sacerdotes representavam importante papel na administração da justiça. Como supremo juiz, acreditavam-se que o rei fosse investido no seu cargo e na sua autoridade pelo próprio Zeus.<sup>28</sup>

Uma das primeiras manifestações do ideário de direito natural encontra-se na peça teatral do dramaturgo Sófocles, *Antígona*,<sup>29</sup> na qual a protagonista invoca leis divinas, eternas, superiores e anteriores ao édito real para justificar sua desobediência a ordem posta. Neste trecho, pode-se ver que Antígona invoca uma *lei divina* que seria superior à lei positivada, *in verbis*:

*Antígona: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim!- Tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem que por isso venham a punir os deuses! [...]*<sup>30</sup>

<sup>28</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga de Zangão, apud BODENHEIMER, Edgar. Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966. p. 18.

<sup>29</sup> Em apertada síntese, a peça narra a história-tragédia de Antígona, filha de Édipo e Jocasta, que foi a única filha que não abandonou seu pai quando este foi expulso de seu reino, Tebas, pelos seus dois filhos. Antígona acompanhou o pai em seu exílio até sua morte. Quando voltou a Tebas, seus irmãos, Polinice e Etéocles, brigavam pelo trono. Polinice se casa com Argia a filha mais velha de Adrasto, rei de Argos, e junto dele arma um ataque contra Tebas, que é chamado de expedição dos "Sete contra Tebas" onde Anfiarau prevê que ninguém sobreviveria, somente o rei de Argos. Como a guerra não levou a lugar nenhum os dois irmãos decidem disputar o trono com um combate singular, onde ambos morrem. Creonte, tio deles, herda o trono, faz uma sepultura com todas as honras para Etéocles, e deixa Polinice onde caiu, proibindo qualquer um de enterrá-lo sob pena de morte. Antígona, indignada, tenta convencer o novo rei a enterrá-lo, pois, quem morresse sem os rituais fúnebres seria condenado a vagar cem anos nas margens do rio que levava ao mundo dos mortos, sem poder ir para o outro lado. Antígona vê-se diante do dilema entre obedecer às ordens do rei, seu tio, ou obedecer a aquelas leis que foram ditadas, não pelos homens, ainda que reis, mas pelo próprio Zeus, numa alusão à existência de um Direito acima daqueles elaborados pelos mortais. Não se conformando, ela rouba o cadáver insepulto, e tenta enterrar Polinice com as próprias mãos, mas é presa enquanto o fazia, sendo condenada a pena de morte.

<sup>30</sup> ROSENFELD, Denis (org.). *Sófocles & Antígona*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, (Passo-a-Passo, 9), p. 31.

Antígona não tinha dúvidas sobre qual lei seguir e, como qualquer herói do teatro grego, ela dominou o medo e ousou desafiar a tirania do seu tio Cleonte, mesmo ciente que a punição para tal ato de desobediência seria a pena de morte, pois acreditava que as leis civis eram inferiores aos desígnios divinos. Assim, em adição ao sentimento de injustiça sobre aquele decreto humano, outros personagens se manifestaram na tentativa de convencer o rei a não condenar Antígona à pena de morte, como seu próprio filho, Hêmon, trecho em que, mais uma vez, Sófocles invoca a insurgência do Direito Natural, *in litteris*:

*CREONTE: Miserável! O que te leva a divergir tanto do teu pai?*

*HÊMOM: É que te vejo violar os ditames da Justiça!*

*CREONTE: E o que há de injusto em sustentar minha autoridade?*

*HÊMOM: Não é vilipendiando os preceitos divinos que se sustenta a autoridade!*<sup>31</sup>

Nesse trecho, Sófocles, através do personagem de Hêmon, questiona a legitimidade da autoridade do rei, Creonte, sob o argumento de contrariar uma *lei divina*, sendo que essa aproximação se dá pelo preceito de justiça. Esta idéia avultada pelo dramaturgo Sófocles, de um direito justo por natureza, contido em leis imutáveis e não-escritas, que não se conhece da sua origem e que não serão jamais ultrapassadas por seres emanações da vontade divina, marcou todo Direito grego antigo, chegando até Roma, através da filosofia estoica.

Em retrospecto, como antes dito, a filosofia grega, em primeiro momento, não se envolveu com problemas éticos ou jurídicos, relevando apenas a natureza física. Gabriel Chalita, quanto aos *filósofos da natureza*, acrescenta o que se segue:

Os filósofos gregos, observando as constantes transformações que ocorrem na natureza, buscavam uma explicação racional para os fenômenos naturais, explicação que não era satisfatoriamente oferecida pelos mitos ou pelos deuses. Na verdade, aqueles homens de espírito inquieto queriam descobrir os princípios eternos. Não era apenas uma tentativa de explicar raios e trovões ou a chuva e o sol; não queriam, tampouco, somente entender a noite e o dia. Buscavam a causa primeira, a origem de tudo o que há no universo. Pode-se dizer que os filósofos pré-socráticos deram o passo inicial na tentativa de uma forma mais ordenada, mais lógica de pensar, que posteriormente daria origem às ciências naturais que conhecemos, como a física, a biologia, a astronomia e outra.<sup>32</sup>

Assim, a Escola Jônica, a mais antiga (séc. VI a.C.), representada por Tales, Anaximandro e Anaxímenes, e a Escola Eleática, cujo fundador é Parmênides, tentaram

<sup>31</sup> ROSENFELD, Denis (org.). *Sófocles & Antígona*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, (Passo-a-Passo, 9), p. 31.

<sup>32</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 32.

explicar os fenômenos do mundo sensível, erguendo-se um conceito metafísico, ao qual sustentou que o ser é uno, imutável e eterno. Tales é considerado o fundador da filosofia cosmológica, por ter sido o primeiro pensador a procurar responder filosoficamente como o mundo surgiu e o que explica sua existência.<sup>33</sup> A Escola Eleática, diferentemente da Jônica, aceitava como única a distinção dos fenômenos do mundo sensível entre ‘aquilo que é e aquilo que não é’. Em outras palavras, o não-ser simplesmente não existe, sendo inconcebível mesmo para o pensamento, pois, se pudesse ser pensado, existiria pelo menos como idéia.

Quase tudo que se sabe sobre Parmênides, dos eleatas o mais ilustre, provém do poema de sua autoria, denominado *Sobre a natureza*. Parmênides afirmava que o ser é imutável e eterno, porque se sofresse uma transformação qualquer, teria de deixar de ser (isto é, tornar-se não-ser) para tornar-se outra coisa (isto é, de não-ser, tornar-se ser), mas como nada pode surgir do não-ser, essa mutação seria impossível, o que fortalecia sua teoria de que o ser é imutável. Assim, segundo essa concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural para essas escolas helenas, a natureza contém em si a sua própria lei, fonte da ordem, em que se processam os movimentos dos corpos, ou em que se articulam os seus elementos constitutivos essenciais.<sup>34</sup>

Com o advento da filosofia, ainda tratando-se dos pré-socráticos, destaca-se Pitágoras que, dentre estes, a sua obra é a que tem mais forte conexão com o tema em estudo. Dentre os pensadores tributários da Escola Pitagórica, podemos citar ainda Filolau de Crotona (séc. V a.C.), Arquitas de Tarento (400?-356? a.C), Parmênides de Eléia (515?-450? a.C) e Demócrito de Abdera (460 – 370 a.C) como filósofos representativos dessa escola. Os dados biográficos de Pitágoras são escassos, pois ele transmitia seus ensinamentos oralmente a um círculo restrito de discípulos, mas sabe-se que ele nasceu em Samos, no ano de 582 a.C., e emigrou pra Itália Meridional, para Crotona, onde fundou uma sociedade.<sup>35</sup>

Pitágoras é conhecido, principalmente por acadêmicos secundaristas, pelo seu famoso teorema. Matemático e filósofo, este filósofo pré-socrático ainda cultivava uma religiosidade profunda e se preocupava com as questões morais de seu tempo. Para Pitágoras, descobrir a essência de todas as coisas, o princípio de tudo, significava estudar as relações matemáticas que estariam ocultas em todos os fenômenos do universo, essa era a sua intuição

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>34</sup> XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo*. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/.../958>>. Acesso em: 29/abr/2011.

<sup>35</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 37-40.

fundamental. Como explica Del Vecchio,<sup>36</sup> para esse filósofo grego, “a essência de todas as coisas é o número”. Portanto, para os pitagóricos, a Justiça seria uma relação aritmética, uma equação, ou uma igualdade, podendo-se deduzir dessa convicção os conceitos de retribuição, de correspondência entre fato e o tratamento adequado a ele.

Os pré-socráticos priorizavam, portanto, a busca da origem do universo e o exame das causas das transformações da natureza, revelando uma inequívoca preocupação cosmológica. Procuravam, nesse sentido, desenvolver formas de explicação da realidade natural, do mundo que os cercava, a partir da própria natureza. Sobre esse aspecto da filosofia dos pré-socráticos, assim se referem Eduardo Bittar e Guilherme Almeida:

Ainda que não haja uma identidade de escola entre eles, a unidade entre eles não se deve somente ao período histórico por eles vivido, muito menos se deve a uma única localidade da qual provenham (uns da Jônia, outros de Eléia), mas sim à preocupação cosmológica comum a todos, à busca de uma explicação para o despertar do pensamento voltado para a compreensão do universo e do mundo natural, das coisas como existentes e de suas respectivas origens. [...] Avaliando o período como um todo, e considerando indistintamente os movimentos filosóficos e suas diferenças conceituais, é possível partir em direção a uma generalização e afirmar, sem margem para erros, que se trata de um período em que se consagra uma visão de mundo onde predomina um jusnaturalismo cosmológico.<sup>37</sup>

Em seguida e com o desenvolvimento da ciência e da política, surge o pensamento dos Sofistas, sendo a escola que em primeira mão enfrentou os problemas do espírito humano, do conhecimento e da ética. Sua preocupação filosófica se voltava para o homem e a vida em sociedade, sendo que as questões que preocupavam os pré-socráticos, dirigidas a natureza e a essência do universo, foram colocadas em segundo plano.

Em apertada retrospectiva histórica, no século V a.C., e com fulcro nos ensinamentos de Gabriel Chalita e Del Vecchio,<sup>38</sup> Atenas vivia o auge de um regime ateniense de democracia. Os homens livres decidiam os interesses comuns a todos os cidadãos. Eles determinavam em discussões públicas como a cidade deveria ser administrada. Cumpre salientar que era considerado cidadão o homem que possuísse alguma propriedade, que possuísse também escravos e que não fosse estrangeiro. Os estrangeiros não tinham voz na democracia ateniense. Desses requisitos para obtenção da identidade de cidadão ateniense logo excluímos as mulheres. Assim, apesar desse regime de governo ateniense não garantir os

---

<sup>36</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 34.

<sup>37</sup> BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 5 ed., 2007. p. 72.

<sup>38</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5ed, 1979. p. 32-64; CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 36.

mesmo direitos para todas as pessoas, representou uma importante mudança no modo de ver o mundo, pois tinha como fundamento a idéia de que o homem tinha soberania sobre seu destino. E é nesse contexto que se desenvolve, na Grécia antiga, o pensamento sofístico, que reúne como expoente Protágoras (485?-410? a.C.), Górgias (483?-376? a.C), Hípias, Transímaco, Pródico e outros.

Para os sofistas, tudo deveria ser avaliado segundo os interesses do homem e de acordo com a forma como vê a realidade social. Isso significa que, segunda essa corrente de pensamento, as regras morais, as posições políticas e os relacionamentos sociais deveriam ser guiados conforme a conveniência individual.<sup>39</sup> Por esse fim, qualquer pessoa poderia se valer de um discurso convincente, mesmo que falso ou sem conteúdo. Por esta razão, os Sofistas fizeram deram vazão a uma diversidade de conclusões e a um patente antagonismo, suscitando sérias dúvidas em relação à existência da verdade. Os sofistas usavam complicados jogos de palavras, trocadilhos, raciocínios sem lógica, todos os recursos da retórica para demonstrar “a verdade” daquilo que se pretendia alcançar. Esse tipo de argumentação é conhecida como *sofisma*.<sup>40</sup>

A esse respeito leciona Del Vecchio,<sup>41</sup> *in litteris*:

Os sofistas eram individualistas e subjetivistas. Ensinavam que cada homem tem um modo próprio de ver e de conhecer as coisas, do que resultava a tese de que não pode existir uma verdadeira ciência objetiva e universalmente válida. Célebre é o dito de Protágoras: “o homem é a medida de todas as coisas” [...] Isto é: todo indivíduo possui uma visão própria da realidade.

Assim, negando os Sofistas toda e qualquer verdade objetiva, também negavam a existência de uma justiça absoluta. Por conseguinte, o Direito é, para os sofistas, por si, relativo, sendo uma expressão do arbítrio e da força: “o justo é o que favorece o mais poderoso”.<sup>42</sup> Não obstante a constatação do ceticismo moral dos sofistas, o professor italiano Del Vecchio continua:

[...] grande mérito foi o seu por terem atraído a atenção dos homens sobre dados e problemas relativos ao homem, ao pensamento humano; e a perturbação trazida pela sua atividade à consciência pública foi ainda benéfica e fecunda, pois aguçou o espírito crítico para muitos temas que até então a ninguém preocupavam... A eles se deve, por exemplo, a colocação rigorosa do problema de saber se a justiça tem um fundamento natural; se aquilo que é justo por lei – ou, como nós dizemos, o Direito positivo- é também justo por natureza... Os Sofistas foram, em síntese, o fomento que

<sup>39</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 46.

<sup>40</sup> *Ibidem*

<sup>41</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*; tradução de João Batista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p.15.

<sup>42</sup> *Ibidem*

suscitou a grande filosofia idealista grega... Esta resume-se, principalmente, nos nomes de Sócrates, Platão e Aristóteles [...].<sup>43</sup>

Dessa forma, ao contrário dos filósofos naturalistas da Escola Jônica, que consideravam apenas a natureza exterior, os Sofistas se debruçavam para a consideração de problemas psicológicos, morais e sociais. Foram eles que, a título ilustrativo, propuseram o problema da fundamentação da justiça, ou seja, se a justiça tinha um fundamento natural – se o que é justo por lei é também justo por natureza-, como se extrai do excerto da obra de Del Vecchio, exposto acima. Os Sofistas responderam negativamente a tal indagação, observando que, se existisse um justo por natureza, todas as leis seriam iguais.<sup>44</sup>

Sobre esse respeito, interessante o posicionamento de Ricardo Maurício Freire,<sup>45</sup> *in verbis*:

[...] os sofistas se apresentavam como a maior expressão do relativismo filosófico, porque não acreditavam na capacidade humana de conhecer as coisas, ao duvidar da potencialidade cognitiva do ser humano e sustentar que ele não estava apto a alcançar a verdade. Essa crise da razão humana descambou para a crise social, pois, se o ser humano não poderia alcançar a verdade, as instituições político-jurídicas da polis grega não poderiam alcançar a verdade, e, portanto, a justiça plena, lançando-se as sementes do jusnaturalismo. Sendo assim, ao valorizar o poder do discurso, a retórica sofística desemboca na relativização da justiça, situando-a no plano do provável, do possível ou do convencional. [...]

Assim, pode-se dizer que a sofística destruía os fundamentos de todo conhecimento, já que tudo seria relativo e os valores seriam subjetivos, assim como impedia o estabelecimento de um conjunto de normas de comportamento que garantissem os mesmos direitos a todos os cidadãos da *polis*. Foi nesse contexto que surgiu um pensador cuja doutrina se opunha profundamente aos Sofistas: Sócrates, um dos principais fundadores da Ética.

A maioria das coisas que se sabe sobre a vida e pensamento de Sócrates (470?-399? a.C) advém dos comentários dos filósofos que seguiram suas idéias, sendo fonte os escritos de Platão e Xenofonte, pensadores atenienses que eram grandes admiradores de Sócrates, e também do dramaturgo e filósofo Aristófanes, sendo que em uma de suas peças de teatro que satirizava os sofistas, *As nuvens*, Sócrates era um personagem, aparecendo como

<sup>43</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*; tradução de João Batista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p. 16.

<sup>44</sup> *Ibidem*

<sup>45</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: O Direito natural como Direito justo*. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em: 2/jun/2011.

caricatura. O estudo do pensamento socrático é realizado, principalmente, em face da sua oposição ao movimento sofista.<sup>46</sup>

Ao contrário dos Sofistas, que tudo afirmavam saber, Sócrates declarava nada saber. A necessidade de autoconhecimento era uma das bandeiras hasteadas por ele, difundindo essa necessidade através do preceito do Oráculo dos Delfos, “Conhece-te a ti mesmo”, expressão que se afigura a palavra-chave para a compreensão do humanismo socrático. Este filósofo ateniense transmitia seus ensinamentos a qualquer homem, tivesse ele interesse no debate filosófico ou não. Acontece que ter domínio da oratória era primordial para os cidadãos atenienses que participavam da política, pois nos moldes da democracia de Atenas, eles tinham que defender suas propostas e opiniões publicamente, por meio de discursos proferidos na *ágora*.<sup>47</sup> Por isso havia cidadãos que procuravam aperfeiçoar sua habilidade de discursar, afim de melhor convencer os outros de suas crenças e opiniões. Este contexto político que favoreceu o surgimento dos sofistas, que dominavam a arte da oratória e ensinavam sua arte em troca de pagamento, e Sócrates veio posteriormente em corrente contrária, como leciona Gabriel Chalita e Danilo Marcondes.<sup>48</sup>

Sócrates não cobrava para lecionar e se utilizava do *diálogo* para o exercício de sua atividade filosófica. Segundo Chalita, sua técnica se dividia em duas etapas: a primeira era a *ironia*, onde Sócrates, fingindo que não conhecia do tema abordado, levava o interlocutor a apresentar suas opiniões, e ia questionando-o, apontando para as falhas que encontrava no discurso do orador, até que este chegava a contradições do seu próprio pensamento, revelando sua total ignorância sobre o tema. A segunda etapa do diálogo socrático é a *maiêutica* – ou “parto das idéias”- momento que Sócrates levava o próprio interlocutor a chegar a suas próprias formulações. Assim, para este filósofo, o homem não poderia conhecer a realidade objetiva se desconhecesse a si mesmo, pelo que a formação ética demandaria desse indivíduo a busca pelo (auto)conhecimento, chegando assim na Felicidade.<sup>49</sup>

Enquanto os Sofistas sustentavam a desobediência das leis, e apregoavam sua efemeridade e sua contingência no tempo e no espaço, Sócrates criou um sistema ético de valores objetivos, um verdadeiro sistema idealista, onde a busca do princípio da verdade da

<sup>46</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 46-49,104.

<sup>47</sup> “A *ágora*, nas antigas cidades gregas, era a praça onde os cidadãos se reuniam para discutir a admiração da polis, também sendo o lugar onde se fazia comércio e se realizavam cultos religiosos.” (CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 46).

<sup>48</sup> CHALITA, Gabriel, op. cit., p. 40-50.

<sup>49</sup> CHALITA, Gabriel. Op. cit., p. 40-50; SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\_abril2007/docente/doc1.doc.> Acesso em: 2/jun/ 2011.

Justiça seria a própria razão da filosofia<sup>50</sup>. Empenhou-se, portanto, em restabelecer para Atenas o *império do ideal cívico*, liame indissociável entre o indivíduo e a sociedade.

Nesse sentido está o que doutrina Del Vecchio, como se segue:

[...] Ensinou a respeitar as leis (que os Sofistas haviam ensinado a desprezar), e não só as leis escritas, mas também as que, embora não escritas, valem igualmente em todos os lugares, e são impostas pelos deuses aos homens. Sócrates afirmou assim a sua fé em uma Justiça superior, para a validade da qual não é preciso sanção positiva, nem formulação escrita. A obediência às leis do Estado é, no entanto, para Sócrates, um dever que deve cumprir-se em todos os casos. [...] <sup>51</sup>

Assim, pelo excerto extraído, pode-se ver que, para Sócrates, o Direito Natural é anterior e superior as normas escrita que, por servirem de fundamento para a elaboração dessas, não descaracteriza a obrigatoriedade dos cidadãos se submeterem às leis. A obediência as leis positivas adviria da necessidade de se estabelecer paz social e harmonia entre os cidadãos. Assim, para este filósofo, o bom cidadão deveria obedecer às leis, mesmo estas sendo más, simplesmente para não estimular os maus cidadãos a violar as boas leis. Sócrates levou a finco seus ensinamentos, pois mesmo sendo injustamente e falsamente caluniado de corromper a juventude ateniense, e com isso, ser condenado a morte por envenenamento, não negou suas teorias e tampouco quis fugir, mostrando que mesmo que “más”, a lei deveria ser cumprida.

Platão (428?-348? a.C), um dos discípulos de Sócrates, assistiu inconformado a sentença de morte de seu mestre. <sup>52</sup> Como Sócrates, acreditava na razão filosófica como o caminho que levaria o homem ao exercício da justiça e à prática da virtude. Grande parte das obras de Platão tratam da boa convivência dos homens em sociedade, característica que herdou de seu mestre, pois este também orientou a sua meditação para o estudo do homem. Sócrates preconizava a necessidade de se diferenciar aquilo que seria apenas “impressão dos sentidos” e por isso variável de pessoa para pessoa, daquilo que seria

<sup>50</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22.

<sup>51</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5. ed, 1979. p. 38.

<sup>52</sup> Este momento é retratado em um dos primeiros, senão o primeiro dos diálogos de Platão, *A Apologia*, escrito ainda sobre forte impacto do julgamento e da condenação de Sócrates. Ensina Danilo Marcondes (in MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de Filosofia*, Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 5 ed., 2007. p. 20), que *A Apologia* consiste no discurso de Sócrates perante o júri ateniense que o condenou. Acusado de desrespeitar as leis da cidade e os deuses tradicionais e de corromper a juventude ateniense, Sócrates é levado a julgamento. Recusa-se a apresentar uma defesa tradicional, o que poderia, dada sua habilidade, tê-lo livrado da condenação, mas defende sua liberdade de pensamento e o caráter crítico da filosofia em um verdadeiro desafio ao júri, que acaba por considerá-lo culpado. Sócrates, por fim, rejeita a alternativa do exílio, mantendo-se coerente com seu estilo de vida e de filosofar, afirmando que “a vida sem reflexão não vale a pena ser vivida”.

fruto da razão, onde se encontrariam os conhecimentos necessariamente iguais para toda a humanidade. Esse era seu grande argumento contra o ceticismo e o agnosticismo dos sofistas, pois, ao contrário do que estes apregoavam – em síntese, que tudo era relativo- Sócrates diferenciou o que seria produto de opinião pessoal do que seria um conhecimento equânime do homem.

Nessa senda, de acordo com o pensamento platônico, o desprezo à razão conduz à valorização apenas das paixões pessoais, à agressividade e à imprudência, que resulta em ação violenta contra o próximo.<sup>53</sup> Uma das obras de Platão interessa a este estudo, *A República*, diálogo onde o autor detalha as suas idéias a respeito da Justiça, do Estado e das Leis, sempre tendo a *polis* como referência.

No diálogo *A República*, Platão apresenta a sua concepção de Estado, criando um modelo ideal de cidade, a cidade justa, e é onde ele insere a questão da justiça, pois para definir o que a cidade justa, ele começa a examinar o que é a justiça, estabelecendo a diferença entre esta e suas idéias a respeito das leis.<sup>54</sup> Conforme entende Edgar Bodenheimer:

A sua teoria da justiça era minuciosa, e constitui a pedra angular do edifício de toda a sua filosofia; e, além disso, permaneceu inalterada durante toda a sua vida. As suas idéias acerca da lei, no entanto, eram periféricas no esquema do seu pensamento.<sup>55</sup>

Nesta obra, Platão afirma serem a *polis* e suas leis os meios para a concretização da idéia do homem, sendo o Estado a grande figura educada, responsável pela formação moral dos indivíduos, imprimindo-lhes os princípios de justiça, a honra e a fidelidade e as virtudes supremas, conduzindo-os à felicidade. Platão, neste diálogo, estabelece uma comparação entre o Estado e o homem, sendo que o Estado seria como o corpo humano, composto de “órgãos” que lhe dão funcionamento. Assim, este filósofo diferencia as classes de homens que corresponderiam a cada “órgão” responsável pela vida do “macrohomem- Estado”. Platão demonstra também que, como no corpo humano, há desigualdade de “importância” natural entre os homens.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*, São Paulo: Atual, 2002. p. 52.

<sup>54</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 23.

<sup>55</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito-filosofia e metodologia jurídicas*, p. 21.

<sup>56</sup> “Nesta cidade sois todos irmãos, mas Deus, ao fazer-vos, pôs ouro naqueles dentre vós que são capazes para governar; daí merecerem esses a maior deferência. Pôs prata nos auxiliares, e ferro e cobre nos agricultores e outros artífices. Na sua maioria, os vossos filhos são da mesma natureza que vós, porém, como sois todos afins, do outro poderá descender prata, ou de prata, ouro, e assim em todas as classes. Portanto, o primeiro e mais incisivo mandamento de Deus aos que governam é este: que mais do que ninguém eles guardem e eduquem cuidadosamente os seus descendentes, procurando descobrir que outros metais trazem de mistura em suas almas;

Melhor explicando a questão posta em *A República*, a primeira consideração a ser reforçada é que Platão imaginou a *polis* como modelo de vida em grupo. Assim, na cidade, os filósofos, tendo conhecido a verdade através da contemplação do mundo das Idéias, teriam o dever de tomar as rédeas da administração da cidade. Esse “ônus” seria consequência do fato de que, por conhecerem o que é o *Bem*, somente poderiam desejar que esse bem se estendesse à vida de todos os homens. O *Agir Bem*, para Sócrates e conseqüentemente para seu seguidor, Platão, é a consequência inevitável de quem *conhece a verdade*. O *bem* e a *verdade* estariam intimamente ligados: logo, *conhecer seria igual a conhecer o bem*.<sup>57</sup> Agir conforme o bem seria decorrência do conhecimento, que, pelo mesmo raciocínio temos que uma ação danosa a si ou a outros seria decorrência do desconhecimento. Portanto, para Platão, os filósofos tinham que ocupar a posição de governadores, criando leis e controlando as atividades dos membros da sociedade. Na divisão da alma,<sup>58</sup> teoria também elaborada por Platão, os filósofos seriam a parte racional da alma.

Nesse sentido, Del Vecchio, como se segue:

[...] há que distinguir no Estado três classes: A dos sábios, destinados a dominar; a dos guerreiros, chamados a defender o organismo social; a dos artífices e agricultores, a quem cabe nutri-lo. Mas, assim como o indivíduo deve ser dominado pela razão, assim também o Estado o deve ser pela classe que representa a sabedoria, isto é: pelos filósofos.[...] <sup>59</sup>

Cumprir destacar que, apesar de existir o instituto da escravidão em Atenas, os servos e escravos estavam excluídos das três classes que dividem os homens no Estado. Essa teoria permanece em outros diálogos de autoria de Platão, como *Político*, onde indaga sobre a justificativa para o governo do filósofo, como se segue:

[...] Não é nisso que reside a verdadeira fórmula e uma administração correta da cidade, segundo a qual o homem sábio e bom administrará os interesses de seu povo? Da mesma forma como o piloto que conduz o barco, longe de escrever um código, mas tendo sempre a atenção voltada para o bem do navio e seus marinheiros, estabelece a sua ciência como lei e salva tudo o que com ele navega, assim também, de igual modo, os chefes capazes e

---

se trouxerem uma mistura de cobre ou ferro, não deverão ter piedade, e sim destiná-los às posições próprias de sua natureza, que são as de artesãos ou lavradores; e se. Por outro lado, dentre estes nascerem crianças com mistura de outro e prata, deverão ser tratadas com honrarias e indicadas, as primeiras para guardiãs, e as segundas para auxiliares. Porque, segundo um oráculo, a cidade será destruída no dia em que for guardada por ferro ou cobre” (*A República, Livro III*, Cf. op. cit, p. 21 *apud* LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga de Zangão*, 2000, p. 24, nota 34).

<sup>57</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*, São Paulo: Atual, 2002. p. 48.

<sup>58</sup> Segundo Del Vecchio, (1979, p. 40), Platão dá uma base psicológica ao traçar o paralelo entre o Estado e o indivíduo, criando três partes, ou faculdades, existentes na alma do indivíduo: a razão, que domina; a coragem. Que atua; os sentidos, que obedecem.

<sup>59</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Editora Armênio Amado. 5ed. Coimbra.1979. p. 40.

praticar esse método realizarão a constituição verdadeira, fazendo de sua arte uma força mais poderosa do que as leis. [...] <sup>60</sup>

Nessa *polis* também haveria grupos de guerreiros que se caracterizavam por sua força, integridade e fidelidade. Eles corresponderiam à parte emocional da alma, e obedeceriam aos filósofos governantes, defendendo a cidade de eventuais inimigos. Eles eram responsáveis pela parte pragmática na aplicação da justiça entre os habitantes, conforme os “reis pensadores” determinassem. Finalmente, nessa divisão de funções elaborada por Platão, haveria os homens que, por meio de seus diferentes trabalhos, garantiam o sustento da cidade, que são os agricultores, pastores, artesãos, construtores e tecelões. Esse grupo de homens de homens corresponderiam à parte sensual da alma, por serem movidos pela ambição pelo lucro e não pelo desejo do bem. Como ensina Gabriel Chalita:

Embora necessário para a sobrevivência material de todas as pessoas, precisaria ser controlado pelos guardiões da cidade, segundo as ordens dos dirigentes filósofos, que ditariam as normas de comportamento, a distribuição dos alimentos e a realização de melhorias urbanas. <sup>61</sup>

O Estado, segundo Platão e em geral para os gregos, tem como principal característica a sua função educadora. Portanto, para este filósofo, o Estado domina a atividade humana em todas as suas manifestações, e a este instituto cabe a promoção do Bem, também em todas as suas formas. Logo, poder do Estado se afigura ilimitado, eis que nada fica reservado ao arbítrio dos cidadãos, sendo tudo coberto pela competência e intervenção do Estado. Kant, como veremos no capítulo que se avizinha, é um dos filósofos que é contrário a essa concepção absolutista do Estado. Na concepção kantiana do Estado de Direito, existe limites bem determinados para a atividade Estatal.

Em síntese, verificamos, nas palavras de Ylves José Miranda que:

Como trajetória jusnaturalista e Platão pode-se assinalar o Estado fundado na natureza do homem; a importância acendrada a razão sobre a vontade e os instintos; a divisão do trabalho e o bem comum justificador do poder do Estado e verdadeiras leis que tenham em foco a justiça. Pode-se divisar, em todo, o seu pensamento político, moral e sobre o Direito, um apoio na realidade social e individual, como alusão ao ideal, como realidade mais alta, submetendo o Direito à ética e à política. <sup>62</sup>

Completando o humanismo de Sócrates e o idealismo de Platão, Aristóteles, desenvolve mais detalhadamente as idéias acerca da justiça como conteúdo das leis, da

<sup>60</sup> MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de Filosofia*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 5 ed., 2007. p. 25.

<sup>61</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 58.

<sup>62</sup> GUIMARÃES, Ylves José Miranda, *Direito Natural- visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991. p. 25.

felicidade como bem supremo e da distinção entre o justo por natureza e o justo por convenção, chegando a construir uma verdadeira “teoria da justiça”.<sup>63</sup>

A grande tríade filosófica grega se completa com Aristóteles, que freqüentou, durante vinte anos, a Academia de Platão, saindo de lá só quando seu mestre morreu. Sendo discípulo de Platão, evidentemente, sofreu forte influência das idéias do mestre em sua própria obra, apesar de alguns doutrinadores, e.g. Giorgio Del Vecchio, considerá-los antagônicos, ou que havia uma oposição significativa entre os dois. Nesse sentido expõe Del Vecchio:

O caráter do seu gênio é diferente do de Platão: este, por sua índole, é mais especulativo, Aristóteles mais inclinado à observação dos fatos. Nas questões cardeais da Filosofia, contudo, não se afasta muito do Mestre; é, por isso, errado apresentá-los, como vulgarmente acontece, na qualidade de seu adversário ou antagonista. É verdade que Aristóteles expressamente refuta algumas teorias de Platão. Amiúde se faz referência às discórdias pessoais que teriam oposto o mestre ao discípulo. Mas, provavelmente, exagerou-se a este respeito e formaram-se lendas em torno das relações entre os dois grandes filósofos. Deve-se reconhecer, em todo o caso, que também Aristóteles foi essencialmente metafísico e idealista.<sup>64</sup>

Uma de suas principais obras, a *Política*, interessa particularmente esse estudo, pois é onde este filósofo de Estagira constrói seu modelo de Estado, e a sua doutrina sobre justiça e equidade. O caráter mais observador de Aristóteles o fez perceber que a organização do Estado ideal formulada por seu mestre, Platão, esbarraria em alguns problemas da própria natureza humana. Assim, Aristóteles formulou uma forma de Estado que teria como alicerce o Direito, sendo esta a única forma possível de existência humana numa comunidade política.

Portanto, é notável que as leis possuem vital importância para Aristóteles, sendo primordial que elas sejam bem formuladas. Aliás, para este filósofo, todos os homens deveriam participar do processo legislativo, distinguindo entre eles o que é bom, através do diálogo. Assim, as leis tomariam posição de superioridade em relação aos indivíduos. Quanto a importância dada por Aristóteles às leis, escreve Miguel Reale:

O estagirita reconhece que existe o justo por lei e o justo por natureza, afirmando que este tem por toda a parte a mesma força, por não depender das opiniões e dos decretos dos homens, expressão que é da natureza racional do homem. A lei é a inteligência menos a paixão, ou seja, depurada

---

<sup>63</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 25.

<sup>64</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 44.

de todas as inclinações capazes de lançar um homem contra outro homem, esquecidos das exigências racionais, ambiciosos de mando e ávido de bens.<sup>65</sup>

Para Aristóteles, assim como para Platão, o sumo bem é a Felicidade, sendo necessária a existência do Estado, que não possui um simples papel de estabelecer aliança entre os indivíduos, mas significa a perfeita união orgânica, tendo por fim a virtude e a felicidade universal, ou seja, o Estado representa, para estes filósofos, a comunhão necessária ao serviço da perfeição da vida.<sup>66</sup> Assim, Aristóteles não concede a idéia de existir indivíduos sem o Estado, pois ao Estado incumbe regular a vida dos cidadãos mediante as leis, que eram substancialmente justas. Nessa senda, Aristóteles deixou uma profunda análise, onde Aristóteles divide a justiça em várias espécies,<sup>67</sup> dentre elas a *justiça distributiva* e a *justiça corretiva*, conforme expôs Del Vecchio:

O princípio da justiça é a igualdade, a qual é aplicada de várias maneiras. Aristóteles distingue, portanto, a justiça em muitas espécies. A primeira de entre leis é a chamada justiça *distributiva*, que preside à distribuição das honras e dos bens e tem por fim obter que cada um receba daquelas e destes a porção adequada ao seu mérito.<sup>68</sup>

Segundo Aristóteles, o princípio da justiça é a igualdade, apesar de elaborar sua teoria demonstrando a desigualdade entre as pessoas quanto ao mérito de cada uma, assinalando um aspecto de *bilateralidade* na aplicação da mesma. Viviane Araújo assinala que ao apreciar a questão da justiça, Aristóteles apenas o fará a partir da noção de proporcionalidade entre o bem recebido e o seu merecimento e na medida em que considera como um “bem de outrem, uma espécie de proporção de homem para homem, e modo que não já justiça de um homem para consigo mesmo”.<sup>69</sup>

Tratando da justiça como uma das virtudes, para Aristóteles, continua Miguel Reale:

<sup>65</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9. ed., 1982. p. 619.

<sup>66</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 45.

<sup>67</sup> “Aristóteles distingue, inicialmente, dois tipos de justo político: o justo natural e o justo legal. O justo natural expressa uma justiça objetiva imutável e que não sofre a interferência humana. Já o justo legal é a lei positiva que tem sua origem na vontade do legislador e que sofre a variação espaço-temporal. Existem, ainda, a justiça geral e a justiça particular. De um lado, a justiça geral figura como a virtude da observância da lei, o respeito à legislação ou às normas convencionais instituídas pela polis. Tem como objetivo o bem comum, a felicidade individual e coletiva. A justiça geral corresponde pelo que se entende por justiça legal. Por outro lado, a justiça particular tem por objetivo realizada a igualdade entre o sujeito que age e o sujeito que sofre a ação. Refere-se singularmente, no tratamento entre as partes. A seu turno, a justiça particular dividi-se em justiça distributiva e justiça corretiva.” (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: O Direito natural como Direito justo*. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em 2/jun/2011).

<sup>68</sup> *Ibidem*

<sup>69</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga de Zangão*, p. 27 apud Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 1982. p. 620.

Aristóteles soube genialmente determinar o que a distingue e a especifica (*a justiça*), a sua proporcionalidade a outrem, ou, em palavras modernas, a nota e *socialidade*. A justiça é uma virtude que implica sempre algo de objetivo, significando uma proporção entre um homem e outro homem; razão pela qual toda virtude, enquanto se proporcione a outrem, é, a esse título, também “justiça”.<sup>70</sup>

A segunda espécie de justiça elaborada por Aristóteles é a justiça *corretiva* ou *equiparadora*, por presidir às relações de troca, configura a proporção aritmética na teoria aristotélica, uma vez que intenta situar as partes da relação numa idéia de bilateralidade, imanente à concepção de justiça – conforme dito supra.

Discorrendo sobre a justiça equiparadora, aponta Del Vecchio:

Esta espécie de justiça procura lograr que as duas partes, que se encontram em relação, venham a achar-se, uma relativamente à outra, em condições de paridade; e de tal sorte, que nenhuma receba ou dê demais ou de menos. Daqui segue-se a definição desta espécie de justiça como ponto médio ou meio termo entre o dano e a vantagem. No entanto, estes termos compreendidos em sentido amplo aplicam-se não só às relações voluntárias ou contratuais, mas também às que têm origem no delito; portanto também se exige uma certa equiparação, ou seja: uma exata correspondência entre o delito e a pena. A justiça corretiva, retificadora ou equiparadora preside, assim, a todas as trocas e relações quer de natureza civil quer de natureza penal.<sup>71</sup>

A justiça corretiva, ou equiparadora, ainda se sub-dividia em duas outras espécies: a justiça comutativa, ou compensativa, e a justiça judicial, ou reparadora. À primeira seria responsável por nortear a formação das relações de troca, enquanto à segunda incumbiria a punição do culpado, imposta mediante uma terceira pessoa (o juiz), que deve decidir sobre as relações mútuas e o eventual descumprimento de acordos particulares.

Impende destacar, ainda, o conceito de *equidade*, para Aristóteles. Define a equidade como “uma retificação da lei quando deficiente em virtude de sua generalidade”, cabendo ao critério de equidade, aplicado pelos magistrados, corrigir a rigidez da lei adequando-a ao caso em questão segundo os ditames da justiça natural, reparando, assim, as imperfeições do Direito escrito. Para Aristóteles, portanto, a equidade estaria à serviço do direito natural. A equidade é palavra-chave para teoria de justiça de Aristóteles, pois previu ele que, no momento de se aplicar a lei –seja para proibir ou para prescrever uma conduta desejada- a sua rigidez, soberania e generalidades poderiam produzir injustiças e efeitos

<sup>70</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 619-620.

<sup>71</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 45-50.

danosos se não fossem levadas em considerações as particularidades de cada caso submetido as leis.<sup>72</sup>

Um pouco mais adiante, no período pós socrático, a filosofia grega passa a ser dominada pela preocupação humanística centralizada no problema ético-moral, influenciando notadamente o Direito Romano.<sup>73</sup> Surge, então, no cenário do pensamento grego a Escola Estóica, fundada em Atenas por volta de 308 a.C., por Zenão de Cipro (320?-250? a.C.).

A busca da felicidade foi o problema fundamental escolhido pelos estóicos, se preocupavam, outrossim, em saber como o indivíduo deveria agir para viver bem, estando de acordo consigo mesmo e com a vida em sociedade. Sendo assim, felicidade para esta corrente do pensamento grego, era um estado de tranqüilidade plena, em que só podia ser atingido por meio da prática virtuosa.

Portanto, atribuiu-se aos estóicos a concepção de um sistema filosófico onde o eixo central das suas indagações giraria necessariamente em torno do conceito de natureza. Assim, a virtude, para os estóicos, era definida como uma negação constante, que consistia na *indiferença* dirigida a todas as experiências da vida. A indiferença, nesse caso, significava não sobre nem agir por nenhuma paixão. Gabriel Chalita, sobre esse tema, diz que “o máximo da virtude seria alcançado quando o homem ficasse alheio a tudo, vivendo como numa fortaleza interior, tendo como seu tesouro o pensamento e a sabedoria filosófica”.<sup>74</sup> Em outras palavras, o homem não deveria se preocupar com a morte, riqueza, beleza, trabalho, por exemplo. O único valor, segundo os estóicos, é a sabedoria, que é alcançada através do pensamento, que por sua vez, é a única atividade em que vale a pena se empenhar.

Sobre os estóicos e suas crenças, leciona Viviane Nunes Araújo Lima, como se segue:

Entendia a Escola Estóica ser a natureza “o princípio dominador que paira por todo o universo, o qual, de modo panteístico, eles identificavam como o próprio Deus, entendendo ainda ser esse universo, ou *cosmos*, organizado de maneira ordenada e racional, composto por um único elemento: a razão.”<sup>75</sup>

Conclui a doutrinadora supra mencionada que, em decorrência dessa identificação da natureza com Deus, para os estóicos, a lei da natureza seria igual à lei da razão. Decorrente dessa premissa, concluem esses pensadores que, pelo fato do homem fazer

<sup>72</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 60-70; 163.

<sup>73</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 31.

<sup>74</sup> CHALITA, Gabriel, *Vivendo a filosofia*, 2002. p. 77.

<sup>75</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. op. cit., p. 31.

parte dessa ordem cósmica, ele é um ser essencialmente racional. Logo, tendo-lhe sido atribuída à capacidade de agir conforme a reta razão, o homem participava, para os estóicos, da lei considerada universalmente válida, ou seja, da lei da natureza, que impunha ao homem a prerrogativa de sempre agir de acordo com a razão.

Continua Viviane Nunes:

Melhor dizendo, o homem deveria conduzir sua vida conforme sua própria natureza; ora, se a natureza individual de cada homem fazia parte de um composto pela razão, isto implicaria reconhecer que a sua natureza seria racional. Indagado sobre a peculiaridade do homem, teria respondido o filósofo Sêneca: “Que é, então, peculiar ao homem? A razão. Quando esta é reta e atingiu a perfeição, a felicidade do homem é completa.”<sup>76</sup>

Partindo dessas conclusões, os estóicos inauguram uma nova forma de pensar o homem, o Estado e Deus, pois, para eles, a lei natural é universal. Por conseguinte, todos os homens seriam iguais e pertenceriam à algo denominado por Del Vecchio de *sociedade do gênero humano*.<sup>77</sup>

Quanto às inovações trazidas pelos estóicos, salienta Carl Friederich:

[...] os estóicos fizeram explodir a estrutura da polis, que para Platão e Aristóteles fora algo indiscutível, e proclamaram a humanidade como uma comunidade universal. Um deus, um Estado, uma lei – esta bem conhecida fórmula estabelece a doutrina dos estóicos de um modo bastante simples e claro. Um homem é diferente de outro homem não pelo fato de pertencer a uma polis, mas unicamente por ser um homem sábio, que reconhece a doutrina estóica, ou um tolo, que não a reconhece. Por essa razão, a verdadeira polis não é qualquer polis existente, como Atenas, mas, de fato, uma comunidade de todos esses homens sábios. Todos estão sujeitos a um Deus e a uma lei.<sup>78</sup>

Essa idéia foi denominada de *cosmopolitismo*, onde esses pensadores que o homem não seria cidadão de um Estado determinado, mas de um Estado Universal, sendo na verdade cidadão do mundo. Para sintetizar a doutrina estóica, em especial no que acontece à cosmopolitização da espécie humana, esclarece Bodenheimer:

Como força universal encontrada em todo o cosmo, a razão era considerada pelos estóicos a base da lei e da justiça. A razão divina, diziam eles, se encontra em todos os seres humanos, em qualquer parte, independentemente da sua raça ou nacionalidade. Existe uma lei comum da natureza, baseada na razão, que obriga a todos os homens em qualquer parte do mundo. Os filósofos estóicos ensinavam que não devia haver diferentes cidades-estado, cada qual distinta das demais pelo seu próprio sistema peculiar de justiça.

<sup>76</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.p. 30-32.

<sup>77</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 52.

<sup>78</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga de Zangão, apud FRIEDERICH, Carl*, p. 32.

Desenvolveram eles uma filosofia cosmopolita, baseada no princípio da igualdade de todos os homens e na universalidade das leis naturais. Seu ideal mais alto era um estado-mundo, em que todos os homens vivessem juntos harmoniosamente sob o comendo da razão divina.<sup>79</sup>

Merece ainda atenção a doutrina de Epicuro. A corrente de pensamento que se originou deste pensador homenageou seu próprio nome, o epicurismo. O epicurismo pregava que a finalidade da vida está no prazer. Não um prazer obtido através dos instintos e das paixões, mas sim por meio da razão. Assim, o verdadeiro prazer estaria em superar todos os desejos, não ter necessidade de nada. Nessa senda, a justiça, para Epicuro, consistia em não causar dano a outrem ou causar-lhe sofrimento. Este filósofo atribuiu grande importância aos prazeres e às dores espirituais. Logo, para os epicuristas, o meio técnico de tornar efetiva essa moral do prazer tranqüilo consistia no direito justo, cuja finalidade era prescrever as ações que propiciavam a felicidade ao maior número de pessoas.<sup>80</sup>

Sobre a doutrina de Epicuro, traz Del Vecchio<sup>81</sup> que esta apregoava o caráter necessário e útil do Estado nas soluções de conflitos intersubjetivos. Epicuro acreditava que o homem não era naturalmente sociável. Assim, ele estaria constantemente em luta com o seu semelhante, sendo causa de sofrimento. Aí então entra o Estado, como entidade que suprime esse sofrimento causado aos indivíduos por eles mesmos. À luz dessa concepção, o direito, para Epicuro, é um pacto ditado pela utilidade, dominando nesse campo o utilitarismo. Por isso, explica o Del Vecchio, que para este pensador, o homem poderia sempre romper com seu pacto com o Estado, sempre quando da sua manutenção deixar de resultar a utilidade em função da qual adveio a sua celebração.

Finalizando essa corrente do pensamento grego pós socrático, cumpre ressaltar as palavras de Miguel Reale quanto ao Direito grego:

Há, pois, na obra de Aristóteles, uma Teoria Geral do Estado, entendida como um complexo unitário, no qual ainda não se destaca o Direito. Nem é demais lembrar...que na Grécia não existe uma palavra própria para mencionar o Direito, pois o conceito ainda se funde no conceito universal de *justo*. [...] Reconhece-se, em geral, que o Direito na Grécia permaneceu numa dependência da Retórica e da Moral, não se diferenciando propriamente o jurista do filósofo ou o homem de Estado.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *A saga de Zangão, apud BODENHEIMER, Edgar. Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966. p. 27.

<sup>80</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em: 2/jun/2011. p. 4.

<sup>81</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 53.

<sup>82</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 625.

Miguel Reale, sobre o tema, observou que do posto de vista da Filosofia do Direito, o pensamento pós socrático acaba por fundamentar uma concepção mais cosmopolita do homem, adaptada à nova realidade do Estado-Império, cristalizando a idéia do direito natural que iria impregnar a Roma antiga.<sup>83</sup> De fato, a grande contribuição romana para o mundo ocidental foi o Direito, tendo sido fundada, mesmo, uma área da Filosofia do Direito que ainda hoje rege a prática da justiça em vários países, inclusive no Brasil. Além do mais, os romanos foram os primeiros a teorizar a respeito do Direito, empregando o termo jurisprudência, para designar a arte de criar e aplicar o seu Direito.

Nesse sentido, observa Ricardo Maurício Freire Soares:

A jurisprudência romana se desenvolve, então, sob a égide da doutrina do direito natural, na esteira das concepções herdadas do pensamento clássico. Em Roma, as idéias mais ou menos difusas na moral estoica, de que os postulados da razão teriam força e alcance universais, encontraram ambiência favorável à sua aplicação prática. O direito natural a ser então, concebido como a própria natureza baseada na razão, traduzida em princípios de valor universal.<sup>84</sup>

Roma não foi reconhecida por fundar uma corrente puramente filosófica própria, recebendo fortes influências do pensamento filosófico grego, em especial do estoicismo. Assim como o supremo tema da atividade Grega foi a filosofia, em Roma foi o Direito. Como pode se depreender da referência acima, em Roma também se admitia a ideia de uma lei natural, decorrente da natureza e da razão que ordena e rege o universo, conseqüentemente, imutável e universal. Por receberem influência dos estóicos, os romanos também acreditavam na existência de uma lei eterna, impressa na natureza de todos os homens por meio da razão. Geralmente, ao tratar dessa temática, doutrinadores citam Cícero, advogado e estadista, como representante dos grandes jurisconsultos romanos.<sup>85</sup>

Para Cícero, existiria uma verdadeira lei: a reta razão conforme a natureza, que seria eterna e constante de todos os homens. A sua tese principal atesta que o direito não resulta do arbítrio, mas é dado pela natureza. Cícero estabelece uma relação com a doutrina aristotélica<sup>86</sup> quando afirma que o Estado, para ele, seria um produto da natureza, sendo um instituto natural que impele o homem para a convivência política.

---

<sup>83</sup> REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 627-630.

<sup>84</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: O Direito natural como Direito justo*. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em: 2/jun/2011, p. 3.

<sup>85</sup> *Idibem*

<sup>86</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 54-59.

Os juristas romanos não foram grandes formuladores de abstrações teóricas, nem se tratando do ramo da filosofia. Mas podemos dizer que eles se destacaram na transposição das abstrações filosóficas para a prática do Direito Positivo, nas suas aplicações. Os romanos souberam satisfazer as exigências lógicas e as necessidades mutáveis da realidade. Muito embora eles guardassem maior respeito e dedicação pelas formas históricas e tradicionais das instituições, nunca perderam a vista a vida concreta e a natureza das coisas. Souberam, outrossim, contribuir permanentemente para o progresso jurídico, com uma perfeita técnica formal. E nisto está o seu mérito. A disciplina de Filosofia do Direito tem por fontes clássicas, portanto, a filosofia grega e a jurisprudência romana. Afinal de contas, os romanos foram, sem dúvida, os fundadores do Direito como ciência autônoma.

## 1.2. O JUSNATURALISMO TEOLÓGICO

O jusnaturalismo teológico se consolida como doutrina jusfilosófica na Idade Média, advindo da forte influência do cristianismo.<sup>87</sup> O cristianismo trouxe à baila novas discussões em relação à questão da justiça, apesar de originalmente não nascer com significado jurídico ou político, mas sim com propósito meramente moral. Princípios de caridade, amor ao próximo, fraternidade, liberdade e igualdade de todos os homens são, sem dúvidas, princípios pregados pela filosofia cristã,<sup>88</sup> propondo ao indivíduo adepto dessa religião mudanças comportamental e de sua consciência, não possuindo cunho político.<sup>89</sup>

Del Vecchio e Miguel Reale, à título exemplificativo, são alguns doutrinadores que assinalam o caráter inicialmente *apolítico* da doutrina cristã. Assim, apesar de o cristianismo originalmente não servir a interesses políticos ou jurídicos, fato é que com ele engendrou-se uma verdadeira “revolução” política, fazendo prevalecer, na Idade Média, o

---

<sup>87</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2000. p. 117-127.

<sup>88</sup> Embora alguns importantes historiadores da filosofia afirmem não ser totalmente correto utilizar a expressão *filosofia cristã* para designar as correntes de pensamento formuladas pelos jusnaturalistas medievais que professavam o cristianismo, optou-se por usar tal denominação para ressaltar a ligação entre Direito-Filosofia e Teologia.

<sup>89</sup> Para ilustrar a desvinculação original da filosofia Cristã do contexto político, Del Vecchio aponta que ensinamentos de Jesus como “Dai a César o que é de César” não tem caráter político, sendo dotado exclusivamente de um significado espiritual, significando que os impostos deveriam ser pagos ao Estado, pois este estaria responsável por assuntos mundanos, enquanto à Igreja cabe se importar com assuntos espirituais. Tanto assim é que, apesar de a Igreja pregar a igualdade entre todos os homens, o instituto da escravatura não foi abolido, permanecendo por esse tempo sob a justificativa de ser uma instituição humana. Nesse sentido, Del Vecchio complementa: “Os Padres da Igreja chegaram a considerá-la como condição propícia aos servos e aos senhores: aos primeiros, para se exercitarem na paciência e obediência devida aos segundos; a estes, na doçura e benevolência devida àqueles.” (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Editora Armênio Amado. 5ed. Coimbra.1979. p. 59-60).

que José Vilanova chamou de *cosmovisão*, ou seja, “uma visão comum a todos os homens acerca do universo ou da representação do mundo”.<sup>90</sup>

Nesse âmbito leciona o autor argentino supracitado, ao discorrer sobre a era medieval:

Nela denomina, praticamente sem deixar resquício algum, uma cosmovisão bem clara e definida. É a última época da humanidade que reina uma cosmovisão indiscutida. [...] Na época medieval domina uma cosmovisão teológica e teocrática. Dentro dela o homem está situado em um “vale de lágrimas” para cumprir com uma espécie de preâmbulo ou prêmio à outra vida que é a autêntica e verdadeira: a vida eterna... sob o prisma da cosmovisão medieval, tudo o que há neste mundo tem uma importância puramente preparatória para o ingresso no outro mundo.<sup>91</sup>

Como explicitado, a doutrina cristã gerou influências notáveis na Política, desenvolvendo-se, sobretudo no período da Idade Média. O primeiro reflexo decorrente da herança cristã na política é a aproximação do Direito da Teologia.<sup>92</sup> Desse efeito deriva-se o entendimento de que se o mundo é governado por um Deus, logo, o Direito deve ser emanado por uma ordem divina e o Estado como instituição divina.

Nesse sentido, explica Del Vecchio, *in litteris*:

Só na época do Renascimento, na qual se verificou, de certo modo, um ressurgimento da Filosofia e da cultura greco-latina, a doutrina clássica recebeu reconfirmação e voltou a dizer-se que o Direito é independente da Teologia e deriva da natureza humana.<sup>93</sup>

Outro efeito trazido por Del Vecchio, considerando que a filosofia evangélica é carregada de subjetividade, é que o cristianismo trouxe uma nova concepção do Estado e da posição deste em face da Igreja. Ou seja, antes da política e justiça sofreram influência do Cristianismo, portanto, na antiguidade clássica, o Estado era a única entidade superior ao indivíduo. Esse tinha o dever de ser bom cidadão, enquanto o Estado cumpria o papel de provedor. Assim, o homem era visto somente como *cidadão*, e para ele, nada mais havia além do Estado. Com o advento do Cristianismo outro olhar é dado ao homem, que agora é tributário a um fim religioso, ultrahumano.<sup>94</sup> Portanto, o homem não busca apenas por uma vida civil harmônica, mas a partir desse momento anseia pela felicidade plena e eterna.

<sup>90</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 45.

<sup>91</sup> VILANOVA, José. *Elementos de filosofia Del derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1984. p. 66.

<sup>92</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 60-61.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

Del Vecchio continua, expondo a razão pela qual a Igreja, na Idade Média, tenta se sobrepor ao Estado, como se segue:

[...] enquanto este (*Estado*) se ocupa das coisas terrenas, aquela (*Igreja*) ocupa-se das coisas eternas. Daí a pretensão de usar do Estado como meio de atingir fim religioso. A Igreja vem assim a afirmar-se como autoridade autônoma, superior ao Estado. E, desta sorte, as relações políticas adquirem dois aspectos e complicam-se: os dois termos iniciais – cidadão e Estado - junta-se um terceiro – a Igreja.

Para se investigar acerca do jusnaturalismo na Idade Média, conhecido também como jusnaturalismo teológico, imprescindível que se olhe para o mundo ocidental através das lentes da doutrina cristã, pois devido à expansão do cristianismo, a Igreja mantinha o monopólio da fé. Os próprios representantes do pensamento medieval foram cristãos fervorosos, que, ao conciliarem os métodos filosóficos gregos ao que prega a fé cristã, acabaram por criar um modelo de ver o mundo e o ser humanos dentro de uma perspectiva teocêntrica.

Percebe-se no trecho exposto acima que na Idade Média há a retomada da idéia de cosmovisão elaborada pelos estóicos, conforme assinalado por José Vilanova.<sup>95</sup> A vida terrena na concepção do homem medieval seria passageira, pois o fim de todas as coisas seria felicidade plena, e essa, por sua vez, estaria na eternidade da vida celestial. Esse pensamento eminentemente cristão é o que caracteriza o período da filosofia jusnaturalista teológica, como assinada Elias Diaz, “no jusnaturalismo escolástico-medieval, o direito natural possui, necessariamente, um caráter religioso-transcendental”.<sup>96</sup>

Surgindo na idade antiga, embora tenha se desenvolvido e predominado principalmente na Idade Média, a corrente do Jusnaturalismo Teológico divide-se em dois períodos principais: a *Patrística* e a *Escolástica*.

A primeira fase é conhecida como Patrística, pois se refere à filosofia dos Padres da Igreja dos primeiros séculos, séculos II a VI,<sup>97</sup> tendo como principal expoente Santo Agostinho (354 -430).<sup>98</sup>

Para melhor contextualizar o advento da Patrística no cenário histórico, necessário se faz delinearem-se os motivos que levaram a aproximação do evangelho da

<sup>95</sup> VILANOVA, José. *Elementos de filosofia Del derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1984. p. 68.

<sup>96</sup> DIAZ, Elias. *Sociologia y filosofia del derecho*. Madrid: Ed. Taurus, 1982. p. 268.

<sup>97</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48.

<sup>98</sup> Entre os Padres a Igreja, depois dos Apóstolos, Del Vecchio lista: Tertuliano, Clemente Alexandrino, Orígenes, Lactâncio, Santo Ambrósio. In DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 63.

filosofia grega. Frisa-se que os maiores representantes do pensamento medieval foram cristãos que procuravam conciliar a doutrina cristã e a filosofia grega a fim de projetar o evangelho dentro de uma perspectiva teocêntrica.

Segundo Chalita <sup>99</sup> houve dois motivos que levaram os pregadores cristãos a usar da filosofia grega para investigar o cristianismo. A primeira razão objetivou a expansão da fé através da evangelização e a segunda razão surgiu devido à necessidade de organizar os ensinamentos cristãos.

O cristianismo se difundiu rapidamente na Europa, Oriente Médio e norte da África, entrando em contato com culturas e crenças variadas que não faziam parte da tradição judaica e que, portanto, não tinham a evangelização baseada no judaísmo. Nesses países onde se predominava o politeísmo, era necessária outra estratégia de pregação para atingir os fiéis. Sabe-se que, a partir do domínio macedônico, o pensamento grego se espalhou e ganhou força na Europa, tendo as civilizações que não tinham tradição judaica herdado muitos elementos da cultura grega. Assim, alguns pensadores cristãos procuraram formular as suas pregações em termos filosóficos, a fim de que outros povos pudessem compreendê-los e serem persuadidos a converterem-se ao cristianismo.

Nesse propósito de ganhar mais fiéis para o cristianismo, surgiu a necessidade de se organizar o pensamento cristão em forma de doutrina e elaborar uma teologia rigorosa que explicasse os motivos porque Deus se mostrou através de Jesus Cristo. Este foi o segundo motivo da aproximação do evangelho da filosofia helênica, pois essa serviu de instrumento para se consolidar o cristianismo como doutrina, tendo em vista que a filosofia grega possui um método de pensamento consistente que permite investigar a fundo o espírito humano e a realidade exterior ao homem. <sup>100</sup> Por esses motivos, a filosofia dos primeiros séculos da Idade Média é tão ligada e quase indissociável da Teologia.

O ápice da Patrística está na doutrina pregada por Santo Agostinho, reconhecido por ser a principal referência teórica ao tratarmos da primeira fase do jusnaturalismo teológico.

Santo Ambrósio, precursor e orientador de Santo Agostinho, contribuiu fortemente para a estabilização da doutrina cristã na Idade Média, estabelecendo uma relação entre o Império (Estado) e a Igreja. <sup>101</sup> Devido à expansão do cristianismo, a Igreja já possuía forte influência na política. Ela ditava os valores a serem seguidos e o comportamento

---

<sup>99</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 99.

<sup>100</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 101.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 117.

adequado dos cristãos. Acrescenta-se a isso o fato de que no Império Romano, os cristãos constituíam a maioria da população, inclusive entre os governantes e líderes. Por esse motivo, o Estado precisou se adequar ao poder moral e espiritual que os padres exerciam frente à sociedade, pois, se assim não procedessem, não contariam com o apoio popular dos cristãos. Um exemplo dessa relação polêmica entre a Igreja e o Estado, está em uma carta que Santo Ambrósio escreve ao imperador Teodósio afirmando que até mesmo a autoridade máxima do Estado deveria se submeter à vontade da Igreja em prol de ser reconhecido como homem digno de receber as bênçãos de Deus. Eis um trecho da carta:

[...] Certamente, se mais alguma coisa for decretada, nós os bispos não poderemos mais sofrer, como se estivéssemos satisfeitos, e não tomar conhecimento; você, portanto, poderá vir à Igreja, mas não encontrará nenhum sacerdote ali, ou encontrará um que lhe resista.<sup>102</sup>

Santo Ambrósio defendia a ideia de que os padres constituíam um poder “divino” na terra, enquanto representantes de Deus, sendo, portanto, mediadores entre Deus e os assuntos humanos. Ainda, para o bispo de Milão “assim como todo cidadão devia prestar serviços militar à Igreja, o imperador deveria se submeter à vontade revelada por Deus”.<sup>103</sup>

Aurélio Agostinho (354-430), mais conhecido por Santo Agostinho, nasceu em Tagaste, numa província romana na África, que hoje pertence à Argélia. Em Milão, Santo Agostinho conheceu Santo Ambrósio, e apesar de o bispo ter tido grande influência para Santo Agostinho, não mantiveram uma relação mais profunda.<sup>104</sup>

O pensador de Tagaste nem sempre professou a fé cristã. Inicialmente, enquanto jovem, aderiu ao maniqueísmo, religião que, em apertada síntese, afirma que a criação do mundo teria se dado a partir de um conflito entre *bem* e *mal*. Depois de alguns anos, abandonou ao maniqueísmo por considerar tal corrente religiosa insuficiente de fundamentação – S. Agostinho era um entusiasta e estudioso da filosofia grega.

Santo Ambrósio, como bom conhecedor da filosofia clássica, fazia suas pregações mostrando “como a fé era necessária para se atingir a verdade e enunciando a doutrina segundo a qual a Igreja é a única representante legítima de Deus entre os homens”.<sup>105</sup>

Como Santo Agostinho era ouvinte de Santo Ambrósio, tais ensinamentos o fizeram entrar em conflito com as suas concepções sobre o cristianismo – tem-se que está é a principal característica do movimento jusnaturalista medieval, qual seja, o conflito entre a fé e a razão.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>103</sup> CHALITA, Gabriel. Vivendo a filosofia. São Paulo: Atual, 2002. p. 101.

<sup>104</sup> *Ibidem*

<sup>105</sup> *Ibidem*

A obra de Santo Agostinho que interessa ao hodierno estudo é a *Civitas Dei*, onde ele desenvolve sua teoria sobre o papel do Estado e da Igreja no pensamento cristão, demonstrando sua posição contrária aquela defendida pelos gregos sobre o tema, como explica Viviane Lima, *in verbis*:

Se para os gregos a polis constituía a única possibilidade de realização das virtudes humanas, no pensamento agostiniano, os homens apenas se realizarão se estiverem em comunhão com Deus e seguindo os ensinamentos da Igreja. O Estado aqui será relegado a um plano inferior ao da Igreja, pois encontra-se na cidade terrena, enquanto que aquela representa a cidade de Deus na terra.<sup>106</sup>

Nesse sentido, expõe Del Vecchio, como segue:

[...] Na Idade Média, a Igreja tende a sobrepor-se ao Estado, visto que, enquanto este se ocupa das coisas terrenas, aquela ocupa-se das coisas eternas. Daí a pretensão de usar do Estado como meio de atingir fim religioso. A Igreja vem assim a afirmar-se como autoridade autônoma, superior ao Estado. E, desta sorte, as relações políticas adquirem dois aspectos e complicam-se: aos dois termos iniciais – cidadão e Estado - junta-se um terceiro – a Igreja.

Assim, é na obra intitulada *Civitas Dei* que Santo Agostinho defende sua concepção de que a Igreja situa-se num plano superior em relação ao Estado, e onde ele formula sua definição do que é o mal, e da origem dos males que caem sobre os homens, sendo este o estado em que o homem se afasta de Deus.<sup>107</sup>

Refletindo sobre o que seria o *mal*, escreveu Santo Agostinho, em uma de suas importantes obras, *Confissões*, onde relata, dentre outras experiências pessoais, o momento em que ele passa a crer na doutrina cristã:

Procurei o que era maldade e não encontrei uma substância, mas sim uma *perversão da vontade desviada da substância suprema* – de Vós, ó Deus – e tendendo para as coisas baixas: vontade que derrama as suas entranhas e se levanta com intumescência.

Segundo interpretação do pensador de Tagaste, o *mal* não tem existência real. Isso implica dizer que o *mal* existe em razão da ausência do *bem*.

Santo Agostinho foi o primeiro grande pensador a elaborar uma aproximação entre a tradição filosófica grega, especialmente o platonismo, e o cristianismo, principalmente porque sofreu grande influência da escola cristã neoplatônica de Alexandria.

108

<sup>106</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.p. 50.

<sup>107</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 122.

<sup>108</sup> Ocorre que Alexandria, a maior cidade do Egito, era um importante centro econômico e cultural em relação as demais cidades mediterrâneas, o que favorecia o local a ser propício para o cultivo do saber. Assim, em Alexandria conviviam diferentes crenças, como o judaísmo, o cristianismo, o politeísmo dos romanos, entre outras, fazendo com que as religiões gregas passassem por um reflorescimento, inclusive no ensino. (CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 101-108 e MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. p. 59-60).

Dentre as congruências entre a doutrina de Santo Agostinho e Platão, destaca-se a que trata do corpo e alma do ser humano, que também na doutrina agostiniana denomina-se corpo e alma de “homem interior” e “homem exterior”.

Platão acreditava que o ser humano era composto de corpo e alma, sendo a alma a parte mais importante e real do indivíduo. Santo Agostinho também adotava esse conceito de corpo e alma, interpretando-o à luz da doutrina cristã. Assim, para o bispo de Hipona, a suprema verdade estaria em Deus, que é conhecedor de tudo. Portanto, é a alma, chamada por Santo Agostinho de *homem interior*, a parte do homem que estaria mais próxima da substância divina, sendo nela e por meio dela que todo conhecimento deveria ser buscado. Santo Agostinho afirmava que, através de Jesus Cristo, o *mestre interior*, o homem seria capaz de atingir a verdade.<sup>109</sup> Esse é um dos conceitos de origem platônica herdado por Santo Agostinho.

Outro conceito da filosofia agostiniana que se assemelha à doutrina deixada por Platão é o da reminiscência. Sobre o tema, escreveu Santo Agostinho:

Quando a própria memória perde qualquer lembrança, como sucede quando nos esquecemos e procuramos lembrar-nos, onde é que, afinal, a procuramos, senão na mesma memória? E se essa casualmente nos apresenta uma coisa por outra, repelimo-la até nos ocorrer o que buscamos. Apenas nos ocorre, exclamamos: “É isto!”. Ora, não soltaríamos tal exclamação, se não conhecêssemos esse objeto, nem o reconheceríamos, se dele não nos lembrássemos. [...] O mesmo sucede quando uma pessoa conhecida se nos depara à vista ou ao pensamento e, esquecidos do seu nome, o procuramos. Ao ocorrer-nos outro nome, não o ligamos (a tal pessoa), porque nunca nos acostumamos a associá-los no nosso pensamento. Por isso afastamos esse nome até se nos apresentar aquele que simultânea e perfeitamente concorde com o conhecimento habitual.<sup>110</sup>

Para Platão, a alma é a parte do homem que é imortal e eterna, existindo desde sempre. Platão acreditava na reencarnação e, por essa razão, ensinava que, antes de se reencarnar, a alma já conheceria as idéias, pois convivia no mesmo plano que as idéias. Assim, ao reencarnar-se, esse conhecimento pré-concebido se perderia numa espécie de “esquecimento” e uma vez presente no homem e no mundo sensível, ela poderia “recordar-se” pelo processo da reminiscência.<sup>111</sup> Portanto, para Platão, todo aprendizado seria uma lembrança.

Outro conceito importante na doutrina agostiniana é a que trata da criação e da função do Estado. Para o bispo de Hipona, o Estado nasce no momento em que surge o pecado original, ou seja, ainda no jardim do Éden, com Adão e Eva. Para ele, o homem estava

<sup>109</sup> CHALITA, Gabriel. Vivendo a filosofia. São Paulo: Atual, 2002, p. 125-150.

<sup>110</sup> *Ibidem.*

<sup>111</sup> *Ibidem.*

inicialmente coberto pelo manto protetor do Direito Natural absoluto. Nesse estado não havia existência do mal e nem tampouco de injustiças. Entretanto, é no momento em que o homem opta por desobedecer as leis desse Direito Natural, emanadas por Deus, que sua alma se torna corrupta. É nessa hora que, segundo doutrinadores, o Direito Natural se relativiza, na medida em que “é impelido a buscar novos instrumentos capazes de lidar com o homem pecaminoso e expulso do Éden”.<sup>112</sup> Esse contexto, para Santo Agostinho, teria originado o Estado, a lei e o governo.

Sobre a relativização do Direito Natural, Ernst Bloch destaca o seguinte:

Ele também não pressupõe o Adão justo, mas o Adão pecador; é um direito natural do estado de pecado e, portanto, relativizado. Durante a idade de ouro, aqui chamada estado original ou paraíso, reinavam a liberdade e a ausência de violência... e sobretudo a *communis possessio*. Porém, esses direitos originais se perderam no direito natural atenuado ou relativo – o que restara, depois da queda desse direito absoluto; [...] Porque o efeito da queda de Adão foi o de ter dado ao direito natural uma nova forma, a de <<punição e remédio do pecado>>, legitimada pela queda. Depois da queda e por causa dela, a humanidade que Deus havia criado perfeita, teve necessidade do tribunal, e do ponto de vista da teologia moral, da graça.<sup>113</sup>

Nesse sentido, o Estado, para Santo Agostinho, é apenas uma passagem para que o homem possa atingir a comunidade cristã, que é eterna, a *Civitas Dei*. O Estado seria um “instrumento de realizações dos valores divinos – ditados pela Igreja – cuja finalidade é simplesmente conduzir, da melhor forma possível, a vida humana na terra”<sup>114</sup> Por tal razão, a doutrina agostiniana sobrepõe a Igreja ao Estado.

Sobre essa relação entre Estado e Igreja na doutrina elaborada por Santo Agostinho, esclarece Carl Friedrich:

[...] não deve ser erroneamente interpretada como significando que S. Agostinho rejeita completamente o Estado. Mas sujeita-o inteiramente, nesse aspecto emparelhando com Platão e os estóicos, à vara medidora da justiça. Essa vara medidora deixa de ser representada por alguns homens sábios, que orgulhosamente apontam suas próprias razões como justificção para o exercício do mando. Em vez disso, está representada pela Igreja, que se assenta sobre a revelação divina e que, portanto, em sua condição de comunidade superior, está apta a decidir se um determinado governante, ou um governo, atua justamente ou não.<sup>115</sup>

<sup>112</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 51.

<sup>113</sup> BLOCH, Ernst. *Droit Naturel et dignité humaine*. Paris: Edition Payot, 1976. p.36.

<sup>114</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 52-53.

<sup>115</sup> FRIEDRICH, Carl. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. Ri de Janeiro: Ed. Zahar, 1965. p. 55.

A segunda etapa do pensamento jusnaturalista medieval corresponde ao período denominado Escolástica, estendendo-se do início do século IX ao XV <sup>116</sup>. Os pensadores escolásticos possuíam diretrizes semelhantes à defendida pelos patrísticos, em outras palavras, ambos abordavam e contribuíam para o debate entre a razão e a fé. A diferença entre essas duas correntes filosóficas jusnaturalistas é que, enquanto a patrística separava e subordinava o Estado à Igreja, a escolástica desenvolveu discussões, argumentações e um pensamento discursivo que buscava *conciliar* fé e razão. <sup>117</sup>

Impende destacar o contexto histórico em que se desenvolveu o jusnaturalismo teológico, sobretudo na sua segunda fase. Essa fase do pensamento medieval ocorreu na vigência do séc. V, momento em que se agravava a dissolução do Império Romano, devido às invasões germânicas. Em razão da divisão do território pertencente à Roma, pelos bárbaros, o Império Romano viu sua organização social ruir. Fato é que a Igreja, devido à sua importante posição na organização social de Roma, também foi atingida pelas mudanças provenientes das invasões bárbaras. Assim, nesse período frágil de fragmentação do poder Estatal, foi a Igreja, em grande parte, a herdeira do poderio que cabia a Roma, visto que “não existe lacuna de poder”.

No final do séc. VI, com o início do papado de Gregório Magno, a Igreja se consolidou como referência de influência e poder na nova ordem social estabelecida, isto porque, com o fortalecimento político do poder papal, criou-se um embate entre o poder espiritual e o poder dos reis. <sup>118</sup>

Durante seu reinado, Gregório Magno tentou reverter a situação de estagnação cultural decorrente das invasões germânicas e, nesse propósito, reuniu, com o apoio da Igreja, padres (e até monges) capazes de ministrar aulas nas escolas medievais associadas à universidades. Estes professores que, em sua maioria, eram membros fervorosos da Igreja, receberam o nome de *scholasticus*. Em razão disso, as matérias ensinadas nas

---

<sup>116</sup> Esta última corrente filosófica da idade média recebeu esse nome porque foi um movimento originado e ministrado nas ‘escolas’ medievais, nas quais os professores eram chamados de ‘escolásticos’. Ocorre que, nesse período histórico, o conhecimento deixou de pertencer exclusivamente aos nobres e clérigos, e passou a ser ministrado para um público mais diversificado de cidadão (pequena nobreza, burguesia, ou mesmo camponeses mais abastados). Foi nesse contexto que surgiram as principais Universidades da Europa, a exemplo da Universidade de Oxford e Cambridge. Ainda, pode-se dizer que também foi o momento do pensamento medieval em que a filosofia ganhou uma posição quase autônoma, diferenciada da teologia. (CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 135-150).

<sup>117</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 135-150.

<sup>118</sup> Acrescenta-se o que Del Vecchio ensina sobre esse tema: “Roma representava (na mentalidade medieval) o Estado universal, o Estado por excelência. Tinham-se assim como que dois pontos cardiais, sobre os quais assentava a vida política da Idade Média: o Papado e o Império”. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 68).

escolas medievais estavam de acordo com as doutrinas oficiais da Igreja. Foi nesse contexto cultural que se inaugurou o período do pensamento cristão conhecido como escolástica.

Nesse cenário, vários filósofos se destacaram pelo seu pensamento inovador, como Pedro Abelardo (1079 – 1142) que defendia o princípio de que a *ciência deve preceder a fé* ou mesmo os filósofos franciscanos Duns Escoto e Roger Bacon que tentaram conciliar o pensamento de Aristóteles e Santo Agostinho,<sup>119</sup> mas é mesmo no sistema filosófico de Tomás de Aquino que o pensamento escolástico atinge seu ápice.

Santo Tomás de Aquino é, sem dúvidas, uma forte influência religiosa e filosófica ainda nos dias de hoje. Ele foi discípulo de Santo Alberto Magno que foi o primeiro dominicano a ganhar notoriedade como filósofo e teólogo.<sup>120</sup> Alberto Magno inaugurou o pensamento de que haveria duas formas de se alcançar o conhecimento da verdade: a primeira forma seria pela revelação Divina e pela fé e a segunda seria através da razão. O pensador dominicano entendia que essas duas formas de atingir a verdade não eram contraditórias, podendo conviver e serem ambas válidas. Assim, “embora houvesse mistérios acessíveis somente à fé, alguns aspectos da doutrina cristã, [...], podiam ser compreendidos também pela razão, segundo o pensador.”<sup>121</sup>

Nesse sentido continua Gabriel Chalita:

Sua doutrina teológica aceita as verdades baseadas na autoridade de Deus, que as revela. Por outro lado, a filosofia estabelece as verdades enquanto conhecidas pela luz natural da razão. Acredita, assim, em vias cognitivas especificamente distintas, autônomas e capazes de conduzir-se isoladamente dentro de suas esferas; como ciências, são corpos distintos, com métodos e princípios próprios. Para Alberto Magno filosofia tem valor em si mesma, pelos resultados positivos que oferece. É valiosa mesmo para a teologia, porque a fundamenta e, sob certo ponto de vista, lhe esclarece conceitos [...].<sup>122</sup> (não há grifos no original)

Alberto Magno entende, portanto, que a existência de Deus e da alma pode ser provada tanto pro meio da fé, como pela razão. Essa relevância dada à razão, em Santo Alberto Magno, também era a característica principal de Santo Aquino. Foi ele que separou a teologia e a filosofia como ciências especificamente distintas.<sup>123</sup> Nesse período da Escolástica, sobretudo na doutrina aquiniana, realizou-se uma releitura das obras de

<sup>119</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 150-162.

<sup>120</sup> Sobre o tema, continua explicando Gabriel Chalita: “A chamada *ordem dos pregadores* foi fundada em 1215 pelo religioso espanhol Domingo de Guzmán (1170?-1221) para combater as heresias que, na época, espalhavam-se pela Europa. A *ordem dos dominicanos*, como é mais conhecida, se caracterizou pela atuação nas universidades, particularmente no ensino de filosofia e teologia, bem como pela defesa da autoridade papal. O pensamento de Santo Thomas viria a se tornar a doutrina adotada oficialmente pela Igreja”. (CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 162-163).

<sup>121</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 163.

<sup>122</sup> *Ibidem*

<sup>123</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 165.

Aristóteles. Entretanto, essa retomada da filosofia clássica através das obras aristotélicas, como destaca Del Vecchio, “foram estudadas com método dogmático e no intuito particular de as conciliar com os dogmas religiosos”,<sup>124</sup> sendo este o caráter fundamental da Escolástica.

Tomás de Aquino foi quem desenvolveu a sistematização mais orgânica do pensamento cristão, sendo o fundamento de sua doutrina jurídica e política, a admissão de três categorias de leis: a lei eterna (*Lex aeterna*), a lei natural (*Lex naturalis*) e a lei humana (*Lex humana*).<sup>125</sup> Importante salientar que, apesar de haver a separação dessas três espécies de lei, Tomás de Aquino não as considerava “compartimentos estanques, ao contrário, estavam todas intimamente atreladas a um só princípio: a razão humana”.<sup>126</sup>

A primeira, a lei eterna, corresponde à razão divina por si só, a força que governa o mundo, “de ninguém conhecida inteiramente em si, mas da qual o homem pode obter conhecimento parcial através das suas manifestações.”<sup>127</sup> Seria esta a lei cuja finalidade estaria no próprio Deus. Sobre a lei eterna, escreveu Tomás de Aquino:

Dissemos já que a lei não é outra coisa senão o perfeito ditame da razão prática por parte do soberano que governa a sociedade perfeita. Mas é claro que, sendo o mundo governado pela providência divina, toda a comunidade do universo está regida pela razão de Deus. E por conseguinte, a mesma razão que governa todas as coisas tem caráter de lei, sendo de Deus, como de um soberano do universo. E já que a razão divina não concebe nada no tempo, mas só na eternidade, [...], daí vem que temos que chamar eterna à dita lei.<sup>128</sup>

A segunda espécie de lei, a lei natural, seria aquela que tem o homem como co-participador na sabedoria de Deus, ainda que de maneira limitada, operando-se mediante o exercício da razão. A lei natural é cognoscível ao homem, porquanto este possui habilidade para conhecer os mandamentos divinos através da razão, “o que torna a primeira, mero reflexo imperfeito da segunda”.<sup>129</sup>

Nesse sentido, e sobre a lei natural em Tomás de Aquino, ensina Bodenheimer:

<sup>124</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 64.

<sup>125</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 65. Apesar de Del Vecchio separar somente três categorias de leis na doutrina tomista, outros autores, e.g. Viviane Nunes Araújo Lima, acrescenta a lei divina (*Lex divina*) nessa classificação.

<sup>126</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 59.

<sup>127</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, 1979, p. 65.

<sup>128</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 60, *apud* São Tomás. *Tratado da lei*. Porto: Ed. Rés, Coleção Resjurídica. Texto constante da *Summa Theologica*.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

[...] Quais são os critérios para saber o que deve ser considerado bem ou mal? São Tomás manifesta a sua convicção de que a voz da razão existente em nós... nos permite distinguir entre ações moralmente boas ou más. Consoante essa teoria, as coisas para as quais o homem é naturalmente inclinado devem ser tidas como boas e consideradas partes integrantes do direito natural... Consequentemente, assim considerados, todos os atos virtuosos são preceitos da lei natural: pois a razão de cada um o aconselha naturalmente a agir virtuosamente.<sup>130</sup> (não há grifos no original)

Sobre a relação entre a lei eterna e a lei natural, escreve Tomás de Aquino:

[...] E entre as demais criaturas, o homem está dirigido pela providência de um modo melhor, enquanto está sob a direção da divina providência, e assim dirige as coisas para o seu próprio bem e dos demais. Daí que o homem participa da razão eterna, pela qual se inclina naturalmente a devida ordem dos seus actos e dos seus fins. E tal participação da lei eterna na criatura racional é o que chamamos lei natural. Por isso disse o Salmista: “Sacrificai um sacrifício de justiça” (4,6). E como houvesse quem perguntasse quais são as obras de justiça, acrescenta: “Muitos dizem quem nos mostrará o que é bom?”, e o mesmo responde a esta pergunta dizendo: “A luz do teu rosto, senhor, quedou-se em nós como um sinal”. E eis que a luz natural, pela qual discernimos o bem e o mal, não é outra coisa senão a impressão da luz divina em nós. Daí mostra-se claro que a lei natural não é outra coisa senão a participação da lei eterna na criatura racional. [...] <sup>131</sup> (não há grifos no original)

A lei humana (*lex humana*) é a última classificação de lei da doutrina tomasiana, e esta se define como “a invenção do homem, mediante a qual, utilizando-se os princípios da lei natural, se efectuam aplicações particulares dela”.<sup>132</sup> Esta, por sua vez, seria a lei elaborada e promulgada pelos homem, em observância às leis naturais, com o fim de garantir segurança e o bem comum da sociedade humana. Explica o próprio padre dominicano:

O homem tem uma disposição para a virtude. Mas para que se dê a perfeição da virtude é necessário que no homem haja certa disciplina. [...] Para a aquisição dessa disciplina nem sempre se encontra o homem facilmente dotado de tudo o que é necessário. Porque a perfeição da virtude consiste principalmente em retraindo o homem dos deleites indevidos aos quais é tão propenso, e principalmente os jovens, que necessitam de uma maior disciplina. E por isso mesmo é necessário que os homens tenham outro meio para conseguir essa disciplina que os leve à virtude. Certamente àqueles jovens mais inclinados à virtude, seja por menor disposição da natureza, ou pelo costume, ou pela graça de Deus, bastará a disciplina paterna, que normalmente se baseia em conselho. Mas, já que se encontram muito malvados e inclinados ao vício, que de resto não levariam por palavras, é necessário que se lhes refreie o mal pela força, ou pelo medo, para que

<sup>130</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 60, *apud* BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966. p. 107.

<sup>131</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 61-62, *apud* São Tomás. *Tratado da lei*. Porto: Ed. Rés, Coleção Resjurídica. Texto constante da *Summa Theologica*, p. 16.

<sup>132</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5. ed, 1979. p. 66.

assim, afastando-se do mal, possam pelo menos deixar os outros viver em paz. [...] Tal disciplina, que obriga por medo ao castigo é a disciplina das leis. Daí que seja necessário para a paz e porque como disse o Filósofo <sup>133</sup>: <<se o homem é perfeito na virtude é o melhor dos seres vivos; mas se se separa da lei e da justiça é o pior de todos>> [...]. <sup>134</sup>

Assim, conforme o texto extraído da obra de Tomás de Aquino, depreende-se que o autor vê a necessidade da lei humana como meio de limitar/controlar os indivíduos que, por natureza ou não, transgredirem. Nesse sentido, destaca que, para aqueles cujos corações e intenções não forem virtuosos e visarem o bem, restará a lei humana, que através do castigo e da pena, imporá uma ordem e harmonia social. Assim, os cidadãos de bem não serão importunados, e poderão viver em harmonia.

Percebe-se, quando se trata da justificação da lei, certa congruência entre Santo Agostinho e Tomás de Aquino. Para ambos, a lei humana só “adquire qualidade de lei se os seus mandamentos obedecerem aos ditames da razão que ordena para o bem comum e que é ditado e promulgado por quem tem o direito de fazê-la”. Isso implica dizer que, por ter que se adequar à razão, e adquirir a qualidade e força de *lei*, esta será sempre justa.

Sobre a derivação da lei humana e da lei natural, ensina o escolástico:

Uma lei tem força enquanto é justa. E nas coisas humanas diz-se que algo é justo enquanto é recto segundo a regra da razão. Pois a razão é a primeira norma da lei natural, como se disse. Daí segue-se que toda a lei humana é lei enquanto deriva da lei natural. Mas se nalgum caso uma lei se contrapõe à lei natural, já não é lei, mas corrupção da lei. (não há grifos no original) <sup>135</sup>

Todos os homens devem se subordinar às leis humanas, pois todos convivem em sociedade, e são iguais perante a lei. Esta lei não se propõe a proibir todas as ações delituosas e não-virtuosas praticadas pelos homens, mas serve para limitar as ações mais graves, repugnados pela lei natural, e que são capazes de causar grandes danos à coletividade, por exemplo, o homicídio, furtos, crimes sexuais, etc.

Importa destacar que, para o Aquino, a lei humana deverá ser obedecida mesmo que contrarie o bem comum, ou a este cause dano. A *Lex humana* só não deverá ser observada se violar a lei divina.

A doutrina tomista da justiça inspirou-se em Aristóteles, como antes dito. Para o filósofo clássico, a questão da justiça estaria intimamente ligada à questão da

<sup>133</sup> Aqui, Tomás de Aquino se refere a Aristóteles.

<sup>134</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 62-63, *apud* São Tomás. Tratado da lei. Porto: Ed. Rés, Coleção Resjurídica. Texto constante da *Summa Theologica*, p. 62.

<sup>135</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 62-63, *apud* São Tomás. Tratado da lei. Porto: Ed. Rés, Coleção Resjurídica. Texto constante da *Summa Theologica*, p. 64.

igualdade: tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais. Para tanto, Aristóteles elaborou modelos de justiça que tratariam de solucionar os problemas decorrentes da desigualdade. Originou-se o conceito de *justiça comutativa* e *distributiva*.<sup>136</sup> Tomás de Aquino, ao tratar da questão da justiça, desenvolve mais uma distinção de *justiça* que ficara apenas esboçada: a *justiça legal*, com a qual se completa a trilogia do justo.<sup>137</sup>

A elaboração da *justiça legal* ou *justiça social* é um dos grandes méritos de Tomás de Aquino, pois ele deu a esta nova distinção de justiça um caráter de virtude.<sup>138</sup> No entanto, o santo dominicano percebeu algo na justiça que a distinguiu das outras virtudes, que é a qualidade de envolver outrem. Não se pode ser justo consigo mesmo, pois a qualidade de justo pressupõe o envolvimento de *alter pars*. “Daí a afirmação de que a virtude justiça é uma *virtude objetiva*, que transcende, digamos assim, a pessoa do sujeito, enlaçando-o à pessoa dos outros sujeitos, enquanto as demais virtudes são *subjetivas*, realizando-se sem proporção a outrem.”<sup>139</sup>

Nesse sentido, expõe Miguel Reale:

A justiça por excelência não é comutativa das trocas, ou a corretiva do domínio penal, nem a distributiva, mas, antes, a justiça que traça o caminho das obrigações e dos deveres das partes para com o todo. Estas obrigações são determinadas por lei [...].<sup>140</sup>

Extraí-se do trecho destacado de Reale, que, o Direito, então, seria um fato social, “de cuja vigência depende a sociedade”.<sup>141</sup> Acrescenta-se a isso a formulação de Dante, que diz que “o direito é uma proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, corrompe-a”.<sup>142</sup>

Ainda sobre a escolástica em Tomás de Aquino, um aspecto principal de sua doutrina merece atenção, a concepção de Estado. Este é ponto em que sua doutrina mais se aproxima da filosofia aristotélica e se distancia da de Santo Agostinho. Para o padre dominicano, o Estado é um ente necessário à convivência humana, advindo de uma ordem natural do ‘coabitar em sociedade’. Neste ponto, Tomás não atribui a origem do Estado à nenhuma forma de penitência ou lhe deu qualquer noção de pecado, como faz Agostinho. Assim, o governo dos homens, na doutrina tomista, objetivaria a felicidade dos indivíduos, promoveria a prosperidade e o bem comum e funcionaria como meio para se alcançar uma

<sup>136</sup> Tratamos do esquema de justiça elaborado por Aristóteles no capítulo anterior, vide pgs. 25-27.

<sup>137</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 637.

<sup>138</sup> REALE, *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 637-638.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> REALE, *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 638.

<sup>142</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 638 *apud* DANTE. *De Monarquia*.

organização social harmônica e pacífica. Seria, como cita Viviane Lima, “uma imagem do reino de Deus”.<sup>143</sup>

No jusnaturalismo teológico, sobretudo na doutrina tomista, domina o entendimento de que “os princípios ou normas de Direito Natural impõem-se de maneira absoluta ao legislador e aos indivíduos, de tal maneira que não se pode considerar Direito qualquer preceito que de modo frontal contrarie as normas do Direito Natural [...]”.<sup>144</sup> Essa concepção de Direito Natural é a característica principal desse período jusfilosófico medieval. Entretanto, na Era Moderna há uma ruptura com esse pensamento, fazendo surgir a partir do século XII, uma nova visão sobre o que seja Direito Natural. Esse período é correspondente à fase do jusnaturalismo denominada Jusnaturalismo Moderno.

### 1.3. JUSNATURALISMO MODERNO

A mudança de panorama do jusnaturalismo teológico para o jusnaturalismo moderno se deu por diversas transformações no âmbito econômico, social e político da Europa naquele período. A Idade Moderna se estendeu desde a queda do Império Bizantino, em 1453, até a Revolução Francesa, em 1789, destacando-se em razão da importância da produção filosófica originada nesse período da história, imprescindível para a compreensão da mentalidade e dos valores adotados pelo mundo atual.<sup>145</sup>

Para se entender essa passagem e mudança de pensamento que deslocou o sistema ético-jurídico subordinado a uma ordem transcendente divina para uma visão que tem o homem como o centro do universo e a razão como meio para se atingir a verdade e a justiça, necessário se faz tecer algumas considerações em relação ao contexto histórico propulsor de tal mudança de postura.

Durante a alta Idade Média (séc. V ao séc. X) a Europa foi marcada pelo declínio das atividades comerciais e artesanais, pela fragmentação do poder político e pelo isolamento social, acarretando no estreitamento dos horizontes do homem medieval que só tinha a Igreja como ente agregador e universalizador. Com o movimento das cruzadas (expedições militares), o renascimento comercial e urbano, o aumento da produção agrícola e o crescimento da população européia, principalmente durante a baixa Idade Média (séc. XI ao séc. XV), desencadeou-se um processo de abertura e expansão daqueles horizontes. A

---

<sup>143</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.66.

<sup>144</sup> *Ibidem*.

<sup>145</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 172-174.

intensificação do comércio fez com que a terra deixasse de ser a única fonte de riqueza para a população rural e levou parte dessa população a migrar para as cidades (burgos). Com a consequente ampliação do universo econômico, social, territorial e cultural do homem medieval, o sistema feudal até então vigente se tornara insustentável, ante ao ascendente capitalismo.<sup>146</sup>

Assim, em razão da decadência do feudalismo, instaurou-se, na Europa, uma revolução comercial. Os senhores feudais elevaram os impostos e a carga individual de trabalho para compensar a baixa arrecadação de tributos, já que a população havia diminuído quase pela metade, em decorrência da disseminação da peste negra (1347-1350) e da Guerra dos Cem Anos (1337-1453). A população se indignou com a cobrança excessiva e abusiva e esse evento foi a gota d'água para eclosão da Revolução. Para conter as revoluções populares, os senhores feudais acabaram com os laços de servidão com os camponeses. Esse evento contribuiu decisivamente para o fortalecimento do capitalismo, já que, como os camponeses se tornaram empregados assalariados, tiveram de desenvolver novas técnicas para terem maiores rendimentos próprios. Surgiu, então, um espaço econômico voltado para o lucro – o capitalismo.<sup>147</sup> Nas palavras de Gabriel Chalita:

Todas essas necessidades acabariam desencadeando, entre os séculos XV e XVII, processos irreversíveis, que transformaram radicalmente a economia mundial: as grandes navegações, a descoberta de novos continentes, o deslocamento do eixo comercial europeu do mar Mediterrâneo para o oceano Atlântico e a formação do sistema colonial.<sup>148</sup>

O que se observa em todas essas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais é a profunda mudança daquela cosmovisão teológica e teocrática da Idade Média,<sup>149</sup> já a partir das primeiras manifestações humanistas no séc. XII e culminando no advento do Renascimento. Pode-se dizer que esse é o momento correspondente à “derrocada do mundo medieval e, junto com ele, do Direito Natural de ordem cristã”.<sup>150</sup> Sobre o renascimento, escreve Hermes Lima:

Aproxima-se, entretanto, o desmoronamento da sociedade medieval. As duas grandes concepções predominantes, relativas ao mundo da natureza e ao mundo do espírito, respectivamente, o sistema astronômico de PTOLOMEU e o sistema filosófico de TOMÁS DE AQUINO, começavam a ruir sob as conseqüências econômicas dos descobrimentos e dos progressos geográficos e científicos. Abrem-se caminhos comerciais. O eixo da atividades desloca-se do Mediterrâneo para o

<sup>146</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 174.

<sup>147</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 174-176.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Tratamos desse assunto no capítulo anterior, p. 32.

<sup>150</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 68.

Atlântico. Surgem portos. Aparecem os metais preciosos da América. O comércio desenvolve-se. Formam-se as grandes companhias. Perspectiva de novos mercados estimulam as indústrias. O *capitalismo nasce*. Novos modos de vida, novas instituições, novos pontos de vista teriam fatalmente de corresponder à tamanha transformação. Diante dos conhecimentos geográficos recentes, a antiga imagem da terra desvanece-se. Com o desenvolvimento das cidades e da cultura civil, ressurge o espírito clássico. Ao dogmatismo escolástico vai sucedendo o anseio de novas experiências sociais e intelectuais. *Desaparecem as condições que impunham a fé como base do conhecimento.*<sup>151</sup> (grifos no original de Viviane Lima)

Assim, diante desses acontecimentos, e principalmente depois do processo de unificação política e de formação das monarquias nacionais, adveio o Estado Moderno. Cada nação contava com seu governo centralizado e independente, fazendo surgir, desse processo de fortalecimento político, um Estado com contornos cada vez mais nítidos do sistema absolutista. A consolidação do absolutismo, no entanto, fomentou a ascensão de uma nova classe social: a burguesia. A ascensão da burguesia trouxe, por outro lado, o rompimento total da estrutura de dependência entre senhores e servos. Essa situação fez nascer um sentimento de liberdade no homem medieval que o “empurrava para a luta, para a competição, contribuindo para fazê-lo acreditar em si e enxergar o mundo de maneira diferente. Começava assim a se configurar o homem renascentista, a mentalidade moderna”.

152

O Renascimento trouxe um novo olhar para mundo renovando os valores que até então prevaleciam, o homem moderno substituiu Deus pelo homem, a fé pela razão.

Sobre a nova atitude do homem moderno, ensina Miguel Reale:

O homem coloca-se no centro do universo e passa a indagar da origem daquilo que o cerca. Não recebe do alto qualquer explicação, porque sujeita tudo a uma verificação de ordem racional, dando valor essencial ao problema das origens do conhecimento, a uma fundamentação segundo verdades evidentes. Essa procura de dados evidentes, suscetíveis de captar a incondicionada adesão do intelecto, leva o “homem moderno” a preferir uma atitude a-histórica, quando não anti-histórica... A carência de historicidade, que se nota na obra de Descartes, é comum a humanistas e renascentistas... Pretende-se atingir um ponto de partida incondicionado, e a História só parece oferecer relações condicionadas. Só a Razão, como denominador comum do humano, parecerá manancial de conhecimentos claros e distintos, capazes de orientar melhor a espécie humana, que quer decidir por si de seu destino.<sup>153</sup> (não há grifos no original)

<sup>151</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 68, *apud* LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 26 ed., 1980. p. 207.

<sup>152</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 179.

<sup>153</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed. 1982. p. 641.

Dá-se início à *laicização* do Direito Natural, “desligado da noção de fé ou dos ditames divinos, fundamentado a partir de então na razão humana [...]. A razão e os processos racionais de conhecimento é que serão setas norteadoras da vida humana”.<sup>154</sup> Miguel Reale destaca, no excerto extraído acima, que na idade Moderna há um evidente deslocamento do homem para o centro das preocupações jurídica e ético-moral. E é esse um dos principais elementos diferenciadores do Direito Natural Medieval e do que se inaugurou com o advento do Renascimento. Expõe o doutrinador:

A Escola do Direito Natural ou do Jusnaturalismo distinguiu-se da concepção clássica do Direito Natural aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a <<lei>> para depois se por o problema do <<agir segundo a lei>>, para aquela corrente põe-se primeiro o indivíduo com o seu poder se agir, para depois se por a lei. Para o homem do Renascimento o dado primordial é o indivíduo, como ser capaz de pensar e agir. Em primeiro lugar, está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. *É da autoconsciência do indivíduo que vai resultar a lei.*<sup>155</sup> (há grifos no original)

O marco fundador da Escola do Direito Natural, para a maioria dos doutrinadores<sup>156</sup>, é a obra do holandês Huig de Groot, conhecido por seu pseudônimo Hugo Grotius, intitulada *De jure e belli ac pacis*, e publicada em 1625. Nesta obra, o autor declara que “a justiça possui fundamentos de razão de maneira tão inamovível que ela existiria mesmo que Deus, por absurdo, não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas”.<sup>157</sup> Portanto, tem-se que, para Grotius, “a razão não é o órgão do conhecimento natural e Deus, de um determinado sistema confessional, e sim a faculdade cognoscitiva das verdades fundamentais da vida social”.<sup>158</sup>

Nesse momento há nítida separação entre a fé e o Direito Natural e, através dessa ruptura de pensamento, um questionamento é levantado quanto aos parâmetros de justiça válidos, já que durante a Idade Média, este estava lastreado na figura divina e, na Idade Moderna já não há falar em justiça promulgada sob os desígnios de Deus. Sobre esse aspecto Grotius ensinará que o Direito não é revelado, mas deduzido racionalmente por força do

<sup>154</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 71.

<sup>155</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 642.

<sup>156</sup> Para Norberto Bobbio, o verdadeiro fundador da Escola do Direito Natural seria Thomas Hobbes, como se depreende desse excerto extraído da sua obra: “Na realidade, se cabe a alguém o discutível título e Galileu das ciências morais (discutível, porque da aplicabilidade do método moral às ciências matemáticas se discute ainda hoje e a discussão não está de modo algum esgotada), esse alguém não é Grócio, mas sim o admirador de Galileu: Thomas Hobbes”. (BOBBIO, Norberto; BOVERO, Miquelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna, primeira parte, O modelo jusnaturalista*. São Paulo: Brasiliense, 1979, p. 19).

<sup>157</sup> BITTAR, Eduardo Carlos; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002. p. 228.

<sup>158</sup> NASCIMENTO FILHO, Severiano Pedro do. *O jusnaturalismo moderno – o jusnaturalismo da Idade Moderna*. Disponível em: <[HTTP://150.162.138.14/arquivos/jusnaturalismo\\_moderno.htm](http://150.162.138.14/arquivos/jusnaturalismo_moderno.htm)> Acesso em: 10/mar/2012.

trabalho intelectual do homem, em qualquer parte e a qualquer tempo. Justo seria tudo o que se harmoniza com a natureza racional do homem.<sup>159</sup>

Assim, pode-se falar, de certa forma, que o homem passa a ser o dado primordial da renascença. E é por isso que surge a idéia de contrato. O contratualismo é o que propulsiona o Direito na era moderna, pois, ao colocar o homem no centro do sistema ético, surgem as teses que justificam a vida em sociedade e, ainda, a existência de um Direito advindo do pacto entre homens. Nas palavras de Reale:

O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Porque existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Porque existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios. *Da idéia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a idéia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma...* A sociedade é fruto do contrato, dizem uns; enquanto que outros, mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: - *a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual.*<sup>160</sup> (destacou-se)

No que tange às correntes contratualistas, destacaremos três grandes filósofos que importam para o hodierno estudo, quais sejam, Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jaques Rousseau. Dentro da teoria contratualista desses pensadores, aprofundaremos nos tópicos atinentes ao jusnaturalismo de cada um dentro de suas teorias que explicam origem e função do Estado.

*Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, ou simplesmente *Leviatã*, é considerada uma das obras clássicas de Hobbes, publicada em 1651. Nesse clássico que assume característica de um tratado político-jurídico, Hobbes pretende explicar a origem, a natureza e a finalidade do Estado.

O filósofo inglês dedica a primeira parte de sua obra para falar do Homem. Este, antes de estabelecer o contrato que originará o Estado, vivia no estado de natureza. Para Hobbes, os homens enquanto no estado de natureza eram maus, ambiciosos, egoístas e não se importavam com outra coisa além deles próprios. Eram individualistas ao extremo. Viviam, portanto, em situação de guerra perpétua de todos contra todos, pois buscavam precipuamente preservar suas vidas e seus pertences. Assim, pela natureza má ínsita ao homem, tentavam sempre tirar maiores vantagens dos outros, o quanto mais a força e a astúcia lhes permitissem.

<sup>159</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 78.

<sup>160</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 642.

<sup>161</sup> Essa concepção do homem natural se apóia na famosa formulação de Ovídio: “O homem é lobo do homem”.

O Estado de “guerra de todos contra todos”<sup>162</sup> se explica, pois, para Hobbes, no fato de que todos os homens seriam *naturalmente iguais*, tanto do ponto de vista corporal, quanto espiritual, como explica o próprio filósofo:

[...] o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo. [...]. Dessa igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos.  
<sup>163</sup>

Portanto, ensina Hobbes que a primeira formulação racional que contribuiria para formação do Estado seria a de que, se tal situação de conflito permanecesse, levaria à extinção da espécie humana. Em razão disso criaram, consensualmente e através de um pacto, um ser mais poderoso que qualquer outro: o Estado.<sup>164</sup>

Em oposição a esse ideário do estado de natureza formulado por Hobbes está a posição de Kant, que não somente discorda da teoria hobbesiana do homem perverso, como também não vê nesse estágio natural um estado primitivo da humanidade, quando a “vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e breve”.<sup>165</sup> O estado natural formulado por Hobbes como um estado de ausência de paz “com todas as imagens culturais desfiguradas pelo antagonismo antropológico de cada indivíduo precisar sobreviver contra todos- é assumido plenamente por Kant como negação jurídica”, ou seja, Kant trata esse estado como ficção da convivência humana. Nas palavras de José N. Heck, quando explica a doutrina do homem natural hobbesiano em Kant:

Se os homens em estado natural lutam obstinadamente uns contra os outros, como Hobbes relata, eles o fazem, segundo Kant, não porque haja uma contradição antropológica latente ou dualismo pulsional explícito a mantê-los para o confronto

<sup>161</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 13.

<sup>162</sup> Nas palavras de Hobbes: “Dessa guerra do homem contra o outro homem também resulta o fato de que nada pode ser injusto. As noções de certo e errado, de justiça e injustiça não tem lugar. Onde não existe um pode comum não existe lei; onde não há lei não há injustiça. [...] Justiça e injustiça não são faculdades nem do corpo, nem da mente. Se o fossem, poderiam encontrar-se num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo como as suas sensações e paixões. São qualidades relativas ao homem que vive em sociedade, e não em solidão”. (In COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura, op. cit., p. 19, nota 25).

<sup>163</sup> Apud CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 209-210.

<sup>164</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 13.

<sup>165</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Coleção “Os pensadores. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1977. p. 80.

moral entre si, mas, simplesmente, porque não tem como regulamentar, por seu convívio ocasional, o que é de um e o que é de outro.<sup>166</sup>

A narração de Hobbes, sobretudo em *Leviatã*, representou o momento de maturação da teoria político-jurídica européia, pois assumiu uma posição positivista do Direito. A maioria dos comentadores<sup>167</sup> de Hobbes o reconhece como um dos primeiros pensadores políticos da modernidade, “já que ensaiou a libertação do Estado e do direito do jugo metafísico-religioso, antecipando, em muitos aspectos, o positivismo jurídico.<sup>168</sup> Cumpre ressaltar que Hobbes entende o direito como “um conjunto sistemático, unitário e coerente de normas jurídicas [...] criadas e mantidas pela vontade humana, sem a intervenção de qualquer deidade ou força sobrenatural”.<sup>169</sup>

Sobre o tema, ensina Andityas Matos:

[...] partindo do pressuposto jusnaturalista ao qual se filiava todo teórico político do séc. XVII, Hobbes reconhece a existência de leis no estado de natureza. São as leis naturais, que, resumidamente e seguindo a tradição jusfilosófica ocidental, consistem em preceitos que ordenam a prática do bem e abstenção do mal [...] para Hobbes, “uma LEI NATURAL (lex naturalis) é um preceito ou uma regra geral, descoberta pela razão, que proíbe a um homem fazer algo que destrua sua vida ou que lhe tire os meios para conservá-la, e não fazer aquilo que ele considera melhor para conservá-la. Embora, de fato, *Jus e Lex*, *direito* e *lei* geralmente sejam confundidos por quem fala sobre esses assuntos, devem ser distintos, porque o DIREITO consiste na liberdade de fazer ou de se abster de fazer, enquanto a LEI determina e obriga a uma das duas coisas. Por isso, a lei e o direito diferem entre si como a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis na mesma situação. [...]”<sup>170</sup> (sem grifo no original)

Depreende-se do excerto extraído acima que Hobbes é jusnaturalista<sup>171</sup> ao ponto de admitir a existência de leis no estado de natureza, apesar de entender que mesmo nesse estado pré-contratual o homem era dotado da razão. Ou seja, através da razão é que o homem extrai da natureza as leis dessa ordem.

<sup>166</sup> HECK, José N. *Moral e Direito Racional: Um estudo comparativo entre Kant, Rousseau e Hobbes*. Belo Horizonte: Síntese Nova fase, v. 25, n. 82, 1998. p. 379.

<sup>167</sup> Citamos como exemplo, o doutrinador Norberto Bobbio que em uma passagem de sua obra “O positivismo jurídico, indica: “Aquilo que Hobbes diz para justificar sua posição contra o direito comum é muito importante, tanto que pode ser considerado como o direito precursor do positivismo jurídico”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 34).

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> *Ibidem*. Grotius já havia, como anteriormente exposto, apontado para a desnecessidade da divindade para a fundação do direito como norma.

<sup>170</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 15.

<sup>171</sup> Nesse sentido expõe Bobbio: “Com bom jusnaturalista [...] ele estuda a formação do Estado e de suas leis considerando a passagem do estado de natureza para o estado civil”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 56.)

Explica Goyard-Fabre:

O direito do Estado é essencialmente um direito positivo determinado por uma razão construtiva que, além disso, disciplina sozinha a autoridade de coerção vinculada às leis e às regras de direito. Com Hobbes, fica plenamente estabelecido que o direito nada deve ao Céu, nem à experiência, nem à história: ele se insere no âmbito do legicentrismo estatal que é obra da razão, e seu valor provém apenas do poder de cisão do poder público.<sup>172</sup>

É importante salienta que, para o filósofo inglês, nada é bom ou mau em si. “Bem é apenas uma palavra para nomear aquilo que causa em nós um esforço e um movimento em sua direção (apetite), e mal, o seu contrário (aversão)”.<sup>173</sup> Já no tocante a distinção entre *lei* e *direito*, depreende-se do trecho acima que lei e direito diferenciam-se tanto como obrigação e liberdade de fazer ou não-fazer, enquanto lei impõe a obrigação a uma dessas duas coisas.<sup>174</sup>

Na doutrina hobbesiana, a lei natural pode se exprimir em dois âmbitos: no interno e no externo. No âmbito interno, o cumprimento das leis naturais são obrigatórias dentro da relação Deus e o indivíduo, ele é levado a respeitá-las em consciência.<sup>175</sup> Já no âmbito externo de efetividade da aplicação das leis, estas só se tornariam obrigatórias se os indivíduos –além daqueles que as pretende cumprir- as respeitassem. Hobbes assume uma posição utilitarista, pois admite que não seria razoável respeitar as leis naturais diante dos que não a cumprem.<sup>176</sup> Conclui o filósofo, então, que “o respeito da lei natural não se deve [...] à sua majestade intrínseca, ou a sua suposta obrigatoriedade inata, mas a um cálculo interessivo de lucro e prejuízo social”.<sup>177</sup>

Sobre essa temática explica Andityas:

Em um tal cenário, seria impossível [...] a vida humana, que se apresentaria “medíocre, suja, brutal e curta”, de acordo com as eloqüentes palavras de Hobbes. É por esse motivo que, utilizando a razão e abrindo mão da liberdade natural, os indivíduos criaram o Estado-Leviatã, que, aparentemente, poderiam ser entendido como uma espécie de garantidor das leis naturais. Dessa maneira, a liberdade

<sup>172</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 50-51. Apesar de Andityas destacar o caráter juspositivista na doutrina hobbeniana, também expõe que existem alguns doutrinadores que não lhe atribuem tal qualidade a suas obras. Como cita, “se vogliamo trovare una teoria completa e conseguente del positivismo giurídico, dobbiamo risalire alla dottrina política di Tommaso Hobbes” (Bobbio, 1958, p. 56). Cf. também Goyard-Fabre, 2002, p. 50 *et seq.*; Bobbio, 1999, p. 32 *et seq.* e Kelsen, 1963. pp. 163-164. Este último não qualifica Hobbes como positivista no sentido técnico do termo, cuidando apenas de demonstrar algumas semelhanças entre a doutrina juspositivista e a teoria político-jurídica hobbesiana.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002. p. 210.

<sup>175</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 34.

<sup>176</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura, op. cit., p. 15.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

natural – fazer o que se quer, pois todos, no estado natural, tem o “direito” de praticar qualquer ato que vise à preservação de sua existência- se transmuda em liberdade civil- fazer aquilo que as leis permitem ou, pelo menos, não proíbem, conforme a célebre formulação de Montesquieu (1973, p. 156 *et seq.*) [...] Para o filósofo inglês, o Estado não é um dado da natureza, mas antes resultado de convenção (Bobbio, 1991, p. 80).<sup>178</sup>

Bobbio nota que, ao atribuir a função de garantidor dos direitos naturais e, conseqüentemente do direito de punir quem os transgride, Hobbes conferiu, portanto, a monopolização do processo legislativo ao Estado. Em outras palavras, se somente as leis postas pelo soberano devem ser cumpridas, estas deixam o seu status de leis naturais e transmudam para qualidade de leis postas, pois, enfatiza-se, somente o governante teria direito de criar leis. Daí se exprime a formulação de Hobbes que “não é a sapiência, mas sim a autoridade que cria a lei”.<sup>179</sup>

Bobbio explica essa passagem do jusnaturalismo à técnica positivista, em Hobbes:

[...] Mas esta monopolização do poder coercitivo por parte do Estado comporta uma correspondente monopolização do poder normativo. De fato, por um lado o Estado possui o poder de por normas regulamentadoras das relações sociais, porque surgiu para esta finalidade; por outro lado, somente as normas postas pelo Estado são normas jurídicas porque são as únicas que são respeitadas graças à coação do Estado. A partir do momento em que se constitui o Estado, deixa portanto de ter valor o direito natural [...] e o único direito que vale é o civil ou do Estado. [...] <sup>180</sup>

Outrossim, é através da mediação do Estado-Leviatã que Hobbes inaugura, mesmo que à frente do seu tempo, a passagem da mítica jusnaturalista à técnica juspositivista, o que, para Hobbes, “constitui um arranjo irreversível e destinado a perdurar, pois, no seu próprio dizer, pactos sem espada não passam de palavras”.<sup>181</sup>

Sobre a doutrina jusnaturalista/positivista e contratualista em Hobbes, por derradeiro, cumpre apenas destacar que, para ele, a natureza absoluta do poder estatal impõe a necessidade da independência deste da esfera religiosa, conforme expõe Bobbio:

Hobbes, ao reagir à anarquia provocada pelas guerras de religião, se conduziu ao extremo oposto. Ele propõe eliminar o conflito entre as várias igrejas ou confissões eliminando a causa mais profunda do conflito, isto é, a distinção entre o poder do

<sup>178</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 16.

<sup>179</sup> BOBBIO, op. cit., p. 36, *apud* HOBBS, Thomas. *Obras Políticas*, Turim, 1959, vol. 1, p. 417.

<sup>180</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 36.

<sup>181</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura, op. cit., p. 16.

Estado e o poder da Igreja. Ele quer, na verdade, que não haja outro poder a não ser o do Estado e que a religião seja reduzida a um serviço.<sup>182</sup>

Em Hobbes, o poder do soberano se confunde com o poder absoluto do governante. Assim, o local destinado às forças divinas, para este filósofo, também é destinado para o sobrenado, que, como sugere Ribeiro, pode surgir na figura do próprio Parlamento.<sup>183</sup>

Explica, muito claramente, Andityas, a respeito da concepção hobbesiana de poder-Estado e poder-Igreja:

[...] *o poder absoluto se constitui no Estado hobbesiano com o objetivo de contrapor-se a um inimigo bem definido e poderoso: o clero.* Tal demonstra a clarividência de Hobbes, que séculos antes do positivismo jurídico, *compreendeu que o poder político-jurídico deve monopolizar a coerção*, inadmitindo qualquer ordem normativa concorrente. Com efeito, *a independência entre Estado e religião – que corresponde à emancipação do direito positivo em relação ao direito natural – conforma uma das maiores vantagens do positivismo jurídico intuído por Hobbes e levado às últimas conseqüências por Kelsen*, já que “[...] o direito natural enxerga a realidade de forma dualista, posição que o coloca em uma situação de constante valoração e escola daquilo que é o mais justo, o mais belo ou o melhor, mas muito mais frequentemente do que é o mais conveniente e o mais vantajoso [para o poder constituído].<sup>184</sup>

Pode-se dizer que Hobbes, ao propor a independência da esfera político-jurídica diante da autoridade religiosa, apesar de não ter chegado ao seu fim, significou um grande passo em direção ao positivismo jurídico conhecido atualmente.

O segundo pensador que interessa ao estudo, no atinente à sua teoria do jusnaturalismo e do contratualismo, é John Locke, mas, antes de analisar sua doutrina, necessário se faz contextualizar o momento histórico em que tudo se passa.

Como se sabe, a Inglaterra, a partir do fim do séc. XVI e durante o séc. XVII, vivenciou um momento marcado por tentativas de criar garantias eficazes contra as violações dos direitos naturais por parte do soberano.<sup>185</sup> Em 1688 eclode a grande Revolução inglesa, a Revolução Gloriosa, pela qual o povo e o parlamento afirmam seus direitos perante a Corte.<sup>186</sup> As obras dos pensadores desse período ficaram, de certa forma, ligadas a esse

<sup>182</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 37.

<sup>183</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 18.

<sup>184</sup> COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã*. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012. p. 21.

<sup>185</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 106.

<sup>186</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 101.

momento histórico, “a tônica principal dos escritos era a segurança de todos como fator fundante do estado político, agora a preocupação com a liberdade individual toma dianteira nas discussões acerca da necessidade de limitações do poder absoluto desse mesmo estado”.

<sup>187</sup> Assim, da guerra civil inglesa resulta a Revolução Burguesa Liberal, liderada por Guilherme de Orange, movimento este que ensejará a formação de uma constituição política limitadora dos poderes do rei, servindo, posteriormente, de exemplo para os demais países da Europa. <sup>188</sup>

É nesse contexto que surge a obra de John Locke que imprimiu à doutrina do estado de natureza e do contrato social um caráter mais racional. <sup>189</sup> É esse filósofo inglês que inaugura a idéia do homem como indivíduo. *Segundo Tratado sobre o Governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil* é a obra na qual Locke expõe sua teoria do Estado, analisando os fundamentos de sua criação e função ante a sociedade.

Locke parte da concepção do estado de natureza para construção da sua teoria do sistema político e em como se deu o contrato social entre os homens. Locke, diferentemente de Hobbes, não tem uma visão pessimista do homem natural. Ao contrário, ele parte da concepção de que os homens viviam em liberdade, em estado de igualdade em que é recíproco todo poder e jurisdição. <sup>190</sup> Acrescenta-se que, no estado natural, os homens já eram dotados de razão e, em razão de exercerem suas faculdades racionais, podem viver em liberdade e igualdade, já que a razão ensina que todos são iguais e independentes e ninguém deve prejudicar a outrem quanto à vida, à saúde, à liberdade e ao próprio bem.

Na posição intermediária e constitucionalista de Locke, o homem natural nasce com o atributo de ser livre e é por essa característica que ele pode pactuar. Assim, o contrato em Locke será sempre condicionado ao estado de liberdade do homem. Kant também admite o estado de liberdade inerente ao homem no estado pré-contratual, “ser homem é ser livre, existindo no homem, portanto, o poder de acordar o seu arbítrio com o dos demais, segundo uma lei geral da liberdade”. <sup>191</sup>

Nas palavras do próprio Locke, sobre o estado de natureza em que o homem se encontrava antes do contrato social, *in verbis*:

<sup>187</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p. 107.

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 102.

<sup>190</sup> FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 136.

<sup>191</sup> *Ibidem*

[...] devemos considerar em que estados todos os homens se acham naturalmente, sendo este um *estado de perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem. Estado também de igualdade, no qual é recíproco qualquer poder e jurisdição, ninguém tendo mais do que qualquer outro [...]*.<sup>192</sup> (não há grifos no original)

Do trecho extraído acima, depreende-se que, malgrado o estado de liberdade plena em que os homens se encontravam, o fato de estarem em pé de igualdade era impeditivo para qualquer ação que destruísse ou causasse algum dano a outrem. Nesse estado natural, devido à razão inerente ao homem, todos se subordinavam a comportamento compatível com a lei da natureza. Segue explicando, o ilustre filósofo:

*O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que tão-só a consultem, sendo todos iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses. Eis que sendo todos os homens obra de um Artífice onipotente e infinitamente sábio – todos servos do senhor soberano único..., são propriedade daquele que os fez [...]*.<sup>193</sup> (não há grifos no original)

Dessa forma, fica evidente no excerto acima que Locke atribui ao estado de natureza uma característica nova: a razão. Nesse aspecto a doutrina de Locke difere de Hobbes. Nesse sentido, contra o ensino de Hobbes, sustenta Locke que “o homem é naturalmente sociável e afirma ser impossível o estado de natureza sem sociedade. Para o homem o estado de natureza é já estado de sociedade”.<sup>194</sup>

Do raciocínio de que o estado de natureza, como visto acima, não é somente um estado de liberdade, mas também de igualdade, conclui-se que Locke legou aos próprios homens a execução da lei natural. O objetivo dessa lei coercitiva era evitar que alguém ultrapassasse a liberdade ou esbulhasse propriedade de outrem.<sup>195</sup>

Até agora, se percebe que, na teoria lockeana do Estado, o homem, ainda no estado de natureza, é capaz de se regular por si só. Então, qual seria a justificativa para o

<sup>192</sup> LOCKE, Jonh. Segundo *tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Editora Abril Cultural, 2ed., 1978. p. 35.

<sup>193</sup> *Ibidem*.

<sup>194</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 102.

<sup>195</sup> A propriedade constitui elemento muito importante na doutrina de Locke. A propriedade passa a ser, nas palavras de Fantinell, um direito do indivíduo, pois este possui uma propriedade em seu próprio corpo. Sendo o corpo uma liberdade do indivíduo, a liberdade passa a ser condicionada pela propriedade. Logo, se o indivíduo possui a propriedade que é seu corpo respeitada e assegurada, conseqüentemente terá liberdade. O homem começa a apresentar-se como cidadão na medida em que possui propriedade, tanto em terra e bens, como a propriedade que é seu próprio corpo. (FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 136).

abandono desse estado natural para constituição de um Estado político? Locke responde a essa indagação diferenciando, primeiramente, o estado de natureza e o estado de guerra.

Alude o autor:

O estado de guerra é um estado de inimizade. E nisto temos a clara diferença entre o estado de natureza que, muito embora certas pessoas tenham confundido, estão distantes um do outro como um estado de paz, boa vontade, assistência mútua e preservação está de um estado de inimizade, malícia, violência e destruição mútua. *Quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza.* Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a Terra para quem apelar, constitui o estado de guerra; é a falta de tal apelo que dá ao homem o direito de guerra mesmo contra um agressor, embora esteja em sociedade e seja igualmente súdito.<sup>196</sup> (não há grifos no original)

Conclui-se desse trecho da obra lockeana que quando os homens se reúnem para exercer o poder coercitivo sobre outrem que transgrediu as leis naturais, estão, portanto, em estado de guerra. Entretanto, no momento em que Locke admite a possibilidade de transformação do estado de natureza pacífico num estado de guerra, estará aí o fundamento da formação da sociedade civil. Portanto é somente em sociedade que poderá surgir uma autoridade na Terra, à qual se é possível apelar e cujo poder é capaz de eliminar o estado de guerra.<sup>197</sup> A existência de um juiz já impediria a instauração do estado de guerra.

A formação do pacto social se dá, em Locke, de maneira consensual e racional, cumprindo o Estado a função de dirimir os possíveis conflitos e inconveniências<sup>198</sup> do estado de natureza, através de uma figura associada a um juiz. Esse seria o único executor das leis naturais. Para Locke, se não houver essa figura de autoridade, mesmo que os homens compactuem entre si, ainda estarão no estado de natureza. “E, sempre que houver qualquer número de homens associados embora, que não possuam tal poder decisivo para o qual apelar, estes ainda se encontrarão em estado de natureza.”<sup>199</sup>

Esclarece o filósofo inglês:

<sup>196</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Editora Abril Cultural, 2. ed., 1978. p. 41.

<sup>197</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 112-113.

<sup>198</sup> Fantinell destaca três inconvenientes do estado de natureza: 1. a propriedade, nesse estado, é muito vulnerável ao arbítrio de outrem. 2. a falta de uma lei estabelecida e, uma lei fixa e conhecida, que diga o que é certo e como evitar o errado, e que seja uma orientação para decidir sobre todas as controvérsias entre os homens, e 3. no Estado de natureza não há juiz conhecido como autoridade para dirimir todas as disputas de acordo com a lei estabelecida. (FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 136-137).

<sup>199</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Editora Abril Cultural, 2. ed., 1978. p. 68.

*Sempre que, portanto, qualquer número de homens se reúne em uma sociedade de tal sorte que cada uma abandone o próprio poder executivo da lei de natureza, passando-a ao público, nesse caso e somente nele haverá uma sociedade civil ou política.* E tal se dá sempre que qualquer número de homens, no estado de natureza, entra em sociedade para constituir um povo, um corpo político, sob um governo supremo, ou então quando qualquer indivíduo se junta ou se incorpora a qualquer governo já constituído; porque *por esse meio autoriza a sociedade ou, o que vem dar no mesmo, o poder legislativo dela a fazer leis para ele conforme o exigir o bem público da sociedade*, para a execução das quais pode-se pedir-lhe o auxílio, como se fossem decretos dele mesmo. *E por este modo os homens deixam o estado de natureza para entrarem no de comunidade, estabelecendo um juiz na Terra, com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que atinjam a qualquer membro da comunidade*, juiz esse é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados.<sup>200</sup> (não há grifos no original)

Nessa passagem do *Segundo Tratado*, se evidenciam dois elementos característicos e fundamentais para compreensão do caráter liberal da obra de Locke: Primeiramente, com a expressão *bem público da sociedade* como finalidade das leis a serem elaboradas, Locke limita o poder que nasce do pacto à exigência da observação do *bem da sociedade* por parte da autoridade instituída. Assim, diferentemente de Hobbes, o soberano não constitui, em Locke, poder ilimitado e absoluto. Para teoria hobbesiana, “em nome da realização do objetivo do Estado, a consecução da paz, o poder do soberano nascia absoluto, podendo utilizar-se de quaisquer meios para a realização do mesmo”.<sup>201</sup>

O segundo elemento fundamental para compreensão da teoria de Locke, como destaca Viviane Lima, reside no fato de o poder, além de limitado, nasce divisível e resistível. Isso porque não há sociedade civil onde o poder não encontre autoridade capaz de julgá-lo no caso deste cometer injustiças contra a sociedade de homens que o instituiu.<sup>202</sup>

Destaca, com sabedoria, o jusfilósofo italiano, Norberto Bobbio:

Na concepção de Locke, a transferência dos direitos naturais é parcialíssima. [...] Ingressando no estado civil, os indivíduos renunciam substancialmente a um único direito, ao direito de fazer justiça por si mesmos, e conservam todos os outros, *in primis* o direito de propriedade, já que nasce perfeito no estado de natureza [...]. Aliás, a finalidade em função da qual os indivíduos instituem o estado civil é principalmente a tutela da propriedade (que, entre outras coisas, é a garantia da tutela de um outro sumo bem que é a liberdade pessoal).<sup>203</sup>

<sup>200</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Editora Abril Cultural, 2ed., 1978. p. 68.

<sup>201</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 113-114.

<sup>202</sup> *Ibidem*

<sup>203</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 115, *apud* BOBBIO, Norberto; BOVERO, Miquelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna, primeira parte, O modelo jusnaturalista*. São Paulo: Brasiliense, 1979. p. 73.

Daí denota-se o objetivo do contrato social lockeano, qual seja, a preservação da vida, da liberdade e dos bens a que o autor chama de “propriedade”. Outra divergência entre Hobbes e Locke está na extensão dos direitos renunciados, pelos homens, para a formação do Estado político.

Assim, como aponta Viviane Lime, enquanto para Hobbes todos os direitos – a exceção do direito à vida – eram renunciados pelos indivíduos em nome do soberano por ocasião do pacto, inversamente, para Locke todos os direitos – à exceção do direito de fazer justiça com as próprias mãos – eram conservadas na tradição do estado de natureza para o estado civil.<sup>204</sup>

Locke se demonstrou um defensor do jusnaturalismo quando afirma que o Estado civil é o estado onde o soberano deve estar a serviço dos indivíduos para garantir-lhes seus direitos naturais, como já fora exposto. Contudo, ao passo que esse filósofo diz que o Estado civil deve defender os direitos naturais, o vê como indispensável para realização do contrato social e para a vida segura em sociedade. Nesse sentido, Locke adota uma postura contratualista.<sup>205</sup>

A problemática que surge é determinar se o fundamento do Estado civil está, para Locke nos direitos naturais ou no contrato. Locke considera que apenas através do pacto social é que se estabelece um poder legítimo ao Estado. “O pacto é apenas um acordo entre indivíduos reunidos para empregar sua força na execução das leis naturais, renunciando executá-las pelas mãos de cada um”.<sup>206</sup>

Sobre essa dicotomia, ensina Fantinell:

Assim, se os direitos naturais fundam a entrada do indivíduo no Estado civil, estes direitos passam a ocupar o lugar do fundamento do Estado. Temos aqui um Locke jusnaturalista. O Estado nada mais é do que uma instituição formada pelos indivíduos para garantir-lhes os direitos naturais. Todo o corpo político deste Estado deve trabalhar em função dos direitos naturais que o indivíduo possui. Devemos levar em conta que Locke escreve uma teoria dos direitos e, segundo esta, ele é jusnaturalista, ou seja, coloca os direitos em primeiro lugar diante do Estado. A função do Estado é assegurar estes direitos e, sobretudo, garantir que os indivíduos desfrutem de sua liberdade neste Estado. [...] Notamos que a necessidade de um contrato não exclui a possibilidade de Locke ser também jusnaturalista, pois os direitos, segundo Locke, necessitam do Estado civil, e este é fundamentado pelo contrato [...];<sup>207</sup>

<sup>204</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 116.

<sup>205</sup> FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 139.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

<sup>207</sup> FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 140-141.

Há uma argumentação circular em torno do tema, mas afirma a vontade popular como soberana,<sup>208</sup> em ambas as visões. Por derradeiro, cumpre salientar que, em Locke, a função do Estado moderno é somente jurídica e não mais ética e normativa, tendo em vista o bem comum, como acreditavam Aristóteles. “Não se pensa mais no todo da comunidade, mas se pensa exclusivamente no indivíduo, que é o centro do Estado liberal lockeano”.<sup>209</sup>

Locke foi o maior precursor de Rousseau, o qual “declarou expressamente ter Locke tratado o contrato social <<conforme os seus próprios princípios>>”.<sup>210</sup> Assim, inegável é a importância da doutrina do filósofo inglês para o fortalecimento do movimento que começava a surgir contra os regimes absolutistas monárquicos “e em defesa do Estado limitado por um compromisso apto a fazer valer os direitos subjetivos individuais dos cidadãos em face do príncipe”.<sup>211</sup>

Setenta e dois anos depois da principal obra de Locke, é publicado em 1762 na França aquela que seria considerada uma das mais importantes obras filosóficas e políticas do séc. XVIII: *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau. A principal questão a ser tratada nessa obra cinge-se a legitimação do poder coercitivo do soberano.

Rousseau, a exemplo de Hobbes e Locke, também começa explicar sua teoria do Estado a partir da figura do homem natural, ou seja, o homem em estado de natureza. O cidadão genebrino também acredita na existência de direitos naturais e inerentes ao homem em qualquer estágio de desenvolvimento das suas formas de comunidade, apesar dele considerar o estado de natureza como o primeiro estágio de associação dos indivíduos. O estado de natureza rousseauiano teria de fato existido historicamente, se identificando com o estado originário das condições humanas.<sup>212</sup>

<sup>208</sup> Del Vecchio complementa: “[...] o contrato social assume o caráter de norma ideal; o Estado é soberano mera expressão de poder e arbítrio, mas deve necessariamente, pela sua natureza, ser destinado a *garantir os direitos individuais*. (In DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 104).

<sup>209</sup> FANTINELL, Ronaldo. *O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke*. Revista Filosofazer, Passo Fundo, ano XIV, nº 27, 2005-II, p. 141. E continua o autor: “Quem possui liberdade também possui a possibilidade de obter mais propriedade e, com mais propriedade, a liberdade é cada vez maior. Assim, a liberdade e a propriedade se auto-sustentam, formam uma circularidade que envolve o indivíduo e compõem propriamente o Estado liberal. Tudo isso faz com ele se legitime o individualismo”.

<sup>210</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5 ed, 1979. p. 104.

<sup>211</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 119.

<sup>212</sup> *Ibidem*. Esclarece Bobbio: “O estado de natureza, ao contrário, é representado como um estado histórico por Rousseau, que na primeira parte do *Discurso sobre a origem da desigualdade*, de 1753, identifica o estado de natureza como o estado primitivo da humanidade, inspirando-se, como se sabe, na literatura do <<bom selvagem>>. Mas trata-se de uma história imaginária que tem uma função exemplar, na medida em que deve servir para demonstrar a decadência da humanidade a partir do momento em que essa saiu desse estado para

Segundo o filósofo genebrino, o homem, no estado de natureza, vivia pacificamente, em estado de igualdade e liberdade para consigo e para com os demais. O homem, portanto, vivia solitário e feliz, orientado apenas pelos seus instintos de autopreservação, mas em observância fiel aos seus direitos naturais. Como a teoria do surgimento do Estado rousseauiano é otimista, para este filósofo, o homem nesse estado não conhecia a corrupção ou a maledicência, sendo suas paixões basicamente o *querer*, *desejar* e *temer*.<sup>213</sup> O homem não era nem mau nem bom, e esse estado, em que as paixões próprias do homem em sociedade não existem, seria na verdade, segundo Rousseau, “o mais propício à paz e o mais conveniente ao gênero humano”, pois a ignorância do vício e a tranqüilidade do coração seriam as condições mais favoráveis ao surgimento da virtude.<sup>214</sup>

Surge, então, o questionamento que buscou identificar as razões, na doutrina rousseauiana, de o homem ter saído do estado de natureza, no qual vivia em liberdade e igualdade com seus pares, para o estado civil? Como conceber a idéia do contrato social em Rousseau? Nas palavras do filósofo, “[...] encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a forma comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.”<sup>215</sup>

Destaca-se neste trecho uma das consequências mais importantes no contrato social rousseauiano. Quando Rousseau afirma que a solução fornecida pelo contrato consiste no fato de o homem permanecer tão livre depois de contratar, ele confere ao ato contratual uma “virtualidade alheia à concepção jurídica de contrato”, ou seja, o contrato social em Rousseau “constitui a efetivação de uma mudança radical do ser humano, sem, contudo, levar o homem à perda de sua identidade com o ser livre por natureza”.<sup>216</sup>

Antes de examinar os motivos dessa transição do estado natural ao social, relevante observarmos que, contrariamente aos seus antecessores, para Rousseau, o estabelecimento da sociedade política através da noção de contrato se dá em três estágios de

entrar na <<sociedade civil>>, bem como a necessidade de uma renovação moral. Enquanto os autores anteriores distinguem nitidamente entre a hipótese racional e o dado histórico, Rousseau eleva o dado histórico... a uma idéia de razão”. (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 52).

<sup>213</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 279.

<sup>214</sup> *Ibidem*. E continua Chalita: “E a única virtude que o filósofo concebe como sendo natural ao homem, e não produto do convívio social, é a  *piedade*”.

<sup>215</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. L.I introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989. p.19.

<sup>216</sup> HECK, José N. *Direito Racional e Direito Positivo: Um estudo sobre a ciência kantiana e kelseniana do direito*. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11981>>. Acesso em: 12/jan/2012. p. 384.

associações humanas.<sup>217</sup> A tese que melhor explica essa particularidade na obra de Rousseau é a de Bobbio, a qual nós filiamos, *in litteris*:

A posição de Rousseau é um pouco mais complexa, porque sua concepção do desenvolvimento histórico da humanidade não é diádica – estado de natureza ou estado civil - , como no caso dos escritores precedentes, onde o primeiro momento é negativo e o segundo positivo, *mas triática – estado de natureza, sociedade civil, república (fundada no contrato social) - , onde o momento negativo, que é o segundo, aparece colocado entre dois momentos positivos.*<sup>218</sup> (destacou-se)

A propriedade privada é a grande responsável pela corrupção do homem. Logo, verifica-se que também na teoria de Rousseau existe o “estado de guerra”, entretanto, esse estado não é pertinente ao homem de natureza, mas ao homem civil. Importante ressaltar que, para o filósofo, não haveria como se retornar ao estado originário, eis que as concepção de Moral e Justiça se desenvolvem a partir da sociedade civil, sendo importante preservá-las.

219

Esclarece o Rousseau:

Suponho que os homens tenham chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser. *Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não tem meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-as a um só móvel e fazendo-as agir em comum acordo.*<sup>220</sup> (não há grifos no original)

Depreende-se do trecho extraído da obra de Rousseau que, para ele, a própria sociedade que corrompeu o estado de natureza deveria resgatar seus direitos em novas condições, qual seja, através do *contrato social*.

O filósofo genebrino acreditava, portanto, que o pacto entre os homens era a única forma de se conseguir uma verdadeira constituição política. Ainda, Rousseau concebia esse contrato como o meio pelo qual “a sociedade política seria governada por leis, afastando assim a possibilidade de gestos arbitrários de degeneração do poder por parte dos soberanos”.

<sup>221</sup> A lei tinha função fundamental na teoria de Rousseau, “sendo o centro de toda a vida

<sup>217</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 124.

<sup>218</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 61-62, *apud* BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*/ Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995. p. 56.

<sup>219</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *op. cit.*, p. 126.

<sup>220</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. L.I introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989. p.19.

<sup>221</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, *op. cit.*, p. 129.

social, como a única forma de resgate da liberdade do estado de natureza e como expressão maior da razão humana em nome de uma sociedade livre e igualitária”.<sup>222</sup>

Rousseau nega que o estado civil seja incompatível com a liberdade, e busca conciliar-la com o surgimento do Estado. Nesse ponto sua doutrina diferencia-se da de Hobbes e Locke, porquanto o *contrato de alienação* dos direitos naturais, que os homens fazem em prol da coletividade e da *vontade geral*, em Rousseau, adquire uma nova abrangência, ou seja, a renúncia da liberdade natural resultaria na aquisição de uma liberdade mais plena e superior, que é a *liberdade civil*.

Nas palavras do autor do *Contrato Social*:

O que o homem perde através do contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que causa desejo e que ele pode obter o que ganha é a *liberdade civil* e a propriedade de tudo aquilo que possui. [...] A liberdade consiste na obediência à lei que prescrevemos a nós mesmos.<sup>223</sup>

Essa definição de Rousseau antecipa, sob certo aspecto, o pensamento de Kant, o qual é considerado “o filósofo da autonomia moral, porque considera a liberdade moral de fato não como falta de leis, mas como obediência à lei fundamental da própria razão, e porquanto como autônoma”.<sup>224</sup>

A partir da celebração do contrato, a coletividade estaria submetida a obediência da lei racional, que representa a *vontade geral*. Portanto, o pacto deve nascer da entrega total de cada indivíduo à comunidade, com o que ele não perde nada, pois diz Rousseau que “cada um dando-se a todos não se dá a ninguém”.<sup>225</sup> Daí, como todos fazem o mesmo, o homem recebe de volta todos os direitos que cedeu e “força maior para conservar o que se tem”.<sup>226</sup> Assim, todos se mantêm livres e iguais ao ingressar na sociedade civil, isto é, corpo político. Nessa condição, onde o homem é ao mesmo tempo parte ativa e passiva da sociedade, haveria uma conjugação perfeita entre liberdade e obediência. Obedecer a si mesmo e às suas próprias decisões é, sob certo ponto, um puro ato de liberdade.

Conclui-se que a renúncia total dos direitos naturais feita pelos homens transformará a sociedade em um “conjunto passivo de súditos e num conjunto ativo de

<sup>222</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 129.

<sup>223</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait, São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 74.

<sup>224</sup> *Ibidem*

<sup>225</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. L.I introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989. p. 20.

<sup>226</sup> *Ibidem*.

soberanos ao mesmo tempo”.<sup>227</sup> É nesse momento que desaparece o homem natural para se dar lugar ao *cidadão*.

Nas palavras de Bobbio:

[...] A transferência total dos direitos naturais para o corpo político constituído pela totalidade dos contratantes deve servir a essa finalidade, ou seja, a de dar a todos os membros desse corpo leis nas quais o homem natural que se tornou cidadão reconheça a lei que ele mesmo se teria imposto no estado de natureza, se nesse estado tivesse podido exercer livremente a própria razão. [...] Não se compreende Rousseau se não entende que, ao contrário de todos os demais jusnaturalistas, para os quais o Estado tem como finalidade proteger o indivíduo, para Rousseau o corpo político que nasce do contrato social tem a finalidade de transformá-lo. *O cidadão de Locke é puro e simplesmente o homem natural protegido; o cidadão de Rousseau é um outro homem.*<sup>228</sup> (destacou-se)

Esse *homem transformado* só existe em função da *vontade geral*,<sup>229</sup> que é a base dessa nova sociedade. Assim sendo, o soberano é o próprio povo incorporado, executando a vontade geral, cuja expressão é a lei.

Por fim, merece destaque a formulação de Rousseau quanto à natureza do poder soberano, *in litteris*:

[...] Assim, como a natureza dá a cada homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder que, dirigido pela vontade geral, recebe, como ficou dito, o nome de *soberania*.<sup>230</sup> (destacou-se)

Rousseau caracteriza o poder soberano como absoluto, remetendo-se ao fato deste ser o titular da vontade geral que é, outrossim, absoluta.<sup>231</sup> Além disso, o poder do soberano encontra sua exata medida apenas no que foi estabelecido pelo pacto. Isto é, além de ter por observância obrigatória a vontade geral e o bem comum, o soberano deverá se pautar nos limites estabelecidos no contrato social. Rousseau inaugura, diferentemente de Hobbes, um *absolutismo democrático*, que fez desse pensador um autêntico precursor das idéias socialistas desenvolvidas no século XIX.

Nas palavras do filósofo:

Vê-se, assim, que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais... o

<sup>227</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 131, *apud* BARKER, Ernest. *Social contract: essays by Locke, Hume and Rousseau*. p. 69.

<sup>228</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait, São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 71.

<sup>229</sup> A vontade geral é diferente da vontade de todos. Aquela intenta buscar o melhor para a sociedade como um todo, ou seja, a vontade geral deve ser aquela que satisfaz o interesse público, e não o de particulares.

<sup>230</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. LI introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989. p. 23.

<sup>231</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo. *A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 139.

soberano nunca tem o direito de onerar mais a um súdito do que a outro, porque então, tornando-se a questão particular, seu poder já não é competente.<sup>232</sup>

Rousseau é jusnaturalista na medida em que admite que a justiça universal emanada de Deus é percebida pela razão humana e se concretiza na lei da *República*, cujo conteúdo será sempre a vontade geral direcionada pelo interesse comum. “Esse interesse comum constituirá, no Estado, a justiça individual no estado de natureza. De tal forma, todas as leis republicanas serão justas”.<sup>233</sup> É o triunfo da razão, pois o Estado idealizado por Rousseau não é instituído por necessidade, e sim pelo exercício da razão.

Nas palavras do próprio pensador genebrino:

O que é bom e conforme à ordem o é pela natureza das coisas e independente das convenções humanas. Toda justiça provém de Deus, só ele é a sua fonte; mas, se soubéssemos recebê-la de tão alto, não necessitaríamos nem de governos nem de leis. Há, por certo, uma justiça universal que emana unicamente da razão, porém essa justiça, para ser admitida entre nós, precisa ser recíproca. [...] <sup>234</sup>

Rousseau pode ser considerado o último grande jusnaturalista, sendo sua filosofia libertária uma das principais fontes de inspiração da Revolução Francesa. Este filósofo foi um dos mais inovadores da Escola do Direito Natural, porquanto criou um sistema político embasado pela noção de legitimidade da vontade geral, gerando direitos inerentes ao homem, e ainda impondo limitação ao poder do Estado.

#### 1.4 JUSNATURALISMO RACIONALISTA

Conforme relatado nos tópicos anteriores, o jusnaturalismo sofreu, durante os séculos, transformações na maneira de se ver a justiça, o direito e, principalmente, o que fundamenta o direito.

O jusnaturalismo racionalista tem estrita relação com o jusnaturalismo moderno, apesar de o universo de preocupação dos pensadores do século XVIII ser muito diferente daquele do início da Era Moderna, se diferenciando deste, principalmente, porque é a corrente do jusnaturalismo que trata exclusivamente das obras de Emmanuel Kant.

<sup>232</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. L.I introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989. p. 41.

<sup>233</sup> LIMA, Viviane Nunes Araújo, op. cit., p. 142. Sobre o jusnaturalismo de Rousseau, Bittar complementa: “Seu jusnaturalismo reside no fato e que realmente o conteúdo dos direitos civis já vem previamente definido pelo contrato, que se lastreia na vontade geral. A vontade geral é uma vontade de pactuar e de formar uma sociedade que saiba preservar direitos e liberdades inatas ao homem, anteriores ao pacto, imanentes, inalienáveis e insuprimíveis”. (BITTAR, Eduardo Carlos; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2 ed., 2002. p. 250)

<sup>234</sup> ROUSSEAU, op. cit., 44.

A partir do século XVII, com a secularização da vida social, a doutrina jusnaturalista toma feição subjetivista e racional, buscando seus fundamentos na identidade de uma razão humana universal. O iluminismo surge também com esse intento.

O jusnaturalismo racionalista consolida-se, explica Ricardo Maurício, “com o advento da ilustração, despontando a razão humana como um código de ética universal e pressupondo o ser humano único em todo tempo e todo espaço”.<sup>235</sup> Para contextualizar essa corrente do jusnaturalismo, necessário se faz tecer breves observações sobre o Iluminismo.

O iluminismo é o nome dado à ideologia desenvolvida e incorporada pela burguesia a partir das lutas revolucionárias do final do século XVIII.<sup>236</sup> Buscavam definir os limites dos regimes absolutistas, eis que a crença na superioridade da razão, ou seja, na capacidade do homem de conhecer tudo que o cerca, começava a se consolidar. Assim, ganhava força, com o *iluminismo* ou *ilustração*, a idéia de *liberdade*. Sobre o iluminismo, esclarece Chalita:

[os intelectuais da época] se afastaram das discussões metafísicas e buscaram aplicar a nova metodologia emprestada das ciências da natureza em outras áreas de investigação, como a moral, a política e a estética. Seu lema era denunciar todas as idéias obscuras, dogmáticas, autoritárias que impediam o crescimento dos homens e a solução dos problemas sociais. Esses intelectuais acreditavam na capacidade racional de todos os homens, quando livres da opressão, do medo e das superstições. Por isso, denominaram a própria época em que viveram de “Século das Luzes” [...], pois pretendiam iluminar as trevas da ignorância tendo por instrumento a *luz natural* a todos os homens, ou seja, a razão.<sup>237</sup>

Os iluministas acreditavam que a racionalidade humana, diferentemente da providência divina, poderia ordenar a natureza e a vida social. Essa corrente jusnaturalista, que tem base antropocêntrica, utilizou a idéia de uma razão humana universal para “afirmar direitos naturais ou inatos, titularizados por todo e qualquer indivíduo, cuja observância obrigatória poderia ser imposta até mesmo ao Estado”, sob risco do direito positivo ser o fundamento de injustiças.<sup>238</sup>

O filósofo de Königsburg é o teórico em cuja obra a racionalização do jusnaturalismo atinge um maior grau de profundidade e sofisticação intelectual.<sup>239</sup> O criticismo transcendental kantiano, como veremos nos capítulos que avizinham, procura

<sup>235</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\_abril2007/docente/doc1.doc.> Acesso em: 2/jun/2011, p. 13.

<sup>236</sup> VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. *História para o ensino médio: História geral e do Brasil*. São Paulo: Editora Scipione, 2003. p. 257.

<sup>237</sup> CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Atual, 2002, p. 270.

<sup>238</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p. 14.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

conciliar o empirismo e o idealismo, “redundando num racionalismo que reorienta os rumos da filosofia moderna e contemporânea”.<sup>240</sup> Para este filósofo, o conhecimento só é possível com a interação da experiência e das condições formais da razão. Kant preocupa-se em fundamentar o que denominou de prática moral não somente na experiência sensorial, mas em uma lei inerente à racionalidade universal humana, o que nomeou de *imperativo categórico* – “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo, que se torne uma máxima universal”.<sup>241</sup> Esclarece Ricardo Maurício:

[...] a razão prática é legisladora de si, definindo os limites da ação e da conduta humana. O imperativo categórico é único, absoluto e não deriva da experiência. A ética é, portanto, o compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo fato de segui-lo em si e por si. O homem que age moralmente deverá fazê-lo, não porque visa à realização de qualquer outro algo, mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral. O agir moral é o agir de acordo com o dever. O agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza.<sup>242</sup>

Conforme a explicação de Ricardo Maurício, observa-se a preocupação de Kant em superar o plano empírico “[...] no qual se defrontavam tais contrastes, a fim de atingir uma regra de justiça de validade universal”.<sup>243</sup> Algo de novo originou-se, com Kant, no plano da problemática da justiça, “[...] alcançando-se ele ao plano transcendental, no qual a justiça se impõe como um imperativo da razão”.<sup>244</sup> Acrescenta Ricardo Maurício:

Não cuida Kant de definir a justiça, ao contrário do que faz com o direito, preferindo inseri-la no sistema de sua visão transcendental da vida ética, o que vem, mais uma vez, confirmar a tese de que a justiça somente pode ser compreendida em uma visão abrangente de valor universal.<sup>245</sup>

Assim, com o jusnaturalismo racionalista moderno em Kant, o conhecimento jurídico passa a ser uma construção sistemática da razão, conforme o rigor lógico da dedução, e um instrumento de crítica da realidade, ao permitir a avaliação crítica do direito em face de padrões éticos contidos em princípios reconhecidos pela razão humana.<sup>246</sup>

Trataremos na doutrina kantiana do Direito nos próximos tópicos, para melhor compreensão da contribuição de Kant sobre o tema proposto.

<sup>240</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\_abril2007/docente/doc1.doc.> Acesso em: 2/jun/2011, p. 13.

<sup>241</sup> *Apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 60.

<sup>242</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo*. Disponível em: <HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\_abril2007/docente/doc1.doc.> Acesso em: 2/jun/2011, p. 13.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> *Ibidem*.

<sup>246</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p. 15.

## 2. A DOCTRINA DO DIREITO EM EMMANUEL KANT

Antes de se examinar a doutrina do Direito em Kant, necessário se faz tecer alguns comentários iniciais acerca do clássico problema da distinção entre moral e direito, podendo-se entender também como a distinção entre *legislação moral* e *legislação jurídica*, ou *ação moral* e *ação jurídica*, que geralmente é considerado como problema preliminar de qualquer filosofia do direito.<sup>247</sup>

Na obra de Kant encontram-se vários critérios que estabelecem essa distinção. O primeiro critério, que é eminentemente formal e trata da forma ou da maneira de se obrigar/atuar é o que Kant distingue como *moralidade* e *legalidade*. Entretanto, como ensina Bobbio, para que se entenda a natureza desse critério “[...] é preciso considerar quais são os elementos formais que distinguem a ação moral no pensamento de Kant”.<sup>248</sup>

A *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, obra de Kant publicada em 1785, começa com a seguinte colocação: “*Não é possível pensar nada no mundo, e em geral também nada fora dele, que possa ser considerado como bom sem restrição, a não ser somente uma boa vontade*”.<sup>249</sup>

Do trecho acima, depreende-se que o filósofo alemão entende por “boa vontade” aquela vontade que não está atrelada a nenhuma atitude ou cálculo fundamentado em interesses, mas naquela vontade determinada somente pelo respeito ao dever.<sup>250</sup> Portanto, podemos discernir três requisitos fundamentais de uma ação moral: 1. A ação moral é realizada somente para obedecer à lei do dever<sup>251</sup>, 2. A ação moral é aquela que é cumprida não por um fim (*e.g.* a felicidade), mas somente pela *máxima que a determina*, ou seja, pelo princípio da vontade, e 3. A ação moral é aquela que não é movida por outra inclinação a não ser o respeito.<sup>252</sup>

<sup>247</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 108.

<sup>248</sup> *Ibidem*.

<sup>249</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintanela. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 9.

<sup>250</sup> BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 86.

<sup>251</sup> Bobbio explica: “existem ações que aparentemente são honestas, mas não podem ser chamadas morais, porque cumpridas por impulsos diversos daquele do cumprimento do próprio dever. Kant dá o exemplo do comerciante que não abusa do cliente ingênuo: se ele age assim, não porque seja seu dever, mas unicamente porque seja de seu próprio interesse, a sua ação não é moral”. (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 87.

<sup>252</sup> E explica o autor: “Na conduta moral, cada impulso subjetivo compatível deve ser excluído; o único impulso subjetivo compatível com a moralidade é o sentido de respeito à lei moral, que deve vencer qualquer outra inclinação”. (BOBBIO, op. cit., p. 88).

Conforme o exposto, Bobbio ensina que, segundo Kant, para uma ação ser considerada moral não basta que seja *coerente com o dever*, sendo necessário que também seja cumprida *pelo dever*. Se a ação atender somente à primeira qualidade, *coerente com o dever*, então se tem a *legalidade*. Por outro lado, se a ação atende somente ao *dever*, tem-se a *moralidade*. Esta aqui a primeira distinção entre moral e direito em Kant. Nas palavras de Bobbio:

[...] a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinam. Finalmente, quando eu atuo de determinada maneira porque esse é meu dever, cumprio uma ação moral; por outro lado, quando atuo de determinada maneira para conformar-me à lei, mas ao mesmo tempo porque é meu interesse ou corresponde à minha inclinação, tal ação não é moral, mas somente legal. [...] <sup>253</sup>

Nessa senda, o que diferencia as duas qualificações e justifica a distinção não é a lei, mas a maneira pela qual o sujeito se apresenta diante dela, ou toma uma postura conforme à lei ou uma postura por interesse. Esclarece o filósofo alemão, em suas próprias palavras:

A doutrina do direito e a doutrina da virtude distinguem-se, portanto, *não tanto com relação aos diferentes deveres próprios*, mas melhor dito, *pela diversidade da legislação que une um e outro impulso à lei*. <sup>254</sup>

Para explicar o que seria a *legislação interna* e *legislação externa*, Kant “[...] usa constantemente a dupla de atributos interno e externo, referida ora à *ação*, ora ao *dever*, ora ainda à *legislação*”, <sup>255</sup> conforme se constata no trecho seguinte:

Os deveres impostos pela legislação jurídica podem ser somente *deveres externos*, porque essa legislação não exige que a idéia desse dever, que é claramente interna, seja *por si mesma motivo que determina a vontade do agente*, e porque essa legislação precisa também de impulsos adequados às suas leis, somente pode admitir *impulsos externos*. <sup>256</sup>

Vê-se essa referência aos atributos *interno* e *externo* também quando Kant distingue legislação interna e externa, como se segue:

A legislação ética [...] é a que *não pode ser externa*, a legislação jurídica é a que *pode ser também externa*. Assim, é dever externo manter as próprias promessas em conformidade ao contrato, mas o imperativo de fazê-lo *unicamente porque é dever*,

<sup>253</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 88..

<sup>254</sup> *Ibidem*, apud KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. p. 396.

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 91.

<sup>256</sup> *Ibidem*, apud KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. p. 394-395.

*sem levar em conta qualquer outro impulso, pertence somente à legislação interna.*  
257

Imperioso ressaltar que, segundo a doutrina do direito kantiano, deve-se entender o uso dos atributos ‘interno’ e ‘externo’ da seguinte forma: “[...] a ação legal é externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita, portanto, legislação externa, deseja unicamente uma adesão *exterior* às suas próprias leis”, ou seja, a concepção de *externo*, para Kant, é aquela que não se pauta na *intenção* do agente, somente no fato que foi cumprido, o que acontece no mundo sensível. A legislação moral, por outro lado, é interna enquanto “deseja uma adesão *íntima* às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei”.<sup>258</sup>

Disso se extrai que o dever jurídico é externo, “[...] porque legalmente eu sou obrigado somente a conformar a ação, e não também a intenção com a qual cumpro a ação, segundo a lei”, enquanto o dever moral é interno, “[...] porque moralmente eu sou obrigado não somente a conformar a ação, mas também a agir com pureza de intenção”.<sup>259</sup>

Quando Kant elabora essa distinção entre moral e direito, comparando com moralidade e legalidade e, por sua vez com interioridade e exterioridade, insere sua doutrina do direito na tradição do jusnaturalismo e iluminismo alemão. Essa tradição, que teve como representante Cristiano Thomasius, “[...] havia expressado, na separação entre moral e direito [...] a exigência dos limites do poder do Estado. Portanto, essa tendência de limitar o poder do Estado se exprime também na distinção entre moralidade e legalidade”.<sup>260</sup>

Bobbio explica essa limitação do poder do Estado na doutrina da moralidade e legalidade em Kant da seguinte forma:

De fato, dizer-se que o direito devia contentar-se com a adesão exterior significava dizer que o Estado, de cuja vontade a lei era a manifestação principal, não devia intrometer-se em questões de consciência e, portanto, devia reconhecer para o indivíduo um âmbito da própria personalidade destinado a permanecer livre de qualquer intervenção de um poder externo como o Estado. Era, portanto, *o reconhecimento de que o poder do Estado tinha limites enquanto podia, sim, ampliar sua jurisdição sobre fatos externos do indivíduo, mas não também sobre fatos internos, e existia ainda alguma coisa no indivíduo, a consciência, que estava completamente excluída dessa jurisdição.*<sup>261</sup> (destacou-se)

<sup>257</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 395

<sup>258</sup> BOBBIO, op. cit., p. 92.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 93.

<sup>261</sup> BOBBIO, op. cit., p. 93-94.

Conforme o exposto, entende-se que somente através dessa distinção clara que Kant elaborou entre leis que obrigam em consciência e leis que não obrigam em consciência e reconhecendo ao Estado o poder de exigir somente as ações que são externas ao homem, “[...] chegou-se a distinguir o Estado, como legislação externa, da Igreja ou da razão, como sistema de legislação interna”,<sup>262</sup> admitindo-se como limite ao poder do Estado um âmbito mais restrito e mais delimitado de eficácia.

Depois de delinear a distinção entre moral e direito em Kant, podemos adentrar no problema da definição do direito para esse filósofo alemão.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a definição do direito kantista não obedece a uma ordem empírica, ou seja, aquela ordem que se pode depreender do estudo do direito positivo. Adverte Bobbio que “[...] quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, não poderá nunca estabelecer o que é justo e injusto [...] mas poderá somente estabelecer se um determinado fato ou ato seja lícito ou ilícito sob o ponto de vista jurídico”.<sup>263</sup> Em outras palavras, ter domínio do direito positivo significa entender o problema da *validade* do direito, mas não abrange o que seria o *valor* do direito.

Portanto, a única maneira de se enfrentar o problema do valor do direito, como ideia de justiça, é deixar de examiná-lo sob o prisma do empirismo e voltar ao fundamento da *razão pura*.<sup>264</sup> Kant apresenta um método de investigação do direito a partir de um viés racional, pelo qual se esforçou para “[...] conseguir a justificação dos principais institutos jurídicos a partir de alguns princípios racionais *a priori* [...] de maneira que sua doutrina do direito pode muito bem ser designada como uma dedução transcendental dos direitos e dos institutos jurídicos fundamentais”.<sup>265</sup>

Segundo leciona Bobbio, para Kant há três elementos constitutivos do conceito de direito: 1. O conceito de direito se refere a uma obrigação recíproca, *externa*, e absolutamente prática,<sup>266</sup> 2. O conceito de direito não significa uma relação do *arbítrio* com o

---

<sup>262</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. P. 94

<sup>263</sup> *Ibidem*.

<sup>264</sup> BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 108.

<sup>265</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 109.

<sup>266</sup> Explica Bobbio que “através dessa primeira característica, o direito é compreendido no campo amplo das relações intersubjetivas. Aqui o atributo ‘externo’, que já vimos aplicado a ação, dever, legislação e liberdade, se refere a *relação*. O direito pertence ao mundo das relações práticas que o homem tem com os outros homens. [...] O mundo do intersubjetivo é mais amplo do que o mundo do direito. É necessária uma caracterização ulterior”. (BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 109-110).

*desejo*, mas refere-se exclusivamente às relações com o arbítrio dos outros,<sup>267</sup> o que nos leva a entender que, para que exista uma relação jurídica, não é suficiente haver a qualidade da *intersubjetividade*, mas é preciso também a *reciprocidade*, ou seja, que o arbítrio de um corresponda ao arbítrio do outro, e 3. Em terceiro lugar, o filósofo destaca que “[...] nesta *relação recíproca* de um arbítrio com o outro, não se considera absolutamente a *matéria* do arbítrio [...] mas somente a *forma* na relação dos dois arbítrios, enquanto [...] absolutamente livres”.<sup>268</sup> Entende-se desse terceiro requisito que Kant entende que o direito, quando regula uma relação de arbítrios, se preocupa somente em prescrever “[...] a forma, ou seja, as modalidades através das quais aquele *fim* deve ser alcançado, e aqueles interesses (de cunho individual) regulados”.<sup>269</sup>

É nesse terceiro requisito que se abre e inaugura, em Kant, a própria definição do direito, cabendo a ele o mérito de ter afirmado o valor puramente racional (regulador) dos princípios do Direito natural, e, por conseguinte, de ter acabado com a confusão entre histórico e racional. Nas palavras de Kant:

O direito é o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro, segundo uma lei universal da liberdade. [...] Atua externamente de maneira que o uso livre do teu arbítrio possa estar de acordo com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal.<sup>270</sup>

Depreende-se do trecho acima que, da definição de direito de Kant derivou o que ele chamou de *lei universal do direito*. Por derradeiro, cumpre destacar a função do direito para Kant.

A função do direito, como delineado anteriormente, não é de prescrever um tipo de dever substancial com relação aos sujeitos dos vários arbítrios, mas de “[...]”

---

<sup>267</sup> Com essa característica, Kant se propõe a distinguir a intersubjetividade jurídica de outra forma qualquer de intersubjetividade. Bobbio explica: “Disso é possível dizer-se que a primeira característica da relação jurídica é aquela de ser *uma relação entre dois arbítrios* e não entre um desejo e um arbítrio, ou entre um arbítrio e um desejo. Com relação ao significado de arbítrio, em oposição a desejo, remetemos ao que Kant diz na p. 387: “*Quando a faculdade de desejar está ligada à consciência pela capacidade que sua ação pode ter de produzir o objeto, chama-se arbítrio; se falta essa consciência, então o ato da faculdade de desejar chama-se aspiração*” [...] O desejo é a representação de um objeto determinado colocado como fim; o arbítrio é, ainda mais, a consciência da possibilidade de alcançá-lo. Quando Kant diz que o direito consiste numa relação entre dois arbítrios, e não entre dois desejos, quer dizer que, para constituir-se uma relação jurídica, é necessário que aconteça o encontro [...] de duas capacidades conscientes do poder que cada um tem de alcançar o objeto do desejo. (BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 110-111).

<sup>268</sup> BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 112.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 113 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 407.

prescrever-lhes a maneira de coexistir, ou seja, as condições por meio das quais o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de todos os outros”.<sup>271</sup>

Nesse sentido explica Bobbio:

De fato, podemos dizer que, segundo Kant, o direito é uma forma universal de coexistência dos arbítrios dos simples. Enquanto tal, é a condição ou o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o *limite* da liberdade de cada um, de maneira que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal.<sup>272</sup>

Assim, afirma-se que o direito, em Kant, é a chave que possibilita a livre coexistência dos homens e esta coexistência é fundamentada na liberdade, pois somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se confunde com a não-liberdade de outrem.

## 2.1. RACIONALISMO E ESCLARECIMENTO EM EMMANUEL KANT

Entre os problemas propostos pela gnoseologia está a origem do conhecimento, do qual trataremos sob viés da doutrina de Kant. Mister ressaltar o que Jerphagnon diz a respeito, como se segue:

Toda a filosofia alemã dos séculos XIX e XX será uma interpretação e um desenvolvimento do kantismo. Os grandes pós-kantianos trarão um aprofundamento e um enriquecimento do que Kant iniciara. [...] O neokantismo assumirá uma posição francamente aritmética e pretenderá reduzir o kantismo à crítica do conhecimento.<sup>273</sup>

Entretanto, para tratar da teoria do conhecimento e do racionalismo em Kant, necessário se faz entender as correntes filosóficas do conhecimento que antecedem Kant. Três posições fundamentais tentaram resolver a questão da origem dos elementos que contribuem para formar o conhecimento, quais sejam, o *empirismo*, o *racionalismo* e o *criticismo*.

Empirismo é toda corrente de pensamento que sustenta ser a origem única ou fundamental do conhecimento a dada pela experiência, ou ainda, pela experiência sensorial.<sup>274</sup> O conhecimento, para os empiristas derivaria da *sensibilidade*. Locke chega a afirmar que “[...] são as sensações o ponto de partida de tudo aquilo que se conhece. Todas as

---

<sup>271</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000 p. 114.

<sup>272</sup> *Ibidem*.

<sup>273</sup> JERPHAGNON. *História das grandes filosofias*, 1992, p. 223.

<sup>274</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 87.

idéias são elaborações de elementos que os sentidos recebem em contacto com a realidade”.

275

Os conhecimentos seriam *a posteriori*, ou seja, posteriores à experiência.

Nas palavras de Reale:

Quaisquer que sejam as tendências do empirismo, o que o distingue e caracteriza é a tese de que todo e qualquer conhecimento sintético haure sua origem na experiência e só é válido quando verificado por fatos metodicamente observados, ou se rediz a verdades já fundadas no processo de pesquisa dos dados do real, embora sua *validade lógica* possa transcender o plano dos fatos observados. Daí a clara determinação de Bertrand Russell: “empirismo pode ser definido como a asserção de que todo conhecimento sintético é baseado na experiência”.<sup>276</sup>

Assim para os empiristas, a observação sensível é a primeira fonte e o único juiz do conhecimento. E no campo do direito, sustentam que o direito é um fato que se liga a outros fatos através de nexos de causalidade, sendo que “[...] até mesmo os princípios mais gerais do direito seriam afinal redutíveis a fontes empíricas”.<sup>277</sup>

A segunda tese que tenta explicar a origem do conhecimento é o *racionalismo*. Os racionalistas se opunham a concepção dada à fonte do conhecimento dos empiristas. De fato, não negam completamente que a observação é fonte de conhecimento, mas discordam da redução da verdade a uma pura ordem de fatos.<sup>278</sup> Distinguem eles as *verdades de fato* e as *verdades da razão*.

As verdades de fato são contingentes e particulares, sempre suscetíveis à correção e geram resultados provisórios, sujeitos a retificações e verificações sucessivas. As verdades da razão, por outro lado, são inerentes ao próprio pensamento humano, tem atributos universais e são dotadas de certeza. As verdades da razão “[...] não se originam do fato, mas constituem condições do pensamento, para se conhecer até aquilo que está nos fatos, ou que pelos fatos se revela”.<sup>279</sup>

Os racionalistas, no campo do direito, sustentam que, “[...] acima ou ao lado de um direito empírico, desenrolado na experiência, existe um Direito Ideal, um Direito Racional ou um Direito Natural”,<sup>280</sup> mediante o qual seria possível afirmar a validade ou a obrigatoriedade das regras jurídicas positivas.

<sup>275</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 87.

<sup>276</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 88.

<sup>277</sup> REALE, op. cit., p. 92.

<sup>278</sup> “O racionalista reconhece que o fato, aquilo que é dado de maneira direta a intuitiva, é elemento indispensável como fonte do conhecer, mas sustenta também que *os fatos não são fontes de todos os conhecimentos* e que, por si sós, não nos oferecem condições de certeza”. (REALE, op. cit. p. 93)

<sup>279</sup> REALE, op. cit., p. 92.

<sup>280</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 97.

Da conciliação das duas correntes acima citadas, embora temerário o termo usado, advêm o *criticismo* de Kant.<sup>281</sup> O criticismo possui um valor próprio e autêntico, apesar de aderir e recusar algumas afirmações das outras correntes, “[...] por ter revisto a colocação mesma dos problemas. Essa atitude [...] resulta de *uma análise dos pressupostos do conhecimento*”.<sup>282</sup>

Reale realça o criticismo de Kant e nos ensina:

O que marca e distingue o criticismo kantiano é a determinação *a priori* das condições lógicas das ciências. Declara, em primeiro lugar, que o conhecimento não pode prescindir da experiência, a qual fornece o material cognoscível, e nesse ponto coincide com o empirismo (não há conhecimento da realidade sem *intuição sensível*); por outro lado, sustenta que o conhecimento de base empírica não pode prescindir de elementos racionais, tanto assim que só adquire validade universal quando os dados sensoriais são ordenados pela razão: - “os conceitos, diz Kant, sem as intuições (sensíveis), são vazios; as intuições sem os conceitos são cegas”.<sup>283</sup>

Essa ideia central, de que nosso espírito condiciona nossa experiência, como se depreende do excerto acima, constitui a transcendentalidade de Kant, embora advirta Reale que a transcendentalidade não pode ser vista como modalidade de transcendência.<sup>284</sup> Conhecer, para Kant, é unir um elemento material de ordem empírica e intuitiva aos elementos formais de ordem intelectual.<sup>285</sup>

Kant, em oposição ao racionalismo tradicional, conseguiu demonstrar que o “sujeito” também constitui o conhecimento, até mesmo no momento fundamental da “sensação” e isso se dá porque a sensação está condicionada ao *espaço e ao tempo*. Logo, conhecer é sempre submeter algo à nossa subjetividade, à medida que “[...] envolve sempre uma contribuição positiva e construtora por parte do sujeito cognoscente em razão de algo que está no espírito, *anteriormente à experiência do ponto de vista gnoseológico*”.<sup>286</sup> Portanto, no criticismo kantista, o conhecimento é sempre uma subordinação do real à medida do humano.

Kant conclui que o espírito é *legislador* da natureza e explica que “há formas e categorias *a priori* em nosso espírito, na sensibilidade e na inteligência, com uma

<sup>281</sup> “Daqui o cepticismo de Hume, que sacudiu Kant (como ele próprio confessou) do seu sono dogmático e o estimulou a fazer investigações e a elaborar um sistema, cujo objetivo era a superação crítica do dogmatismo tradicional e do empirismo céptico” (DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, 1979, p. 129).

<sup>282</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982 p. 100.

<sup>283</sup> *Ibidem*

<sup>284</sup> *Ibidem*. Reale continua explicando: “O *transcendente* põe-se lógica e ontologicamente além da experiência; o *transcendental* é algo cuja anterioridade lógica em relação à experiência só se revela no decorrer da observação dos fatos, ou seja, *por ocasião da experiência mesma*”.

<sup>285</sup> *Ibidem*.

<sup>286</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 102. Exemplifica Reale: “[...] nós não podemos apanhar um bloco de neve, sem lhe imprimir a forma de nossos dedos. O que é conhecido conserva sempre os sinais das garras apreensoras de nossa subjetividade.”

função legisladora da realidade”.<sup>287</sup> Para o filósofo germânico, como para os demais criticistas, “não existem idéias inatas; não há na razão idéias inatas, mas certas formas ou categorias puras que coincidam a experiência, revelando-se em função dela.”<sup>288</sup>

Esta é a revolucionária concepção da teoria do conhecimento em Kant, que deposita muita importância no *sujeito-do-conhecimento* e não no *objeto-do-conhecimento*, inovação esta “que ficou conhecida e celebrizada pelas próprias palavras de Kant como a revolução copernicana [...] com relação ao que se vinha entendendo sobre a matéria”.<sup>289</sup>

Outro aspecto inovador e fundamental da doutrina kantiana é o que ele denominou *esclarecimento* (*Aufklärung*), cujo *slogan* é *sapere aude*, ou seja, *ouse saber*. Este período foi caracterizado pela apologia a uma postura/atitude crítica. Mas afinal De contas, em que constitui o esclarecimento? Kant responde.

Esclarecimento [...] é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a causa dela não se encontra na falta de esclarecimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem de fazer uso de teu próprio entendimento, tal é o lema do esclarecimento.<sup>290</sup>

Kant elícita aos homens para não se acomodem com o conhecimento que possuíam e propõe que saiam e busquem o conhecimento. Na concepção do filósofo alemão é muito comodismo dispor do ato de *pagar* pelo saber, ao invés de investigá-lo. Assim, tem-se que as causas do homem estar em estágio de *minoridade intelectual*, além de ser por vontade própria, Kant culpa o comodismo, a preguiça e a covardia. E essa situação de comodidade impede, pela facilidade que é *receber as coisas nas mãos*, que o homem saia desse estado turvo do conhecimento.<sup>291</sup>

É por isso que os homens, para o filósofo alemão, não sabem fazer uso da liberdade que tem, pois de tão enraizado, o comodismo se torna natural para eles. Kant ainda realça a característica proposta pelo *Esclarecimento*:

As luzes do século XVIII revestem-se de particularidades que as distinguem da metáfora da luz utilizada em outras épocas. Elas trazem consigo um poder crítico e polêmico, podendo ser descrito como uma espécie de coragem, uma audácia contra

<sup>287</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 102.

<sup>288</sup> REALE, op. cit., p. 109.

<sup>289</sup> BITTAR, Eduardo Carlos; ALMEIDA, Guilherme de Assis. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2 ed., 2002. p. 269.

<sup>290</sup> KANT, Emmanuel. *Textos seletos*. Centro de investigação e divulgação CID, Textos clássicos do pensamento humano/2, Petrópolis: Vozes, 1974. p. 100.

<sup>291</sup> Kant inclusive enumera alguns exemplos de comodismo: 1. ter um livro que faz as vezes de nosso entendimento; 2. um diretor espiritual que tem consciência em nosso lugar e 3. um método que decida nossa dieta. KANT, Emmanuel. *Textos seletos*, 1974, p. 115.

a perseguição (de não querer ver) e a covardia, mantenedora dos homens sob o julgo do obscurantismo. O tempo é que mostra a noite na qual peregrinaram os covardes, como algo pesado e que traz para a humanidade os seus piores males, a saber, a superstição, o argumento da autoridade, a estupidez dogmática, a intolerância e o despotismo, fiéis companheiros das instituições e das fórmulas intelectuais anteriores.<sup>292</sup>

Importante lembrar, como anteriormente dito, que Kant é um dos principais representantes do iluminismo, e nesse trecho propõe-se a esclarecer o homem moderno com as *luzes da razão*.

Por derradeiro, Kant, como representante do Esclarecimento, propõe com isto que o homem se torne mais crítico, e ser crítico é ter posições independentes e refletidas, e ser capaz de pensar por si próprio e não aceitar como verdadeiro o simples estabelecimento por outros como tal, mas só após o examinar livremente e fundamentar de acordo com suas convicções.

Poderíamos responder se já estamos, em pleno século XXI, em status de “*esclarecidos*”? Posso responder a essa indagação o que Kant propõe (sua doutrina é também, de certa forma, contemporânea). Se uma época esclarecida é aquela em que os homens atingem sua maioria pela capacidade não só de pensarem autonomamente, mas também de não se deixarem manipular, respondo negativamente a pergunta. O status de *esclarecido* é estágio alcançável com dificuldade. Não estamos em uma época esclarecida, estamos, nas palavras de Kant, em “via de esclarecimento”.<sup>293</sup>

## 2.2. A TEORIA JURÍDICA NA OBRA DE EMMANUEL KANT: A PROPRIEDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NA COESÃO DO DIREITO

A problemática do fundamento da propriedade foi longamente discutida pelos teóricos do direito natural. Bobbio nos ensina que, de todas as teorias formuladas a esse respeito, podemos separá-las em duas grandes correntes: aquela que afirma que a propriedade é um direito natural, ou seja, um direito que nasce do estado de natureza, antes e independente do surgimento do Estado, e aquela que nega o direito de propriedade como direito natural,<sup>294</sup>

<sup>292</sup> MENEZES, Edimilson. *História e esperança em Kant*. Belo Horizonte: Letras, 2000. p. 131.

<sup>293</sup><sup>293</sup> LEITÃO, Andreza Barreto. *Sobre o estado de natureza e o estado civil: um diálogo entre Thomas Hobbes e Immanuel Kant*. Natal: FIDES, v. 1, n. 2, ago/dez, 2010. p. 6.

<sup>294</sup> Entre os teóricos representantes dessa segunda corrente estão Rousseau e Hobbes. Explica Bobbio que, para eles, "o estado civil representa uma transformação radical das relações humanas com relação ao estado de natureza, declaram que a propriedade individual, como direito de usufruir e de dispor das coisas com exclusão de qualquer outro, realiza-se somente no âmbito da constituição estatal e, portanto, é um direito positivo" (BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 166).

sustentando que o direito de propriedade nasce como consequência da constituição do estado civil.<sup>295</sup>

Kant, assim como Locke e Puffendorf, era partidário da primeira corrente, a qual sustenta ser o direito de propriedade um direito natural. Entretanto, um grande obstáculo precisava ser superado para que estes filósofos sustentassem essa tese, qual seja, solucionar a seguinte questão: Para os jusnaturalistas, antes do surgimento do Estado todas as coisas estavam numa situação comunitária, já que no estado de natureza originária não existia propriedade individual, sendo individual somente o *uso* das coisas. Nesse sentido, restava saber em quais circunstâncias e por quais motivos acontecera a passagem do estado primitivo sem propriedade para o estado sucessivo com propriedade.<sup>296</sup>

Hobbes respondeu a tal formulação afirmando que a propriedade nasceu somente através da constituição do Estado, sendo um *direito positivo*. Para aqueles que discordavam, como Locke e Kant, restava demonstrar como que a propriedade, ainda que não originária, tinha de fato surgido antes do Estado. Duas soluções foram dadas a esta problemática. A primeira tem fundamento no contratualismo, e a segunda, na teoria da propriedade como fruto do trabalho.

Puffendorf é um dos teóricos que explicou a fundamentação da propriedade como fato antes do Estado através do contratualismo. Partindo da ideia de que originalmente os homens viviam num estado de *comunhão negativa*, afirmou que "[...] a lei natural não tinha determinado que considerasse as coisas como propriedade, mas somente tinha inspirado os homens a introduzir uma divisão de bens através de convenções", concluindo então que o fundamento da propriedade privada era o *contrato*.<sup>297</sup> Nas palavras desse filósofo:

A propriedade das coisas é derivada imediatamente de uma convenção tácita ou expressa dos homens. Ainda que, uma vez colocada a concessão inicial divina, o homem fosse livre para ocupar todos os bens deste mundo, todavia *foi necessária uma convenção*, para que a ocupação ou a tomada de posse de uma coisa excluísse qualquer direito dos outros sobre a mesma coisa.<sup>298</sup>

Como se pode ver no trecho acima, os filósofos contratualistas sustentavam que os homens passaram da comunidade primitiva para o estado de propriedade através de convenções recíprocas "[...] com as quais cada um afirmava a própria soberania sobre uma

<sup>295</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 166.

<sup>296</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. P. 168.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

<sup>298</sup> BOBBIO, op. cit., p. 169, *apud* PUFFENDORF. *Principi di diritto naturale*. Turim: Paravia. p. 139.

coisa, excluindo os outros, que prometiam respeito com relação a isso".<sup>299</sup> Criou-se, então, uma categoria jurídica intermediária entre o direito natural e o direito positivo, a do direito natural *secundário ou derivado*, também chamado de *direito natural convencional*. Através desse instituto, os que apoiavam essa doutrina puderam sustentar a argumentação de que o direito de propriedade era um fato do direito natural convencional, ou seja, um direito *hipotético*.<sup>300</sup>

A segunda solução dada ao problema do fundamento da propriedade como direito natural foi a de Locke. Segundo o filósofo inglês o que fez o homem passar da comunidade primitiva para a propriedade individual foi o trabalho, sendo este título de aquisição da propriedade "um fato unilateral e verdadeiramente natural".<sup>301</sup>

Bobbio explica:

É por meio do próprio trabalho que o homem usufrui da terra, cultiva-a, deixa-a fértil e frutífera, numa palavra, lhe confere *valor*. É justo, portanto, que trabalhe uma determinada porção de terra comum e adquira o direito de usufruir dela com todos os benefícios relacionados, excluindo os outros do usufruto, o que de fato constitui a propriedade.<sup>302</sup>

A teoria da apropriação originária segue em Locke, como em Kant, o mesmo esquema racional, entretanto, não é correto afirmar que Kant se opõe ao contratualismo de Puffendorf, nem se filia totalmente à teoria da propriedade como fruto do trabalho.<sup>303</sup> Kant assume uma posição intermediária entre as duas correntes extremas. Sustenta o filósofo alemão, segundo Bobbio, que:

[...] a propriedade é um direito natural, isto é, que a aquisição jurídica de uma coisa se dá independentemente do Estado; mas sustenta, por outro lado, em conformidade à distinção já ilustrada entre o direito privado e o direito público, que a aquisição de uma coisa própria, no estado de natureza, é meramente *provisória*, e somente após a constituição do Estado torna-se *peremptória*. Com relação à passagem do estado de comunidade originária... para a propriedade individual, Kant não aceita nem a teoria do contrato nem a do trabalho, mas volta à teoria tradicional, que considerava a *ocupação* como título de aquisição originária da

<sup>299</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 168.

<sup>300</sup> *Ibidem*.

<sup>301</sup> *Ibidem*.

<sup>302</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 169.

<sup>303</sup> Bobbio explica três motivos principais que se pode extrair da filosofia de Kant que o põe numa posição de divergência em relação à teoria do trabalho de Locke. A primeira consiste no fato de que o que importa no direito sobre uma coisa é a posse da *substância* e não dos *acidentes* (na propriedade de terra, a substância é constituída pelo solo). A segunda é que o trabalho é somente um sinal externo da tomada de posse, existindo outros sinais equivalentes, como o de cercar uma área. E finalmente, o último fator de divergência de Kant está na observação de que quem trabalha no terreno de outro não adquire com isso um direito de propriedade sobre aquele terreno, não podendo, portanto, através do trabalho somente, um indivíduo obter a posse de uma propriedade. (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 172).

propriedade.<sup>304</sup>

Como depreende do trecho esposado, para Kant a aquisição de um objeto se dá através da ocupação. Assim, o momento da aquisição originária advinda da ocupação, para este filósofo, se subdivide em três fases: 1. A *apreensão*, que se afigura a primeira, constituindo o momento em que o homem pega para si um objeto que pertence a ninguém, 2. A *declaração*, que é a exteriorização da vontade de possuir aquele objeto como posse própria, coibindo a posse concomitante de outros, e 3. A *apropriação* propriamente dita, ou seja, “o acordo da minha vontade individual com a vontade extrema e universalmente legisladora, segundo a qual todos os outros são obrigados a estar de acordo com meu arbítrio”.<sup>305</sup>

Os primeiros dois momentos, quais sejam, o da apreensão e da declaração, são os *modos* de aquisição, o terceiro, a apropriação, constitui o verdadeiro *título* de aquisição, pois não é suficiente um ato unilateral de vontade para constituir um título jurídico, mas como o ato se perfaz perante todos, é necessário pressupor que o “[...] meu ato de vontade esteja de acordo com a vontade coletiva originária que Kant considera como a titular ideal da posse comum originária, em conformidade à lei universal das ações externas”, que disciplina a obrigação racional de cumprir o preceito de não lesar ninguém.

Heck ensina que “[...] assim como o *neminem laedere* (a proibição de lesar o próximo) não conhece exceção, a totalidade do gênero humano perfaz, em Kant, o titular de obrigações para com a propriedade alheia”. Ademais, por mais legítima que seja a *prima occupatio* não passa de um direito provisório à espera de um estado jurídico peremptório.<sup>306</sup>

Interessante é a posição que Heck traz em relação a relevância que Kant dá ao papel coercitivo do Estado nessa argumentação acerca da propriedade. Para este filósofo, “o Estado mantém suas raízes na propriedade, mas também com vistas à completude do instituto jurídico enquanto tal”.<sup>307</sup> Assim, Heck nos mostra que, ao invés de ter o Estado soberano frente à propriedade de um lado, e uma propriedade independente do Estado de outro, ocorre em Kant o cruzamento teórico entre a validade da propriedade e a validade do

<sup>304</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 169-170.

<sup>305</sup> *Ibidem*.

<sup>306</sup> HECK, José N. *Estado, propriedade e trabalho em I. Kant*. Belo Horizonte: Síntese - Rev. de Filosofia, v. 33, n. 107, 2006. p. 360. Bobbio explica claramente quando diz que: “É necessário então que ao meu ato unilateral de vontade, com o qual declaro querer possuir uma certa coisa, corresponda, com base na lei jurídica universal de vontade, uma autorização de todos os outros para possuir aquela coisa; e somente esse acordo entre a minha vontade e a coletiva constitui o momento final da ocupação, como título jurídico de aquisição de propriedade. É inútil acrescentar, também com respeito a isso, que a aquisição definitiva existe somente no Estado: enquanto perdurar o estado de natureza, a aquisição, ainda que tenha valor jurídica, é puramente provisória”. (BOBBIO, op. cit., p. 171)

<sup>307</sup> HECK, *Estado, propriedade e trabalho em I. Kant*, op. cit., p. 360.

Estado "cujo ponto de intersecção instala entre as duas grandezas jurídicas uma interdependência mútua e perene".<sup>308</sup>

Nessa senda, tem-se que Kant assume o preceito hobbesiano da justiça distributiva, qual seja, aquela que disciplina que há justiça distributiva quando títulos de propriedade, concedidos pelo ordenamento jurídico são amparados por força de lei. Kant prescreve obediência às leis do Estado e respeito para com o direito alheio positivado em lei. Assim, o caminho que leva a justiça é o mesmo caminho que sai do estado natural e entra no Estado de direito.<sup>309</sup> "O Estado que assegura o direito", doutrina Kersting, "é a justiça".<sup>310</sup>

A necessidade de sair do estado de natureza, em Kant, não está fundada na busca da autoconservação, tampouco provém da observação empírica dos conflitos entre os homens, mas é uma exigência racional *a priori*. "Esta exigência vincula-se ao postulado prático-jurídico que afirma a possibilidade de se ter algo como seu, pois se é juridicamente possível ter um objeto exterior como seu, então deve ser também permitido ao sujeito constranger todos os outros com os quais ele pode entrar em conflito".<sup>311</sup> Dessa forma Kant institui ao Estado o poder, fundamentado no princípio de direito privado, que autoriza o exercício da coerção para fazer com que os outros homens entrem juntos num estado civil que garanta a aquisição, tornando-a, como dito antes, peremptória.<sup>312</sup>

Esclarece Ricardo Terra:

[...] do direito privado no estado de natureza provém o postulado do direito público: *tu debes, em virtude da relação de uma coexistência inevitável com todos os outros, sair deste estado para entrar no estado jurídico, ou seja, naquele de justiça distributiva...* Ora, a exigência de garantir a cada um o seu, vem da preexistência da posse em relação ao estado civil; daí neste estado (no plano racional) não haver diferença quanto à forma das leis do meu e do teu em relação ao estado de natureza; a diferença consiste no fato de que no estado civil há um poder que garante a execução destas leis racionais.<sup>313</sup> (destacou-se)

Depreende-se deste trecho que, se no estado de natureza não houvesse, nem que provisoriamente um *meu* e *teu*, não haveria, conseqüentemente, nenhum dever de direito no tocante aos mesmos, e, portanto, também não seria dado o mandamento de se sair deste

<sup>308</sup> HECK, *Estado, propriedade e trabalho em I. Kant*, op. cit., p. 360.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> HECK, op. cit., p. 360 *apud* KERSTING. *Vernunftrecht, Gerechtigkeit und Rechtsverbindlichkeit bei Kant*. Porto Alegre, 2003, 10 (mimeo). Complementa Heck, muito claramente sobre a justiça e o Estado na doutrina kantiana de propriedade: "O sistema da justiça distributiva é, para Kant, o sistema do senhorio estatal que gera, por meio da legislação, dos tribunais e do poder executivo, um estado generalizado de segurança pública. Visto sob visor hobbesiano, a teoria kantiana de propriedade eleva a vontade geral unificada, validada pelo Estado, ao patamar de um fundamento teórico-jurídico consistente de propriedade". (HECK, op. cit., p. 361)

<sup>311</sup> TERRA, Ricardo Ribeiro. *A doutrina kantiana da propriedade*. Disponível em: <www.fflch.usp.br/discursos>. Acesso em: 10/dez/2011. p. 140

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> TERRA, op. cit., p. 141.

estado. Claro está que, "[...] a instituição do estado jurídico, do estado civil, está intimamente vinculada com a necessidade da garantia da propriedade".<sup>314</sup>

Por derradeiro, resta ressaltar dois aspectos, tendo em vista as condições de garantia da propriedade no estado civil: a completa realização do estado de direito e as relações pacíficas entre os estados.<sup>315</sup> Para Kant, a única constituição conforme o direito é a constituição republicana; "[...] esta é a única constituição permanente, onde a lei governa por si mesma e não depende de nenhuma pessoa particular, o fim último de todo direito público, o único estado no qual pode ser atribuído peremptoriamente a cada um o seu".<sup>316</sup> Enquanto não se realiza essa ideia, o direito permanece de certa forma, em estado provisório, dependendo de fatores arbitrários, sendo que apenas no estado absolutamente jurídico a propriedade e os direitos são completamente garantidos.

### 2.3. A JUSTIÇA COMO COERÇÃO

Depois de tratarmos<sup>317</sup> da definição que Kant dá ao direito,<sup>318</sup> seguimos com um aspecto fundamental de sua teoria do direito e da justiça, qual seja, a justiça como resultado da coerção. Para tanto, necessário se faz entendermos a problemática que se dá em relação à justiça kantiana.

O problema de Kant é o problema da justiça, ou seja, no mundo do *dever-ser*, qual seria o critério com base no qual se distinguiria o justo do injusto. Kant procura responder o que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça. Nas palavras de Bobbio, “[...] ao que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada justa”.<sup>319</sup>

Para isso, observa-se a definição de Kant para ação justa:

Uma ação é *justa* quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal.<sup>320</sup>

<sup>314</sup> TERRA, Ricardo Ribeiro. *A doutrina kantiana da propriedade*. Disponível em: <www.fflch.usp.br/discurso>. Acesso em: 10/dez/2011. p. 140

<sup>315</sup> *Ibidem*.

<sup>316</sup> TERRA, Ricardo Ribeiro. *A doutrina kantiana da propriedade*. Disponível em: <www.fflch.usp.br/discurso>. Acesso em: 10/dez/2011. p. 142.

<sup>317</sup> Tratamos da questão da definição do direito em Kant no Capítulo 2, à p. 66.

<sup>318</sup> Vide capítulo 2.

<sup>319</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 115.

<sup>320</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 116 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 407.

Deste trecho da *Fundamentação*, nota-se que o critério estabelecido pelo filósofo não versa sobre o conteúdo de uma lei, ou seja, se a ação é jurídica ou antijurídica conforme o direito existente, mas com o que é de fato uma *ação justa ou injusta*. E ainda propõe que uma ação é justa enquanto promove a *liberdade*. Nesse momento importante de sua obra Kant apresenta um *ideal de justiça* que Bobbio nomeia como *justiça como liberdade*.

321

Na história do pensamento jurídico, em especial no que toca a questão da justiça, várias teorias tentaram explicar a questão teleológica da função do direito. Dentre elas, temos: 1. A justiça como *ordem*, como Hobbes sugeria, e que surge do fato de considerar como fim último do direito a *paz social*. Assim o direito seria a resposta para o homem sair do estado de anarquia e guerra, realizando seu fim quando, através de um poder central capaz de emanar ordem a todos, é estabelecida uma ordem social. Essa teoria pretende tutelar o *direito à vida*. 2. A justiça como *igualdade*, derivando-se de Aristóteles, e para qual o fim do direito seria garantir a *igualdade*, seja nas relações entre indivíduos, ou entre esses e o Estado. Por fim, 3. A justiça como *liberdade*, que define a função teleológica do direito como a própria liberdade *externa*. Nessa teoria da justiça, a razão última pela qual os homens resolveram pactuar e viver em comunhão, constituindo o Estado, “é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não garantisse para cada um uma esfera de liberdade”.<sup>322</sup>

Kant teoriza a questão da justiça e a qualifica como tributária à *liberdade*, servindo como fundamento teórico do Estado liberal. “O conceito de liberdade próprio do Estado é o conceito de liberdade como não-impedimento”.<sup>323</sup> Assim sendo, a injustiça estaria em colocar obstáculos à liberdade. Como expressa Kant:

Se, portanto, a minha ação ou, em geral, o meu estado, pode estar de acordo com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal, *agirá de maneira injusta com relação a mim aquele que colocar obstáculos para mim*, porque esse obstáculo (essa oposição) ao pode subsistir com a liberdade, segundo as leis universais.<sup>324</sup>

Com pertinência Bobbio trata da temática, como segue:

Kant esforçou-se em reduzir a uma unidade o fundamento do direito, eliminado todos os direitos inatos, exceto um: a liberdade. Fazendo isso mostre que o direito

<sup>321</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 116 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 407.

<sup>322</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. op. cit., p. 118.

<sup>323</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. op. cit., p. 119.

<sup>324</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 119 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 407.

de liberdade é verdadeiramente a base sobre a qual entende montar todo o sistema.<sup>325</sup>

A problemática da coerção como expressão de justiça começa a partir desse ponto. Discute-se se a coerção deve ser considerada elemento essencial do conceito de direito, ou em outras palavras, se a norma aplicada e feita valer coercitivamente pode ser considerada norma jurídica.<sup>326</sup>

A coerção, na tradição do jusnaturalismo se dava entre a distinção do direito que pode ser aplicado através da força, o *ius perfectum* (direito perfeito), e o direito que não pode ser aplicado por meio da força, ou seja, no qual o uso da força seria legítimo, o *ius imperfectum* (direito imperfeito).<sup>327</sup>

Foi Cristiano Thomasius o primeiro a tirar da seara jurídica o direito imperfeito, definindo como verdadeiro somente o direito perfeito. Assim, para ele, se “os deveres jurídicos tem os dois caracteres de intersubjetividade e de exterioridade são, portanto, coercíveis”. Com Thomasius surgiu a diferenciação do direito e moral segundo o critério da presença da coerção, eis não são coercíveis os deveres morais.

Para Kant, a noção de direito está atrelada a questão da coerção e, ainda, essa idéia de coerção nasce da própria razão legisladora, “enquanto solução da dicotomia natural humana entre sensível e inteligível”.<sup>328</sup> Ocorre que da realidade fenomênica do homem, surge a necessidade da lei universal, “sobretudo por seu esta uma ponte, no âmbito moral, de realização da liberdade”.<sup>329</sup> Nesse sentido, enquanto para moral a lei universal representa a realização da justiça no âmbito da liberdade interna, no direito a lei universal representa a realização da justiça no âmbito da liberdade externa.<sup>330</sup>

Como a moral não é passível de coação, porquanto *dever interno*, Kant entende que ela não é *compatível* com o atributo de coação. Por outro lado, este filósofo

<sup>325</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 121.

<sup>326</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 122.

<sup>327</sup> Bobbio dá um exemplo: “É perfeito o direito que eu tenho frente a quem me prometeu algo (com base na norma jurídica fundamental *pacta sunt servanda*), é imperfeito o direito do pobre frente ao rico quando este tem com relação a ele o dever meramente moral e oferecer o supérfluo. Concluindo, segundo a tradição do jusnaturalismo, era perfeito somente o *direito coercível*, ou seja, exigível por meio da força”. (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 122.)

<sup>328</sup> FREIRE, Leonardo Olivera. *A fundamentação metafísica do direito na filosofia de Kant*. Disponível em: <[http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard oOF.pdf](http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard%20oOF.pdf)>. Acesso em: 13/jan/2012. p. 85.

<sup>329</sup> FREIRE, Leonardo Oliveira. *A fundamentação metafísica do direito na filosofia de Kant*. Disponível em: <[http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard oOF.pdf](http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard%20oOF.pdf)>. Acesso em: 13/jan/2012. p. 86.

<sup>330</sup> *Ibidem*. E continua o autor: “No sentido de que a lei universal deve ser pressuposto fundamental de qualquer ordenamento jurídico, Kant quer mostrar, que o direito não deve ser estabelecido como algo contingente, [...] determinado tempo ou lugar na história da humanidade. O direito é algo que ultrapassa o âmbito sensível, sendo neste sentido *metafísico*”.

entende que direito e coação são compatíveis, pois o direito se preocupa com o *dever externo*<sup>331</sup> e atribui aos dois institutos uma inter-relação. Assim, a coação, para o filósofo alemão, é necessário para o cumprimento do dever jurídico. Vemos isso claramente nesse trecho de sua obra:

O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um de conformar-se à lei; mas, para determinar a vontade de obedecer a essa lei *não deve e não se pode*, se o direito deve ser puro, *invocar essa consciência como um impulso; esse direito apóia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coação externa* que possa coexistir com a liberdade de cada um segundo leis gerais.<sup>332</sup>

Desse princípio se extrai que, para o alemão, direito e faculdade de agir significam a mesma coisa. Importante notar que a coação é o elemento que Kant usa para diferenciar direito de moral, visto que se aplica ao primeiro e não ao segundo.

Bobbio sintetiza esse pensamento de Kant, na seguinte análise:

[...] Consequentemente, é possível dizer que ao meu dever externo jurídico corresponde, no outro, um direito de me obrigar a cumprir (o que não aconteceria, se meu dever fosse apenas interno e moral) e que o dever é jurídico quando surge no outro a faculdade de me obrigar, fato que consiste o aspecto correlacionado e oposto ao dever jurídico, ou seja, o direito subjetivo. [...] <sup>333</sup>

O problema que se põe, à essa altura é: como é possível falar no direito como um aspecto teleológico da liberdade se ao mesmo tempo Kant o liga necessariamente à coação? A resposta de Kant é simples. Ele cria o argumento da *violência permitida*. Explicaremos.

A coação é concebida como uma reação de grandeza inversamente proporcional à ação,<sup>334</sup> ou seja, se um ato x causa um dano x ao sujeito prejudicado, uma reação x será imposta para o agente transgressor. Nesse sentido, a coação, “enquanto ato coativo legítimo, legitima-se pelo limite recíproco dos seres racionais de coexistirem

<sup>331</sup> Flamarion Tavares Leite analisa a situação, e a apresenta da seguinte forma: “O fato de ser o dever jurídico externo faz com que ele se desdobre em dois sentidos, sob os quais deve ser considerado: Primeiro: não implica uma ação pelo dever, mas apenas conforme o dever. Segundo: implica uma ação pela qual somos responsáveis frente aos outros. Esse último sentido demanda algumas considerações, haja vista que a responsabilidade para Kant parece conduzir a duas formas: a) a responsabilidade moral, que remete ao interior da consciência pessoal, e b) a responsabilidade jurídica, cujo sentido está afeto ao primado da legalidade, que se manifesta no constrangimento (coação) e caracteriza a objetividade.” (LEITE, Flamarion Tavares. *10 Lições sobre Kant*. Petrópolis: Editora vozes, 2007. p. 103).

<sup>332</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 124 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 408-409.

<sup>333</sup> *Ibidem*.

<sup>334</sup> HECK, José N. Direito racional e filosofia política em Kant. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. HECK, José N. Estado, propriedade e trabalho em I. Kant. Belo Horizonte: Síntese - Rev. de Filosofia, v. 33, n. 107, 2006. p. 64.

livremente. Assim, o fundamento da coerção é o próprio princípio de que o limite da liberdade de cada um deve ser estabelecido com relação a todas as ações semelhantes”.<sup>335</sup>

Assim, a coerção quando contraposta ao estado de liberdade inerente ao homem, segundo Kant, será concebida como um *ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não liberdade de outro*, e, portanto, nota-se que dessa negação da negação o resultado é uma afirmação. A coerção nada mais é que um ato *restaurador* de liberdade, sendo necessária para a conservação da liberdade.

Kant apresenta um fundamento metafísico para o uso dessa violência legitimada do Estado, na medida em que, a força, para ele, “se estabelece como monopólio da razão, no sentido de que sua aplicação ocorre apenas para fins inteligíveis, ou seja, aquele que agir contra lei deve ser coagido racionalmente”.<sup>336</sup>

Malgrado afirme que “a todo direito em sentido *estrito (ius strictum)* está ligada a faculdade de coagir”<sup>337</sup>, Kant admite duas situações peculiares em que o direito se desvincula a idéia de coação: a *equidade* e o *estado de necessidade*. A primeira confere a situação onde existe um *direito sem coerção*, e a segunda exprime uma situação onde há *coerção sem direito*.

Por equidade entende-se “a justiça do caso concreto, ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas a adequação à natureza mesma do caso particular”,<sup>338</sup> que por vezes apresenta uma solução justa (segundo a lei positiva), porém não equânime, e a solução equânime não é justa. Como exemplo de *equidade*, Kant ilustra a sua argumentação com o caso de um servo a quem foi pago o salário anual em moeda que desvalorizou durante esse interstício, sendo-lhe impossível adquirir, à época do pagamento, o que poderia ter comprado no início do contrato.

Nessa situação a solução justa seria o servo ser pago na quantia estabelecida no contrato, cumprindo-se o dever legal de honrar com o estabelecido (*pacta sunt servanda*). Mas essa solução, apesar de justa, não obedece ao atributo da equidade, pois o servo é defraudado por causa de um evento (a desvalorização da moeda) que não é imputável a ele. Nesse caso hipotético concorre “um direito segundo a justiça [...] e um direito segundo a equidade”, que é receber não a *quantia*, mas o respectivo *valor*.

<sup>335</sup> FREIRE, Leonardo Olivera. A fundamentação metafísica do direito na filosofia de Kant. Disponível em: < [http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard oOF.pdf](http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/Leonard%20oOF.pdf) >. Acesso em: 13/jan/2012. p. 87.

<sup>336</sup> FREIRE, Leonardo Oliveira, op. cit., p. 88.

<sup>337</sup> LEITE, Flamarion Tavares. *10 Lições sobre Kant*. Petrópolis: Editora vozes, 2007. p. 105.

<sup>338</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 128.

Bobbio responde a solução que Kant dá ao caso:

Segundo Kant, não há dúvida: deve prevalecer o primeiro; mas então é claro que o servo tem um direito (com base na equidade) que não pode ser aplicado de maneira coativa, ou seja, tem um direito sem coação. Kant não admite um *tribunal da equidade*, ou seja, um tribunal que julgue não com base nas leis gerais e abstratas, mas caso por caso.<sup>339</sup>

Kant justifica essa situação afirmando que o lema da equidade é “o direito mais estrito constitui a maior injustiça” (*summum ius, summa iniuria*).

O caso em que o direito se desvincula da coação é o *estado de necessidade*, que é definido por Kant como *a violência permitida contra alguém*. Em suas próprias palavras, “este pretendo direito seria a autorização, que eu teria no caso de perigo de perda da minha vida, de tirar a vida a um outro que não fez mal algum contra mim”.<sup>340</sup>

Kant dá um único exemplo para ilustrar o estado de necessidade, e este é a ocasião de um naufrago. Para sobreviver, um impede o outro de apanhar a tábua que seria o salva-vidas. Como estado de necessidade, o ato continua sendo antijurídico (matar alguém) e culpável, mas se exclui a punibilidade do caso.

Essas duas situações anômalas da teoria do direito e da justiça em Kant configuram o que ele intitula como *ius aequivocum*. O filósofo alemão distinguindo os dois casos, destaca que no primeiro caso “o que cada um por si mesmo, com bons motivos, reconhece como justo, pode não encontrar confirmação frente a um tribunal”, e quanto ao segundo, “o que ele mesmo deve julgar como injusto pode obter indulgência e absolvição deste”.<sup>341</sup> Bobbio complementa dizendo que, no primeiro caso “uma pessoa *tem razão e não lhe é dada*”, e no segundo “uma pessoa *não a tem e lhe é dada*”.<sup>342</sup>

Por derradeiro cumpre destacar que Kant desenvolve a idéia de igualdade da ação e reação como condição básica que sustenta todo o sistema jurídico, cuja essência está no próprio contrato social, como veremos no capítulo que se segue.

#### 2.4. A JUSTIÇA POLÍTICA E CONTRATUALISMO

A doutrina jurídica de Kant concretiza a tese política na forma contratual, como veremos. Kant traça o problema da autoridade política “[...] por meio de considerações

<sup>339</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 129.

<sup>340</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 124 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 412.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> *Ibidem*.

elementares sobre aspectos básicos da razão humana e da liberdade de agir”, mostrando, com isso, que somente sob o regime da idéia de um contrato social é que se pode dizer que uma vontade livre tem a genuína possibilidade de fazer aquisições jurídicas consistentes.<sup>343</sup> Assim, tem-se que a idéia de um contrato, em Kant, é posta como *condição fundamental da possibilidade de ações livres*.<sup>344</sup>

Ao tratar da justiça política kantiana, Heck inicia sua dissertação com a seguinte colocação: “A proposta kantiana de justiça política está vigorosamente bloqueada contra a interferência da república rousseauiana do bem ético”.<sup>345</sup> Primeira nuance a se pensar é que, não há retorno a Kant que não seja pelo menos em parte, um retorno a Rousseau, como explica Reale.<sup>346</sup>

Nas palavras do mestre Heck:

Como não há uma definição conteúdista de bem para satisfazer a demanda das comunidades humanas, o contratualismo universalista de Kant não assume o bem como critério estatal nem no plano da fundamentação nem na esfera operacional. “Esta é a razão”, argumenta Kersting, “por que Kant honra o tipo de cidadão contra o qual Rousseau concebe a sua república (...) ou seja, o tipo de indivíduo liberal, com interesses próprios, que examina as leis para averiguar quanto e como incidem sobre a realização de seus propósitos”.<sup>347</sup>

Além de Rousseau, justiça política kantiana esbarra no sistema de justiça distributiva idealizado por Hobbes, o qual elimina a violência das relações humanas. Acrescenta Heck que, depois do filósofo inglês, “ninguém levou em conta de maneira tão realista e conseqüente quanto Kant o papel pacificador do Estado no âmbito das ciências normativas”.<sup>348</sup> Apesar de Hobbes atribuir extrema relevância à autopreservação, enquanto Kant dá preferência à força e forma do direito, a lógica da paz atribuída por Kant ao Estado continua consistente.<sup>349</sup> A diferença entre essas duas vertentes doutrinárias, explica Heck,

<sup>343</sup> HECK, José N. *Direito racional e filosofia política em Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. p. 58.

<sup>344</sup> E continua Heck: “A idéia de obrigação contratual – não sua realidade histórica – é exposta em Kant como pressuposto necessário para a atividade prática da razão, na medida em que a razão é habilitada a ordenar conjuntamente os domínios do direito. (HECK, op. cit., p. 58).

<sup>345</sup> HECK, José N. *Direito racional e filosofia política em Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. p. 62.

<sup>346</sup> REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2 ed., 1972. p. 24.

<sup>347</sup> HECK, op. cit., p. 62.

<sup>348</sup> HECK, José N. *Direito racional e filosofia política em Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. p. 63.

<sup>349</sup> *Ibidem*.

tem, por um lado, relação com o “jusnaturalismo de feição hobbesiana e, por outro, com a concepção de direito racional em acepção kantiana”.<sup>350</sup>

Explica o professor:

Enquanto no estado de natureza do teórico político inglês tudo gira em torno do risco iminente da morte, Kant não chega a conceber o *status naturae* (*status iustitiae vacuus*), vale dizer, como um estado carente de determinação em decorrência do caráter *a priori* do direito privado. Cotejado com a moderna tradição contratualista, o contratualismo kantiano assume uma posição antivoluntarista (...) na medida em que o filósofo do direito substitui o paradigma instrumental do contrato político pela concepção de uma obrigatoriedade oriunda da razão prática, o contratualismo fica despidido de sua tipicidade civilista e passa a figurar como um contrato de espécie peculiar, distinto basicamente de todos os outros.<sup>351</sup>

O tema do contrato é central na doutrina kantiana dos direitos pessoais,<sup>352</sup> sobretudo porque, para Kant, da mesma forma que a aquisição de um direito real se dá por um fato unilateral independente do homem, a aquisição de um direito pessoal só pode acontecer através da ação de outro, em outras palavras, através de um *pacto*.<sup>353</sup>

Ensina Bobbio que, para o filósofo alemão, a aquisição de um direito pessoal é sempre uma *aquisição derivada*, porquanto não admite ser estabelecido por uma aquisição originária. O ato pelo qual se realiza essa aquisição derivada dos direitos pessoais é a *transmissão* que Kant caracteriza dessa maneira:

A transmissão é possível somente por meio de uma *vontade comum*, através da qual o objeto está sempre em poder de um ou de outro: assim, quando um renuncia à sua parte dessa comunidade, o outro, aceitando o objeto (mas um ato positivo do seu arbítrio), o deixa como seu.<sup>354</sup>

Depreende-se desse trecho que, para Kant, a *vontade comum* é condição indispensável para o cumprimento de uma aquisição derivada. E cumpre ainda ressaltar que, assim como a posse jurídica não é física, mas inteligível, também a relação entre dois indivíduos é uma relação inteligível, ou seja, “deriva das condições da própria validade, não

<sup>350</sup> HECK, José N. *Direito racional e filosofia política em Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. p. 63.

<sup>351</sup> Kant escreve: “Entre todos os contratos pelos quais uma multidão se religa numa sociedade (*pactum sociale*), o contrato que entre eles estabelece uma *constituição civil* (*pactum unionis civilis*) é de uma espécie tão peculiar que, embora tenha muito em comum, quanto à *execução*, com todos os outros (que visam a obtenção em comum de qualquer outro fim) se distingue, no entanto, essencialmente de todos os outros no princípio de sua instituição (*constitutionis civilis*). (HECK, *Direito racional e filosofia política em Kant*, op. cit., p. 63 *apud* KANT, Emmanuel).

<sup>352</sup> Segundo Bobbio, por direito natural, Kant entende como a *posse do arbítrio de um outro*, sempre respeitando a máxima fundamental que rege a vida do direito, segundo a qual o meu arbítrio deve estar de acordo com o arbítrio do outro segundo uma lei universal. (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 173).

<sup>353</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 173.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

do fato empírico do acordo das vontades, mas da dedução da vontade legisladora universal”.

355

Sobre a temática do contratualismo, imprescindível discutir acerca da passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil em Kant que se põe como a problemática da historicidade do *contrato originário*.<sup>356</sup> Depois, finalizaremos a discussão proposta tratando da teoria do contrato originário kantiano.

Kant filia-se a teoria do jusnaturalismo que explica que a passagem do estado de natureza para o estado civil não admite eliminação total do estado de natureza, mas pretende a sua *conservação*, sendo “o estado civil aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação”, conforme proposto por Locke.<sup>357</sup> Esta vertente trabalha com uma posição racional *moderada*, sendo esta própria à concepção liberal do Estado.

Assim, “o estado civil”, diz Bobbio, “nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação”. E acrescenta que “o direito estatal e o natural não estão numa relação de antítese, mas de *integração*”.<sup>358</sup> Nesse sentido, quando Kant diz que o estado de natureza é provisório, e o estado civil é o peremptório, nos induz a entender que, para ele, essa mudança é de ordem *formal*.<sup>359</sup>

Bobbio delinea a problemática em poucas palavras, que seguem:

A tese de Kant é que, sendo o estado de natureza provisório, é um estado que deve necessariamente cessar: em outras palavras, está implícita na sua própria natureza de estado provisório a necessidade de transformação.<sup>360</sup>

Nas palavras do próprio filósofo racional alemão:

Conseqüentemente, a primeira coisa que devemos admitir, se não queremos renunciar a todo conceito de direito, é a proposição fundamental: *o homem deve sair do estado de natureza*, no qual cada um segue os caprichos da própria fantasia,

<sup>355</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 176.

<sup>356</sup> Expõe sabiamente Heck: “O designativo “contrato originário”, usado por Kant, assinala o estatuto eminentemente racional do contrato. Originário não equivale a primordial ou a primitivo. Primordial e originário estão um para o outro como empírico e racional. O que chega dos primórdios está marcado pelo tempo, fixa o início imemorial de uma seqüência histórica, ao passo que o originário indica a base e contempla razões. O que é originário não narra uma história, mas traz um argumento. Desde Kant, boa parte das objeções contra o contratualismo acerta no vazio, uma vez que o contrato social não rememora o atemporal, mas sinaliza o fundamento da origem”. (HECK, José N. *Direito racional e filosofia política em Kant*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012. p. 64).

<sup>357</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 191.

<sup>358</sup> *Ibidem*.

<sup>359</sup> *Ibidem*. Explica Bobbio: “Seria possível dizer que, após a constituição do estado civil, o direito torna-se *formalmente público*, ainda que continue sendo substancialmente privado, ou seja, natural”.

<sup>360</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 194.

e *unir-se a todos os outros* (com os quais ele não pode evitar de se encontrar em relação recíproca) submetendo-se a uma coação externa *publicamente legal* (...), ou seja, que cada um *deve*, antes de nada mais, *entrar num estado civil*.<sup>361</sup>

Depreende-se do trecho que, em Kant, essa passagem para o Estado civil não se dá por necessidade, mas por uma exigência moral, e chama esse dever de constituir o Estado de *postulado do direito público*.<sup>362</sup>

“O conteúdo desse postulado do direito público”, diz Bobbio, “permite indicar uma clara diferença entre Kant e os outros jusnaturalistas”.<sup>363</sup> Kant filia-se a concepção de Locke no que diz respeito à solução do problema da relação entre direito natural e direito positivo. Entretanto, o filósofo alemão se distancia da doutrina lockeana pelo fato de Locke afirmar que a passagem do estado de natureza para o estado civil acontece por motivos de *utilidade* e, portanto, “segundo um cálculo interessado (o estado de natureza sendo considerado de fato como um estado incômodo e prejudicial)”.<sup>364</sup> Kant discorda desse ponto da teoria lockeana, sendo que para ele, essa mesma passagem deve ser realizada para *obedecer a uma lei moral*. “Os outros jusnaturalistas”, completa Bobbio, “evidenciavam especialmente as desvantagens do estado de natureza”,<sup>365</sup> mas Kant, ao revés, considera o estado de natureza essencialmente como um estado injusto.

Vemos isso claramente nas palavras do próprio filósofo alemão, em uma de suas pequenas obras, intitulada *Sobre o dito comum*:

A união de muitos para qualquer fim comum (...) é encontrada em qualquer pacto social: mas *uma união que seja fim em si mesma* (fim que cada um *deve ter*) e que portanto constitua o primeiro *dever incondicional* de qualquer relação externa dos homens em geral (...) é encontrada somente numa sociedade que esteja no estado civil, ou seja, a ponto de constituir-se em um corpo comum. O fim que em tal relação externa é *dever em si*, e é também a suprema *condição formal* (...) *de todos os outros deveres externos*, é o direito dos homens a se constituírem sob o império de *leis públicas coercitivas*, segundo as quais possa ser reconhecido para cada um o seu e cada um possa ser garantido contra qualquer atentado por parte dos outros.<sup>366</sup>

Vê-se que o fato de entrar no estado civil para que a própria liberdade possa coexistir com a liberdade dos demais homens, em Kant, é um *dever moral*, “uma vez que é a

<sup>361</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 194.

<sup>362</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 195.

<sup>363</sup> *Ibidem*.

<sup>364</sup> *Ibidem*.

<sup>365</sup> *Ibidem*.

<sup>366</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 197 *apud* KANT, Emmanuel. *Sobre o dito comum*, p. 253.

ação que visa a não satisfazer interesses ou evitar prejuízos, mas alcançar um estado de justiça que suprime o estado de natureza, injusto e imoral”.<sup>367</sup>

Kant, ao assumir a doutrina contratualista, revela suas ligações com o jusnaturalismo tradicional, “uma vez que usa todos os instrumentos conceituais dos jusnaturalistas para a constituição do Estado, ainda que operando uma transvalidação dos mesmos num sistema racional”.<sup>368</sup> Essa transvalidação ocorre, pois, segundo Kant, o contrato não é um fato histórico, mas uma *idéia da razão*, ou seja, um princípio ideal que deve servir para a justificação racional do Estado.

Bobbio explica:

Kant não acredita no mito do contrato social efetivamente estipulado entre os homens para dar origem ao Estado: o contrato originário é para ele pura e simplesmente um ideal do qual se deve tirar a justificação da passagem do estado natural para o estado civil.<sup>369</sup>

Ainda, nas palavras do próprio Kant:

[...] Esse contrato é, pelo contrário, uma simples *idéia da razão*, mas que tem sem dúvida a sua realidade (própria): ou seja, a sua realidade consiste em obrigar cada legislador a fazer leis *como se estas precisassem derivar da vontade comum de todo um povo* e em considerar cada súdito, uma vez que quer ser cidadão, *como se ele tivesse dado o seu consentimento para uma tal vontade*.<sup>370</sup>

Essa transformação da doutrina tradicional, em Kant, significa, em outras palavras, que o Estado não é *de fato* fundamentado no consenso, mas *deve* estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha se originado da força. “O consenso é”, segundo Bobbio, “um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, *vale independentemente da experiência*”.<sup>371</sup>

---

<sup>367</sup>.E Bobbio ainda afirma que o fato de o dever de constituir o Estado seja um dever moral, não quer dizer que não possa ser também um dever jurídico, nas suas palavras: “Quando assumo a responsabilidade de impor um dever moral através da força, sei antecipadamente que aqueles que irão adequar-se à lei, não segundo o respeito ao dever, mas somente porque obrigados, realizarão uma ação que não é mais moral, mas somente legal. Uma vez que no estado natural de injustiça surge um direito a obrigar os outros a entrar no estado civil, para aqueles que se submeterem à minha coerção não porque intimamente convencidos da bondade absoluta da ação, mas somente cedendo frente à força, o dever de entrar no estado civil não é um dever moral, mas somente legal”. (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 197).

<sup>368</sup> *Ibidem*.

<sup>369</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 197 p. 198-199.

<sup>370</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 200 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* p. 262.

<sup>371</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 200.

A questão de os jusnaturalistas antes de Kant considerarem o estado de natureza como um fato histórico é debate antigo e se liga à dúvida se esses mesmos jusnaturalistas teriam considerado que o estado de natureza existira historicamente. Em síntese, pois não é o nosso foco, acreditamos que os jusnaturalistas antes de Kant não eram tão ingênuos para pensarem de tal maneira. Hobbes, por exemplo, elaborou sua teoria sobre a origem da sociedade considerando a existência de dois estados de natureza: o estado natural puro, sendo aquele no qual aconteceria o *bellum omnium contra omnes*, e o estado de natureza limitado, que é aquele estado de natureza que subsiste de maneira limitada com relação a certas relações e certas situações, *e.g.*, aquele “entre *gentes* numa sociedade primitiva ou entre estados soberanos na comunidade internacional, ou também provisória e acidentalmente entre simples indivíduos que um naufrago jogue numa ilha deserta”.<sup>372</sup> Tem-se que, em Hobbes, somente este segundo estado de natureza é um fato histórico.

“Não há dúvidas”, conclui Bobbio, “que os jusnaturalistas mais conscientes, quando falavam de um estado de natureza como estado histórico, (...) se referiam àquele que era possível consideram nas relações de um certo *número de homens* entre si”.<sup>373</sup>

Agora, a solução que os jusnaturalistas davam ao problema da existência histórica do contrato social não é tão clara assim. Teoricamente, ao concluírem por excluir a historicidade do estado de natureza, conseqüentemente se torna impossível pensar o contrato social como algo histórico. O único filósofo que considera o contrato social como historicamente acontecido é Locke, argumentando que “a constituição dos Estados é geralmente tão antiga que não conserva marca alguma da origem”, e contextualiza ao dizer que “todos podem observar o exemplifica dos estados fundados nas colônias (Locke considerava especialmente as colônias inglesas da América do Norte) cuja origem deve-se a um verdadeiro pacto entre os colonos”.<sup>374</sup>

Essa questão vista sob o prisma rousseauiano é um pouco mais complexa, porque a teoria do Estado de Rousseau não é linear como a de Locke. Bobbio explica Rousseau da seguinte forma:

Segundo Gierke, é possível admitir que Rousseau considerasse o contrato social como um fato histórico, mas, diferentemente de Locke, pensava igualmente que até então, ou seja, até o estado atual da humanidade, não houvesse sido realizado em nenhuma sociedade. O estado atual era o estado de corrupção que se seguiu à degeneração do estado de natureza primitivo. A única maneira que via para sair do

<sup>372</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 197. p. 201.

<sup>373</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 197. p. 202.

<sup>374</sup> BOBBIO, op. cit., 203, *apud* LOCKE, John. *Segundo Tratado*, capítulo VIII.

estado de corrupção era o estabelecimento de uma sociedade fundamentada no contrato, assim como o havia concebido.<sup>375</sup>

Kant afirma que o contrato social é uma idéia pura da razão, opondo-se portanto, tanto a Locke quanto a Rousseau contra Locke. Kant acredita que qualquer Estado que se adere ao ideal do consenso, ou seja, “qualquer Estado no qual emanam dos governantes somente aquelas leis que estão em conformidade com o espírito público”, é realmente um Estado de que inspira na idéia do contrato originário.<sup>376</sup>

“Entende-se que Kant”, doutrina Bobbio, “transfigurando o contrato social de fato histórico para ideal de razão, acabava eliminado da idéia do contratualismo qualquer força revolucionária”. A qualidade de histórico significava em Locke o critério de distinção entre um Estado legítimo e um ilegítimo, sendo somente legítimo o Estado que estivesse firmado num contrato. Isso implica diretamente na questão do direito de resistência.

Segundo Kant, uma vez que o contrato não é um fato histórico, era excluído, conseqüentemente, “qualquer critério de fato para provar a legitimidade ou não de um Estado, sendo [...] afastada do povo uma potente arma de crítica e de reforma da constituição”.<sup>377</sup> Acrescente-se que o que legitima o poder, para o filósofo alemão, não é o fato de derivar ou não de um contrato, mas de estar em conformidade com a idéia pura do contrato originário. Como podemos ver a seguir, em um trecho de sua obra:

A origem do poder superior é para o povo, que lhe está submetido do ponto de vista prático, *imperscrutável*, ou seja, o súdito não deve *especular sutilmente sobre essa origem*, como se a considerasse de direito duvidoso com relação à obediência que lhe é devida.<sup>378</sup>

Podemos afirmar que Kant é o último grande escritos do contratualismo, pois, levando ao extremo as conseqüências do processo racionalizador da idéia do contratualismo que tinha se iniciado com o Iluminismo, ele o esvazia de qualquer conteúdo positivo e qualquer força prática.<sup>379</sup>

<sup>375</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 203.

<sup>376</sup> Bobbio ainda explica que Kant considera essa hipótese ainda que de fato o contrato social não tenha nunca existido. E complementa da seguinte forma: “contra Rousseau, ele nega que o consenso esteja na base somente do Estado futuro, que deverá ser instaurado através da efetiva estipulação de um contrato social, mas admite que este é o fundamento possível de qualquer Estado cujos governantes administrem a coisa pública segundo a razão, independentemente do fato de que o consenso dos cidadãos seja expressamente manifestado”. (BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 204).

<sup>377</sup> BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, op. cit., p. 204.

<sup>378</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 205 *apud* KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 505.

<sup>379</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. p. 207.

### 3. KANT COMO PASSAGEM PARA O JUSNATURALISMO: A QUESTÃO DA INFLUÊNCIA SOBRE KELSEN

As contribuições que Kant sofreu para elaborar sua teoria foram muitas. Trataremos nesse capítulo tanto das influências sobre Kant quanto das influências que Kant exerceu no positivismo de Kelsen, principalmente através nos neokantianos. Admitimos desde já, portanto, que Kant, ao se aproximar do positivismo, deixou marcas na teoria juspositivista de Kelsen.

Como discípulo de Kant, Kelsen se utiliza da metodologia do dualismo kantiano entre o *ser e o dever ser*. Em Kant, esse dualismo é acentuado no homem, “[...] em que a razão é pertencente ao mundo do inteligível e sua animalidade, ao sensível”.<sup>380</sup> Nessa senda, segundo o filósofo de Koenigsberg, a razão humana distingue-se quanto a seu uso e quanto a sua finalidade. Existe uma razão teórica que se preocupa com o *conhecer* e também uma razão prática cuja função é trabalhar com o conceito de *vontade*, o agir humano.<sup>381</sup> É na *Crítica da Razão Prática* (1994) que Kant deixa claro a completa dependência da razão teórica em relação à experiência, “[...] uma vez que a razão pura não alcança a realidade, ou seja, não formula juízos *sintéticos a priori*”.<sup>382</sup>

Surge, então, a questão de como seria possível a formulação de leis morais. “Kant [...]”, explica Salgado, “[...] retira completamente do mundo da experiência a criação das leis morais; ou seja, somente quando a razão não sofra nenhuma interferência do mundo sensível, será possível a formulação das leis morais”.<sup>383</sup> Dessa forma, Kant afirma que a razão tem caráter de autonomia e liberdade, sendo vinculada apenas por uma vontade racional, porque somente assim se excluiria o determinismo na criação da lei moral.

Leciona Salgado:

[...] o dever-ser subjutivo pode ser formado como dever-ser universal, já que, sendo todos os homens racionais e a vontade também sendo puramente racional, a lei criada por essa vontade será uma lei moral puramente racional. Pode então ser erigida por todos os seres humanos, na medida em que todos são racionais.<sup>384</sup>

Na *Crítica da Razão Pura* (1994) Kant explica como a razão teórica consegue obter conhecimento. “Essa razão”, esclarece Salgado, “[...] vincula-se ao mundo da

<sup>380</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/096343358.pdf>>. Acesso em 23/mai/2012. p. 349.

<sup>381</sup> *Ibidem*

<sup>382</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*, op. cit., p. 349.

<sup>383</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*, op. cit., p. 347.

<sup>384</sup> *Ibidem*.

natureza e carece da sensibilidade para formular juízos sintéticos que trazem a verdade do real, que somente se dá por meio da experiência”.<sup>385</sup>

Kelsen parte desse dualismo de Kant para tentar comprovar que existe uma Ciência do Direito e, para tal, inicia sua teoria buscando definir o objeto de estudo dessa nova Ciência. Kelsen começa seus estudos classificando as ciências em *explicativas*, cujo objeto é as leis da natureza, e *normativas* que se preocupam com as normas. Explica Salgado:

As ciências explicativas têm finalidade teórica- conhecer- e não admitem exceções. Apresentam a característica da causalidade: ocorrendo o fato A, necessariamente ocorre a consequência B, traduzindo uma relação de causa e efeito. As normativas caracterizam-se pelo dever-ser, admitindo exceções às suas consequências, e tem finalidade prática. A norma traz consigo uma relação de obrigatoriedade, graças à imputabilidade: ocorrendo um fato A, deve ocorrer a consequência B.<sup>386</sup>

Segundo Kelsen, “[...] na proposição hipotética condicional da lei da natureza, dir-se-ia “tem de ser”, e na proposição normativa, “deve ser”.<sup>387</sup> Assim, a Ciência do Direito só poder ser uma ciência normativa, não apresentando relação de causa e efeito.

Diferentemente de Kant, Kelsen rejeita a liberdade como fundamento do direito e ainda afirma o contrário, dizendo que “[...] o direito pode existir porque a conduta do homem é determinável por uma sanção coercitiva”,<sup>388</sup> elimina o autor, portanto, qualquer possibilidade de direito natural na Ciência do Direito.

Assim, a Ciência do Direito, na visão kelseniana, fica restrita ao positivismo. “Isso quer dizer que”, explica Salgado “o único objeto cabível seria o sistema de normas jurídicas positivas, isto é, postas por um ato de vontade e dotadas de coercitividade”.<sup>389</sup> A aproximação com Kant, nesse ponto, se dá na medida em que Kelsen afirma que o valor decorrer da norma, sendo que para ele a ordem normativa não é, ao contrário do que pensa Kant, fundada em um valor transcendental, mas em uma *norma fundamental*.

Nas palavras de Alexandre Gomes:

A crítica oposta pela Axiologia moderna à Filosofia prática kantiana caberia ser endereçada a Kelsen, para quem o valor decorre da norma, não estando a norma fundada num valor transcendental *a priori* como em Kant. Em Kant os valores decorrer da lei moral, mas a lei moral decorre de um valor hierarquicamente

<sup>385</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/096343358.pdf>>. Acesso em 23/mai/2012. p. 349.

<sup>386</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*, op. cit., p. 350.

<sup>387</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 80.

<sup>388</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Kant e Kelsen*. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/096343358.pdf>>. Acesso em 23/mai/2012. p. 351.

<sup>389</sup> *Ibidem*.

superior (liberdade); em Kelsen, igualmente, os valores decorrem das normas, mas não há [...] um valor superior que fundamente essa norma.<sup>390</sup>

Nas palavras de Heck:

A função de validade da *Groundnorm* (norma fundamental) kelseniana é fundamental, como norma pensada, o processo silogístico cuja premissa maior é a postulação de uma norma *considerada* objetivamente válida, em virtude da qual deve-se obedecer aos atos subjetivos emitidos pela vontade de alguém; e cuja premissa menor é a afirmação do fato de que esse alguém *ordenou* que a conduta deve ser levada a cabo dessa ou daquela maneira, sendo conclusiva a afirmação de que a norma emitida é válida, isto é, o comportamento tem de ser determinada maneira.<sup>391</sup>

Kelsen foi influenciado, sobretudo, pelo formalismo kantiano, sendo inclusive defensor do retorno ao formalismo de Kant, “[...] levando-o a consequências ausente em Kant: qualquer conteúdo pode ser conteúdo de uma ordem jurídica”.<sup>392</sup> Assim, observamos que o fundamento da validade do Direito que em Kant era ético (material e transcendental), assume em Kelsen um caráter formal, separado da moral e desconsiderando a existência de um direito natural.

Travessoni destaca uma importante distinção entre Kant e Kelsen no que tange à questão da moral. Em suas palavras:

Há, entretanto, uma diferença fundamental entre ambos, decorrente do grau da crise da moralidade ocidental vivenciada por cada um. Kant produz sua Filosofia prática já se deparando com as morais heterônomas, que procurou refutar com uma Ética objetiva (universal). A crise da moralidade que enfrentou Kant se agravou com o subjetivismo e o utilitarismo no século XIX; quando Kelsen enfrenta esse problema, já não pode mais aceitar um moral objetiva, e conseqüentemente ela deve ser separada do direito.<sup>393</sup>

A maioria dos estudiosos da influência de Kant em Kelsen ressaltam em Kelsen a preocupação de se estabelecer as possibilidades da Ciência do Direito, o que já era uma preocupação de Kant. O objetivo de Kant, em sua obra intitulada *Crítica da Razão Pura*, foi estabelecer os princípios fundamentais de possibilidade do conhecimento, como já mencionamos anteriormente. Os doutrinadores que estudam os dois filósofos afirmam que a

<sup>390</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 84.

<sup>391</sup> HECK, José N. *Direito Racional e Direito Positivo: Um estudo sobre a ciência kantiana e kelseniana do direito*. Disponível em: < <http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11981>>. Acesso em: 12/jan/2012.

<sup>392</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*, op. cit., p. 86.

<sup>393</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 85.

obra de Kelsen intitulada *Teoria Pura do Direito* tem caráter neokantiano, justamente por buscar os princípios de possibilidade da Ciência do Direito.<sup>394</sup>

É sabido que a Filosofia prática kantiana mantém um paralelismo com sua Filosofia teórica. “Enquanto nesta (Filosofia teórica de Kant) a questão fundamental é responder como é *possível a ciência* [...]”, explica Travessoni, “[...] naquela (Filosofia prática de Kant) o problema é saber como é *possível a Ética*”. Como a resposta para esta última questão é justamente o pressuposto da liberdade, nada mais natural que Kelsen tenha usado o esquema da Ética kantiana para fundamentar a possibilidade da existência da ordem jurídica, conforme ensinamentos de Travessoni.<sup>395</sup>

“Como neokantiano”, diz Reale, “Hans Kelsen concebera, inicialmente, as normas como *esquemas de interpretação* da experiência social possível, existência que só é propriamente jurídica enquanto referida a normas de Direito”, e, acrescentando-se, cuja validade não decorre de sua correspondência com os fatos, nem do conteúdo, mas “[...] de sua situação no interior do sistema, ligando-se uma norma à superior, por nexos puramente lógicos, e assim, sucessivamente, até se alcançar a *norma fundamental*”,<sup>396</sup> que é recebida como pressuposto da ordem jurídica positiva, ou “[...] fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a um mesmo ordenamento”.<sup>397</sup>

Salgado, com propriedade e diferentemente dos comentadores de Kelsen, que dizem ter o filósofo “empobrecido o direito”, ou “reduzido o direito à norma”, afirma ter Kelsen “[...] delimitado o campo de atuação da Ciência do Direito ao estudo do direito enquanto norma”.<sup>398</sup>

Ainda nesse sentido, afirma Travessoni, citando Bodenheimer, que “Kelsen admite que o direito pode, e até deve ser objeto da pesquisa sociológica; mas esse estudo sociológico do direito, em sua opinião, não tem nada a ver com a Ciência do Direito, no verdadeiro sentido do termo”.<sup>399</sup>

---

<sup>394</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 111.

<sup>395</sup> *Ibidem*.

<sup>396</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9 ed., 1982. p. 464.

<sup>397</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. VIII.

<sup>398</sup> SALGADO, Ricardo Henrique. *Curso de Teoria Geral do Direito*, anotações. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998. p. 10.

<sup>399</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 112 (notas de rodapé).

Kelsen, portanto, trabalhou com a separação completa entre Ciência do Direito e as demais ciências sociais, deixando bem definidas as bases da pureza do seu método no primeiro capítulo da *Teoria Pura do Direito*, como se segue:

Quando designa a si próprio como “pura” teoria do Direito, isso significa que ela se propõe a garantir o conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertence ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a Ciência Jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.<sup>400</sup>

Kelsen, ainda, reitera que a Ciência Jurídica, deveria ser delimitada e separada das outras ciências sociais, como a Psicologia ou a Sociologia, para se “[...] evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.<sup>401</sup>

O jurista de Viena pretende, portanto, “[...] operar uma dupla depuração: afastar da Ciência do Direito quaisquer valorações ético-políticas e, ainda, evitar as influências sociológicas que tornaram impossível a separação entre direito dos fatos sociais”.<sup>402</sup> E é nesse intento que Kelsen se aproxima de Kant, na medida em que busca o método kantiano da teoria do conhecimento. Sobre essa aproximação, comenta Goyard-Fabre:

Para Kelsen, assim como para Kant, o método não tem valor simplesmente instrumental; ele não constitui o *corpus* dos princípios estruturais dos quais a doutrina seguiria as linhas diretrizes. Vale dizer que a virtude do método supera a força de um pensamento que se limitaria a ser regulado. Na doutrina de Kelsen, como na filosofia de Kant, a prioridade do método é a onipresença do método e mostra a problemática filosófica dos dois pensadores. De fato, parece que sob esse aspecto, a *Reine Rechtlerie* se apresente, assim como a *Crítica da Razão Pura*, como um “tratado sobre o método”. Assim como Kant se empenha em responder à questão da possibilidade da matemática pura ou da física pura, também Kelsen dedica-se à questão da *possibilidade e da validade* do direito positivo”.<sup>403</sup>

Miranda Afonso, citada oportunamente, concluir ter Kelsen feito uma síntese entre o kantismo e o positivismo, como se segue:

Kelsen é kantista em suas preocupações epistemológicas, já o dissemos. Quer uma ciência do Direito autônoma e independente, uma ciência do Direito depurada de elementos estranhos. Sua preocupação concentra-se, sobretudo, sobre o conhecimento científico do Direito. E são, justamente, as condições desse conhecimento que Kelsen coloca em questão. Mas Kelsen não é apenas kantista. A ciência do Direito em Kelsen é construída sobre um postulado do positivismo

<sup>400</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 1.

<sup>401</sup> *Ibidem*.

<sup>402</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 114.

<sup>403</sup> GOYARD-FABRE, Simone. *Kelsen e Kant*. Trad. Italiana Mauro Pennasilico. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1993. p. 11.

filosófico. A própria concepção de ciência que Kelsen admite é aquela preconizada pelo positivismo. Dessa forma, Kelsen faz a síntese entre Kant e o positivismo em sua teoria do direito.<sup>404</sup>

As semelhanças e distinções entre Kant e Kelsen servem de base e introdução ao tópico principal, que iremos tratar a partir de agora. Apesar de termos delineado as principais aproximações dos nossos dois filósofos, Kelsen já admitira que “[...] muitas partes de sua teoria jurídica são derivadas de conceitos e questões já levantadas por Kant, mesmo que algumas vezes, vistas sob a ótica dos neokantianos do início do século passado”.

Tomaremos como ponto de partida os estudos sobre Kant que se destacavam na época de Kelsen, bem representados pelos neokantianos. Veremos as interpretações e os objetivos que caracterizaram o movimento dos neokantianos, sobretudo os pontos que interessam ao hodierno estudo. Assim, trataremos da Escola de Marburgo e de Baden. Assim, estaremos prontos para enfrentar o problema de indentificar a influência de cada uma sobre o pensamento de Kelsen.

Neokantianismo é a corrente filosófica, também chamada de neocriticismo, que se desenvolveu entre o fim do século XIX e o início do século XX, principalmente na Alemanha.<sup>405</sup> Procuravam eles um “retorno a Kant”, em face dos questionamentos concernentes aos fundamentos e limites do conhecimento científico. Apesar de representarem um movimento, os neokantianos divergiam na forma de interpretar Kant, não apenas se tratando do conteúdo, mas inclusive do objetivo almejado por cada representante das escolas.

Abbagnado destaca três características comuns a todas correntes do neokantismo, quais sejam:

1. a negação da metafísica e redução da filosofia a reflexão sobre a ciência, vale dizer, a teoria do conhecimento. 2. a distinção entre o aspecto psicológico e o aspecto lógico-objetivo do conhecimento, em virtude da qual a validade de um conhecimento é completamente independente do modo como ele é psicologicamente adquirido ou conservado, e 3. tentativa de partir das estruturas da ciência, tanto da natureza quanto do espírito, para chegar às estruturas do sujeito que possibilitariam.<sup>407</sup>

<sup>404</sup> MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984. p. 50.

<sup>405</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 68.

<sup>406</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 70.

<sup>407</sup> *Apud ibidem*.

Das correntes neokantianas que mais influenciaram Kelsen foram as das Escola de Marburgo e a Escola de Baden. Trataremos de cada um separadamente.

A corrente neokantiana surgida na cidade de Marburgo, na Alemanha, teve como representantes principais os filósofos Hermann Cohen e Paul Natorp, e o jurista Rudolf Stammler. “A característica principal que une todos seus integrantes [...]”, explica Genro, “[...] é um enfoque preponderante na utilização das relações lógicas para o enfrentamento dos problemas filosóficos”, e continua, “[...] trata-se de uma espécie de idealismo lógico, onde nada transcende ao próprio sistema, e a verdade que se busca está na utilização exclusiva das regras metodológicas que compõem o sistema em questão”.<sup>408</sup>

Destaca Genro:

O ponto fulcral é exatamente desconsiderar a possibilidade de um objeto em si, de uma realidade independente; o pensamento é o criador do objeto através da manipulação dos conceitos relacionados ao sistema. Isso valerá inclusive para as normas morais, que ficarão desprovidas de conteúdo material, sendo considerados apenas de maneira formal, e suscetíveis à aplicação das regras lógicas.<sup>409</sup>

Cohen exemplifica essa opção filosófica, pois busca retomar a idéia kantiana de encarar a filosofia como instrumento para demonstrar as condições de possibilidade e objetividade do pensamento.<sup>410</sup>

Apesar de querer retomar a doutrina kantiana do pensamento, Cohen se mostra, por vezes, contrário ao próprio Kant, na medida em que nega que a sensibilidade tenha qualquer papel na produção do conhecimento, como nos aponta Costa:

Contudo, as conclusões às quais chegou Cohen não foram possíveis sem ele ter passado por cima de alguns pressupostos de Kant. Por exemplo, ele rejeita a idéia de ‘número’, aproximando Imperativo Categórico/Ética e os objetivos da ciência, o que, como vimos, Kant acreditava inviável, bem como também rejeita a distinção entre sensibilidade e intelecto.<sup>411</sup>

Natorp também vai seguir os mesmos moldes baseados nas relações lógicas e sofrer parecidas restrições quanto à sua fidelidade ao pensamento kantiano, sendo sua principal inovação uma reinterpretação das idéias de Platão como leis e métodos do conhecimento científico. Veja o que Genro diz, citando Sassi:

<sup>408</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 72.

<sup>409</sup> *Ibidem*.

<sup>410</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 73.

<sup>411</sup> COSTA, Jean Carlo. *Filosofia crítica, o problema do método (methodenstreit) e o “retorno a Kant” das escolas de Marburgo e Baden: notas sobre a filosofia e a metodologia das ciências sociais*. Par’á’iwa, João Pessoa, n. 2, junho de 2002. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/paraiwa/02-carvalhocosta.html>. Acesso em: 08/mar/2011.

Assim sendo, para Natorp, o conhecimento dá-se na e para a consciência, mas os fundamentos do conhecimento não são processos psíquicos empiricamente descritíveis, e sim estruturas lógicas da consciência, precisamente de uma consciência transcendental. O conhecimento, por sua vez, realiza-se sempre em duas direções opostas: a objetivação e a subjetivação. As ciências positivas em geral trabalham com a objetivação. A filosofia, porém, enquanto teoria do conhecimento (psicologia e lógica), descobre que o *objectum* não é senão o *projectum* de um *subjectum*.<sup>412</sup>

Stammler é o representante, na Escola de Marburgo, a entender o Direito unicamente enquanto “Ciência do Direito”, procurando lhe outorgar um status formal e autônomo. “De acordo com Saldanha”, ensina Genro, “Stammler procurou a possibilidade de um conhecimento científico do Direito a partir da busca epistemológica pelas condições *a priori* que tornam possível a experiência jurídica”.<sup>413</sup>

A também conhecida como escola do sudoete, a Escola de Baden inova em relação à Escola de Marburgo quando rejeita uma preponderância do logicismo, que é colocado em segundo plano em relação ao mundo axiológico dos valores onde a noção de cultura encontra um papel importante.<sup>414</sup>

Enquanto os estudiosos de Marburgo se preocupam com a razão pura, os de Baden procuram os fundamentos filosóficos na razão prática. Baden conta como representantes principais Wilhelm Windelband e o jurista Gustav Radbrunch.

Complementa Genro, sobre a Escola de Baden:

A referida corrente pode ser considerada como menos formalista que a escola de Marburgo, uma vez que o conhecimento já não é derivado exclusivamente de conceitos *a priori* do pensamento por meio de relações lógicas necessárias. Os valores só aparecem como parte integrante do conhecimento, mas também exercem uma ação fundamental para a decisão da realidade, como uma ferramenta indispensável para uma adequada metodologia filosófica.<sup>415</sup>

De acordo com Genro, citando conclusão de Costa, Windelband contribuiu para o movimento trazendo a vinculação entre filosofia e valores e do seu trabalho que trata da concepção de ciências naturais e humanas. “Os valores”, explica Genro, “[...] são interpretados como necessários e universais, possuidores de um caráter normativo, não

<sup>412</sup> Apud GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 73.

<sup>413</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 74.

<sup>414</sup> *Ibidem*.

<sup>415</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 75.

sujeitos, contudo, ao exame da experiência, pos não se apóiam em uma validade empírica, como as leis naturais”.<sup>416</sup>

Coube ao jurista Radbruch formular a teoria mais bem acabada da escola de Baden acerca do Direito.<sup>417</sup> Ele entende o Direito como um conceito cultural, ou seja, uma realidade cujo sentido é servir ao caminho do Direito ou à idéia de Justiça.<sup>418</sup> Explica Genro, citando Scholler:

De acordo com Scholler, Radbruch entende que as normas jurídicas não são leis da natureza, pois são apenas deveres exigidos, mas não necessárias e incontornáveis como as outras, pois podem ser descumpridas. Assim, segundo o mesmo comentador, tanto o Direito quanto a Justiça tornam-se axiomas, que não poder ser fundamentados em princípios superiores, uma vez que sempre existe a possibilidade fática de seu descumprimento.<sup>419</sup>

Sobre o tema, expõe Reale:

[...] (Reale) entende que não podemos nos contentar em uma divisão absoluta entre realidade e valor, entre os reinos do ser e do dever-ser, mas é necessário criar um termo intermediário, baseado na referência a valores. Assim, Radbruch vai defender que existem três formas diversas de analisar o Direito: a referência da realidade jurídica a valores, tendo o Direito como um fato cultural, que é a visão fornecida pela ciência jurídica; uma maneira exclusivamente valorativa, que encara o Direito enquanto um valor cultural, papel que é desempenhado pela filosofia jurídica; e finalmente, um modo que busca ver o Direito em sua essência, além dos valores, que Radbruch denomina como filosofia religiosa do Direito.<sup>420</sup>

Como dizemos anteriormente, é pacífica a interpretação de que Kelsen foi influenciado pelos neokantianos, em vários momentos de sua obra, tendo o próprio Kelsen confessado isso. Inclusive, por diversas vezes ele mencionou Cohen e Windelband em seus trabalhos, aceitando determinados pontos de vista colocados por estes e outros neokantianos.

421

Paulson é um dos doutrinadores que estuda essa influência sobre Kelsen, e destaca que de grande parte dos estudiosos do tema classificam Kelsen entre os partidários da

<sup>416</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 75.

<sup>417</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 77.

<sup>418</sup> SCHOLLER, Heinrich. Radbruch, Gustav. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro, Renovar, 2006. p. 685.

<sup>419</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 77

<sup>420</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 9. ed., 1982. p. 530.

<sup>421</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 78.

Escola de Marburgo, sobretudo em função das semelhanças que algumas de suas teses possuem em relação às posições de Cohen.<sup>422</sup>

Destaca Genro que a principal fonte desse entendimento parece ser a seguinte passagem do prólogo da segunda edição da obra kelseniana intitulada *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas Capitais da Teoria Jurídica do Estado):<sup>423</sup>

*De lá interpretación de Cohen sobre la doctrina de Kant, sobre todo em su “Ética de la voluntad pura”, obtuve el punto de vista decisivo sobre teoría del conocimiento, que me fue imprescindible para llegar a una concepción correcta del Estado del Derecho. Una recensión de mis “Problemas Capitales de la teoría del Estado”, publicada em 1912 em los Kantstudien en la que se consideraba a esta obra como un intento de aplicar el método transcendental a la ciencia jurídica, me llamó la atención sobre el paralelismo considerable que existía entre mi concepto de voluntad jurídica y los razonamientos de Cohen, que hasta entonces no me eran conocidos. A partir de ese momento se me suscito entonces la conciencia de la concepción, la dirección del conocimiento determina el objeto del mismo; el objeto del conocimiento se produce lógicamente a partir de una fuente.*<sup>424</sup>

Nesse trecho, conforme nos ensina Paulson, Kelsen se refere a conceitos como o de método transcendental, doutrinas específicas do conhecimento teórico, método do conhecimento e produção lógica do conhecimento a partir de determinadas origens.<sup>425</sup>

Dessa forma, “conforme a doutrina dominante [...]”, leciona Genro, “[...] tais conceitos teriam sido, a partir da descoberta mencionada por Kelsen, introduzidos pouco a pouco em sua obra, até chegar-se a uma concepção plenamente neokantiana”,<sup>426</sup> que conta como base a doutrina de Cohen e que encontrará sua forma plena e mais bem acabada com a publicação da *Teoria Pura do Direito*, de 1934.<sup>427</sup>

Outra influência do neokantianismo de Cohen na doutrina de Kelsen está na tese da identidade entre Direito e Estado enquanto objetos do conhecimento jurídico. Sobre isso, diz Kelsen:

*A partir de ahora, y como una consecuencia consciente y clara del enfoque epistemológico de COHEN, según el qual es la dirección del conocimiento la que*

<sup>422</sup> PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Kelsen como neokantiano. *Doxa, Alicante*, n. 26, 2003, p. 547-582. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>. Acesso em 21/mar/2012.

<sup>423</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 78.

<sup>424</sup> Kelsen *apud* Paulson, 2003, p. 569.

<sup>425</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit., p. 78-79.

<sup>426</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf>>. Acesso em: 12/mai/2012. p. 79.

<sup>427</sup> *Ibidem*.

*determina el objeto del conocimiento, de tal modo que éste es creado partiendo de un origen lógico, empezamos a darnos cuenta de que el Estado, em cuanto objeto del conocimiento jurídico, no puede ser otra cosa que derecho, ya que el conocer o el concebir jurídicamente no significa nunca sino el concebir algo como derecho.*  
428

Essa separação e definição, pelo menos no plano teórico, entre Direito e Estado foi uma grande contribuição em Kelsen, pois ninguém havia trazido tal pensamento. Para Schmill, “[...] essa identificação de uma origem puramente filosófica nessa idéia revela-se fundamental, pois essa identidade Estado/Direito repercutirá em todo o restante da obra de Kelsen”.<sup>429</sup>

Além desse ponto, Schmill também aponta, como influência do neokantiano Cohen em Kant, a distinção entre o ser e o dever-ser, “[...] como reflexo da distinção entre pensar e querer, que aparece principalmente a partir da publicação da segunda edição da *Teoria Pura do Direito*”.<sup>430</sup>

Apesar de grande parte dos estudiosos do tema, como dito antes, entender que Kant foi partidário da Escola de Marburgo, existe uma corrente contrária, encabeçada por Paulson, que afirma que a influência neokantiana decisiva na doutrina kelseniana ocorre através da Escola de Baden.

“De acordo com Paulson”, explica Genro, “o que talvez seja o ponto central aqui são as doutrinas da separação entre o explicativo e o normativo em Windelband e da separação entre os reinos do ser e do dever-ser de Rickert”.<sup>431</sup>

Sobre isso, comenta Genro:

Conforme Gomes (2004), abalizado nas palavras que o próprio Kelsen teria pronunciado ao jurista mexicano Recaséns Siches, no momento em que foi escrita essa obra, em 1911, Kelsen ainda não tinha se familiarizado com os autores da escola de Marburgo. Da mesma forma, no prólogo da segunda edição consta uma referência explícita a Widelband, como responsável pela interpretação utilizada acerca da antinomia kantiana entre ser e dever-ser.<sup>432</sup>

Entendemos que Kelsen não era partidário nem da Escola de Marburgo nem da Escola de Baden, sendo ele, simplesmente, filiado ao neokantilismo. Que Kelsen sofreu

<sup>428</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 133.

<sup>429</sup> SCHMILL *apud* GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*, op. cit. p. 79.

<sup>430</sup> *Ibidem*.

<sup>431</sup> GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. Disponível em: < <http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf> >. Acesso em: 12/mai/2012. p. 80.

<sup>432</sup> *Ibidem*.

influência das duas escolas, disso não pomos questionamentos. Assim, não se trata de rotular a obra kelseniana como seguidor desta ou daquela corrente neocriticista, ou daquele ou do outro autor, mas, sim, estudar e compreender como Kelsen formulou sua teoria tendo Kant como paradigma, a partir, como delineado acima, de uma inspiração neokantiana geral.

## CONCLUSÃO

A doutrina kantiana do direito representou, no plano jusfilosófico, uma continuidade da obra já iniciada por Rousseau, na medida em que Kant trambém apregoava a existência de leis legítimas e advindas do próprio legislador como algo prescrito e com coercitividade, embora entendesse ter o Direito fundamento racional, ou como percepção a priori da natureza humana ou forma universal de arbítrios simples que limitam vontades e liberdades.

Em Kant, a concepção de liberdade, enquanto valor fundamental de sua Ética vincula materialmente ordens que fundamenta: direito e moral. Por isso é que o fundamento da validade do direito, em Kant, era, conforme a tradição do jusnaturalismo, material.<sup>433</sup> O Estado que legisla, resultado da troca do estado natural por algo equilibrado e conforme a razão, figura como instrumento de realização dos direitos, isto é, regula o convívio das liberdades.

Entretanto, apesar de Kelsen fazer uso do esquema kantiano, ele reduz a questão da validade do direito à validade formal, procurando, para manter a coerência de sua obra, um fundamento que ao mesmo tempo seja norma e que não vincule o conteúdo da ordem que a fundamenta. Esse fundamento, que é considerado ser um dos pontos mais polêmicos da obra de Kelsen, foi o que ele denominou de *norma fundamental*.

Cortina Orts construiu uma argumentação clara e nítida que mostra como Kant se distancia do jusnaturalismo, posição inclusive que me filio. Aduz a autora que se por direito natural entendermos um conjunto de princípios que pode ser extraído do conhecimento da natureza humana, Kant não é jusnaturalista, porque a natureza humana não pode se conhecer a não ser empiricamente e um conhecimento empírico carece de normatividade teórica e prática. Ainda, sugere a autora que, nas suas palavras, “[...] tampouco poderemos considerar nosso autor jusnaturalista se adjudicarmos ao jusnaturalismo a afirmação de que só o direito que satisfaz determinados princípios de justiça pode ser considerado direito”,

---

<sup>433</sup> GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 150.

ficando, assim, impossibilitado para receber tal denominação qualquer sistema normativo que não o satisfizer. Como último argumento assevera a doutrinadora que Kant também não opõe às relações jurídicas engendradas pela vida social um direito individual de caráter ontológico, sendo que “[...] a distinção entre direito natural e positivo conduz mais à diferenciação entre um direito pré-estatal, que pode muito bem ser social, e um direito estatal”. Faço menção nessa oportunidade que Rousseau iniciou seu projeto contratualista assumindo que o estado de natureza era um estado histórico e anterior ao estado de sociedade civil. Rousseau inicia sua doutrina elevando o dado histórico a uma idéia de razão, sobretudo quando assume o desenvolvimento histórico da humanidade como constante em três fases – estado natural, sociedade civil e república.<sup>434</sup>

O interessante do argumento de Kant, nesse ponto, é que o estado de natureza não é oposto ao estado de sociabilidade, mas sim ao estado civil. “E uma das diferenças mais radicais entre ambos”, explica Rossi, “é que no estado de natureza- no qual se incluem certas cláusulas do direito privado- só podem ser garantidas posições e posses de um modo flutuante e provisório, enquanto no estado civil tal garantia ganha perenidade”, especialmente através do direito público.<sup>435</sup>

Assim como a noção de estado de natureza, a noção de contrato também é uma idéia da razão para Kant. Concordamos com Terra quando ele diz que o contrato kantiano cumpria duas das exigências já presentes no contrato rousseauiano: que a associação proteja os bens de cada homem e que a autonomia seja possível.<sup>436</sup>

Quanto ao Estado Civil, não restam dúvidas de que o axioma político de Kant é, por excelência, a identificação do Estado como estado de direito. “É nesse aspecto”, explica Rossi, “[...] que a dimensão jurídica atinge o seu ponto máximo, na medida em que a condição civil é pensada em termos jurídicos”.<sup>437</sup>

Outro aspecto de aproximação de Kant e Rousseau é no que tange o conceito de autonomia de um membro da sociedade. Sob o manto da vontade geral (ou

<sup>434</sup> ROSSI, Miguel. *Aproximações ao pensamento político de Immanuel Kant*. Disponível em: <[HTTP://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09\\_rossi.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09_rossi.pdf)>. Acesso em: 24/mai/2012. p. 193.

<sup>435</sup> ROSSI, Miguel. *Aproximações ao pensamento político de Immanuel Kant*, op. cit., p. 193.

<sup>436</sup> TERRA, Ricardo. *A política tensa*. Brasil: Iluminuras, 1995. p. 34;

<sup>437</sup> E complementa Rossi, dizendo que a condição civil como Estado jurídico baseia-se nos seguintes princípios *a priori*: “A) A liberdade de cada membro da sociedade, enquanto homem; B) A igualdade entre os membros e os demais, enquanto súditos, e C) A autonomia de cada membro de uma comunidade, enquanto cidadão.” (ROSSI, Miguel. *Aproximações ao pensamento político de Immanuel Kant*, op. cit., p. 195).

unificada de todos), nasce a ideia de *obediência a si mesmo*. A vontade geral é também para Kant uma ideia da razão.<sup>438</sup>

Por derradeiro, vale ressaltar que, para Kant, as leis morais se originam da razão prática ou pelo arbítrio de um legislador autorizado pela razão prática. Segundo Kelsen, a unidade de um complexo jurídico positivo é observada a partir de uma norma fundamental, à qual todas as normas de um direito positivo remetem sua validade e eficácia normativa. Assim, Kelsen, explicando o viés kantiano de sua legitimação da norma fundamental, ao asseverar que, por analogia, à teoria do conhecimento de Kant, a norma fundamental da teoria pura do direito poderia ser designada pela ciência do direito como “[...] a condição lógico-transcendental dessa interpretação”.<sup>439</sup>

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. **Tratado da lei**. Ed. Rés, Porto, coleção resjurídica. Texto constante da Summa Theologica.

BITTAR, Eduardo Carlos; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p.44

\_\_\_\_\_. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_. **O jusnaturalismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito/** Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1999.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Miquelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**, primeira parte, O modelo jusnaturalista. São Paulo: Brasiliense, 1979.

<sup>438</sup> Por outro lado, necessário se observar que a ideia de vontade geral como autoridade legislativa não supõe que os cidadãos sejam designados a tarefa de legislar. Explica Rossi que: “Dessa ótica, surge o núcleo da teoria política representativa kantiana o quem nos termos do filósofo, podemos denominar “a representação do como se”, na medida em que o legislador cria e decreta as leis como se estas emanassem de uma vontade geral”. (ROSSI, Miguel. *Aproximações ao pensamento político de Immanuel Kant*. Disponível em: <[HTTP://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09\\_rossi.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09_rossi.pdf)>. Acesso em: 24/mai/2012. p. 199).

<sup>439</sup> HECK, José N. *Direito Racional e Direito Positivo: Um estudo sobre a ciência kantiana e kelseniana do direito*. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11981>>. Acesso em: 12/jan/2012.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito, filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1966.

CHALITA, Gabriel. **Vivendo a filosofia**. São Paulo: Atual, 2002.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo**; Catecismo positivista. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1978.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. **Thomas Hobbes, avatar do positivismo jurídico: uma leitura jusfilosófica do Leviatã**. Disponível em: <[HTTP://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182](http://www.revista.fead.br/index.php/dir/article/download/241/182)>. Acesso em: 1/jan/2012.

COSTA, Jean Carlo. **Filosofia crítica, o problema do método (methodenstreit) e o “retorno a Kant” das escolas de Marburgo e Baden: notas sobre a filosofia e a metodologia das ciências sociais**. Par’á’iwa, João Pessoa, n. 2, junho de 2002. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/paraiwa/02-carvalhocosta.html>. Acesso em 08/mar/2011.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da Filosofia do Direito**; tradução de João Batista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

\_\_\_\_\_. **Lições de Filosofia do Direito**. Coimbra: Editora Armênio Amado, 5. ed., 1979.

DIAZ, Elias. **Sociologia y filosofia del derecho**. Madrid: Ed. Taurus, 1982.

FANTINELL, Ronaldo. **O jusnaturalismo e o contratualismo na teoria dos direitos de Locke**. Passo Fundo, Revista Filosofazer, ano XIV, nº 27, 2005-II.

FREIRE, Leonardo Oliveira. **A fundamentação metafísica do direito na filosofia de Kant**. Disponível em: <[http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos\\_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/LeonardoOF.pdf](http://200.189.113.123/diaadia/diadia/arquivos/Image/conteudo/artigos_teses/FILOSOFIA/Dissertacoes/LeonardoOF.pdf)>. Acesso em: 13/jan/2012.

FRIEDRICH, Carl. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1965.

GARCIA-MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Editorial Porrúa, 41. ed., México. 1990.

GENRO, Guilherme Saideles. **Dedução transcendental e Norma Fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen**. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/ppgf/menuesp2/35dd2324f1feb4ee04f1c5dd2794794c.pdf>>. Acesso em: 12/mai/2012.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **Kelsen e Kant**. Trad. Italiana Mauro Pennasilico. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1993.

GUIMARÃES, Ylves José Miranda. **Direito Natural- visão metafísica e antropológica**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1991.

HECK, José N. **Direito Racional e Direito Positivo: Um estudo sobre a ciência kantiana e kelseniana do direito**. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11981>>. Acesso em: 12/jan/2012.

\_\_\_\_\_. **Direito racional e filosofia política em Kant**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25422-25424-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15/mar/2012.

\_\_\_\_\_. **Estado, propriedade e trabalho em I. Kant**. Belo Horizonte: Síntese - Rev. de Filosofia, v. 33, n. 107, 2006.

\_\_\_\_\_. **Moral e Direito Racional: Um estudo comparativo entre Kant, Rousseau e Hobbes**. Belo Horizonte: Síntese Nova fase, v. 25, n. 82, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “Os pensadores. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1977.

JERPHAGNON. **História das grandes filosofias**. Belo Horizonte: Letras. 1992.

KANT, Emmanuel. **Crítica da Razão Prática**. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edição 70, 1994.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos, Alexandre Fradique Morujão. 3. ed., Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1994.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintanela. Lisboa: Edições 70, 1995.

\_\_\_\_\_. **Textos seletos**. Centro de investigação e divulgação CID, Textos clássicos do pensamento humano/2, Petrópolis: Vozes, 1974.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Armenio Amado- Editor, Sucessor, 2ed. Coimbra. 1979.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEITÃO, Andrezza Barreto. **Sobre o estado de natureza e o estado civil: um diálogo entre Thomas Hobbes e Immanuel Kant**. Natal: FIDES, v. 1, n. 2, ago/dez, 2010.

LEITE, Flamarion Tavares. **10 Lições sobre Kant**. Petrópolis: Editora vozes, 2007.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A saga do Zangão: uma visão sobre o direito natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LOCKE, Jonh. **Segundo tratado sobre o governo – ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. Coleção “Os pensadores”, São Paulo: Editora Abril Cultural, 2. ed., 1978.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1984.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

NASCIMENTO FILHO, Severiano Pedro do. **O jusnaturalismo moderno – o jusnaturalismo da Idade Moderna**. Disponível em: <[HTTP://150.162.138.14/arquivos/jusnaturalismo\\_moderno.htm](http://150.162.138.14/arquivos/jusnaturalismo_moderno.htm)> Acesso em: 10/mar/2012.

PAULSON, Stanley L. **La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Kelsen como neokantiano**. Doxa, Alicante, n. 26, 2003, p. 547-582. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>. Acesso em 21/mar/2012.

REALE, Miguel, **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 9. ed., 1982.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed., 1972.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSENFELD, Denis (org.). **Sófocles & Antígona**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. (Passo-a-Passo, 9).

ROSSI, Miguel. **Aproximações ao pensamento político de Immanuel Kant**. Disponível em: <[HTTP://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09\\_rossi.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/09_rossi.pdf)>. Acesso em: 24/mai/2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. L.I introdução, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1989.

SALGADO, Ricardo Henrique. **Curso de Teoria Geral do Direito**, anotações. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998.

\_\_\_\_\_. **Kant e Kelsen**. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/096343358.pdf>>. Acesso em 23/mai/2012.

SCHOLLER, Heinrich. Radbruch, Gustav. In: BARRETTO, Vicente de Paula (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro, Renovar, 2006  
SICHES, Luis Recásens. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 1970.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o jusnaturalismo: o direito natural como direito justo**. Disponível em: <[HTTP://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_abril2007/docente/doc1.doc](http://web.unifacs.br/revistajuridica/edicao_abril2007/docente/doc1.doc)> Acesso em: 2/jun/2011.

TERRA, Ricardo Ribeiro. **A doutrina kantiana da propriedade**. Disponível em: <[www.fffch.usp.br/discursos](http://www.fffch.usp.br/discursos)>. Acesso em: 10/dez/2011.

\_\_\_\_\_. **A política tensa**. Brasil: Iluminuras, 1995.

VICENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o ensino médio: História geral e do Brasil**. São Paulo: Editora Scipione, 2003.

VILANOVA, José. **Elementos de filosofía del derecho**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1984.

WELZEL, Hans. **Introducción a La filosofía del derecho**. Madrid: Editora Biblioteca Jurídica Aguilar, 2. ed., 1971.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o Jusnaturalismo e o Direito Contemporâneo**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/.../958>>. Acesso em: 29/abr/2011.