FENOMENOLOGIA E DIREITO

HUSSERL

Volume 10, Número 2
Outubro 2017/Março 2018

CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL
DA 2ª REGIÃO - EMARF

EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

PPGF UFRJ
Programa de Pós-Graduação em Filosofia

EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

CADERNOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO EMARF

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/

EMARF
Escola da Magistratura
Regional Federal 2ª Região

FENOMENOLOGIA E DIREITO

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 10, Número 2
out.2017/mar.2018

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região : fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. – Vol. 10, n. 2 (out.2017/mar.2018). – Rio de Janeiro : TRF 2. Região, 2008 - v. ; 23cm

Semestral

Disponível em: <http://www.sfjp.ifcs.ufrj.br/revista/>

ISSN 1982-8977

1. Direito. 2. Filosofia. 3. Filosofia Jurídica. I. Escola da Magistratura Regional Federal (2. Região)

CDU: 340.12

Diretoria da EMARF

Diretor-Geral
Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

Diretor de Estágio
Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

Diretor de Publicações
Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaeler

Diretor de Intercâmbio e Difusão
Desembargador Federal Marcus Abraham

Diretora de Cursos e Pesquisas
Desembargadora Federal Simone Schreiber

EQUIPE DA EMARF
Regina Elizabeth Tavares Marçal - Assessora Executiva

Rio de Janeiro
Clarice de Souza Biancovilli
Flávia Dias de Paiva
Flávia Munic Medeiros Pereira
George Geraldo Bernardino da Silva
Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer
Leila Andrade de Souza
Luciana de Mello Leitão
Luiz Carlos Lorenzo Peralba
Maria Suely Nunes do Nascimento
Marta Geovana de Oliveira
Pedro Mailto de Figueiredo Lima
Thereza Helena Perbeils Marchon
Vilma Ferreira Amado

Espírito Santo
Soraya Bassini Chamun
Rayane Ferreira Machado Daher

Expediente

Conselho Editorial

Aquiles Côrtes Guimarães - Presidente *in memoriam*

Alberto Nogueira
Américo Augusto Nogueira Vieira
André Ricardo Cruz Fontes
Ari Marcelo Solon
Augusto Guilherme Diefenthaeler
Aylton Barbieri Durão
Cleyson de Moraes Mello
Emanuel Carneiro Leão
Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Fernando Augusto da Rocha Rodrigues
Guilherme Calmon Nogueira da Gama
João Otávio de Noronha
Jorge Luis Fortes da Câmara
José Antonio Lisbôa Neiva
José Ferreira Neves Neto
Luiz Antonio Soares
Marcus Abraham
Marcus Vinicius Machado
Reis Friede
Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Comissão editorial

Aquiles Côrtes Guimarães *in memoriam*
Ana Claudia Estrela
Adriana Santos Imbrosio
Eduardo Galvão de Andréa Ferreira
Getúlio Nascimento Braga Júnior
Maria Lucia Gyrão
Nathalie Barbosa de la Cadena

Editado por

Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - EMARF

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Leila Andrade de Souza

Foto da Capa

Edmund Husserl

Impressão

Tribunal Regional Federal da 2ª Região - COPGRA/ACOI

Tiragem

800 exemplares

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Presidente:
Desembargador Federal ANDRÉ R. C. FONTES

Vice-Presidente:
Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Corregedora-Geral:
Desembargadora Federal NIZETE LOBATO RODRIGUES CARMO

Membros:
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ANTONIO IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal REIS FRIEDE
Desembargador Federal ABEL GOMES
Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES
Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Desembargador Federal GUILHERME CALMON
Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO NEIVA
Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO
Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES
Desembargador Federal GUILHERME DIEFENTHAELER
Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM
Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA
Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO
Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA
Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER
Desembargador Federal MARCELLO GRANADO
Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO
Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

A INTENCIONALIDADE DA CONSCIÊNCIA 15
André R. C. Fontes

A FENOMENOLOGIA DO DIREITO 23
Ari Marcelo Solon

O DIREITO À JUSTA MEMÓRIA PARA A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA: UM NOVO DIREITO FUNDAMENTAL 29
Armenia Cristina Dias Leonardi

O FUNDAMENTO DO DIREITO EM HEIDEGGER 41
Cleyson de Moraes Mello

ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DA JUSFILOSOFIA DE HANS KELSEN 53
Daniel Nunes Pereira, Patrick de Almeida Saigg e Samira Costa Arcanjo

O QUE AS PALAVRAS CALAM QUANDO DIZEM? A MENORIDADE DO LEGISLADO EM FACE DO NEGOCIADO 73
Darleth Lousan do Nascimento Paixão e Nilton Rodrigues da Paixão Júnior

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA E A HERMENÊUTICA FILÓSOFICA DE M. HEIDEGGER 85
Fernando Rangel Alvarez dos Santos e Lucas Baffi Ferreira Pinto

HOMEM E PESSOA NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA 101
Neimar Roberto de Souza e Silva

A VERTENTE COSMOLÓGICA DO JUSNATURALISMO 119
Reis Friede

AS IDEIAS FUNDAMENTAIS DE JOHN RAWLS NA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE 137
Simone de Oliveira Souza

ESBOÇO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E POLÍTICA ATRAVÉS DA IDEIA DE JUSTIÇA, SEGUNDO ARISTÓTELES 173
Wellington Trotta

Apresentação

O ano dramático de 2016, que registrou a morte do fundador da revista, Professor Aquiles Cortes Guimarães, foi vencido por um outro ano, agora 2017, que mostra claramente o grau de lealdade e dedicação dos alunos e admiradores do professor no intento de continuar a revista Fenomenologia e Direito.

Mais do que um intento, essa continuidade é um compromisso de todos em prol da Fenomenologia e dos estudos jurídicos.

Pode bem ser que tal compromisso seja ameaçado por mais desafios, mas todos os colaboradores desta edição reconhecem que se deve continuar intacta a obra, única em sua finalidade, em torno da Fenomenologia e do Direito.

A todos, desejo uma boa leitura.

André R. C. Fontes
Desembargador do TRF-2

A intencionalidade da consciência

*André R. C. Fontes**

No primeiro plano de sua obra sobre os múltiplos significados do ser em Aristóteles,[1] Franz Brentano dedicou-se, com reformulações, à distinção aristotélica entre o *ser em sentido próprio,* que se articula nas categorias, e o *ser no mundo da verdade*, ou seja, o ser que observa as coisas enquanto são por nós conhecidas.[2] Essa é uma distinção bem conhecida, que Brentano desenvolvia de forma magistral em um ensaio que tem por tema a doutrina das categorias de Aristóteles. Nesse estudo, Brentano manifesta intenção expositiva e autêntica preocupação filosófica.[3] Na *forma regiminis* dessa discussão, toda oriunda de concepções aristotélicas, não é difícil avistar preocupação teórica mais geral que, *grosso modo,* reconduz-se diretamente à essência do conceito de *intencionalidade*: conhecer significa, de fato, reportar-se às coisas, mas a nossa relação com o conhecimento ocorre, necessariamente, sobre terreno da subjetividade.[4]

Sustenta Brentano que os *objetos reais* ladeiam os *objetos conhecidos,* ou mais propriamente aqueles representados pela experiência, que se

* Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Uni-Rio e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

[1] Cf. Franz Brentano. Sui moltipli significati dell'essere secondo Aristotele, trad. ital. de Givanni Reale, Milão: Vita e Penseiro, 1995.

[2] Idem.

[3] Ibidem.

[4] Ibidem

apresentam como uma relação que se reporta à realidade, e voltam a propor uma forma, que compete aos objetos próprios *enquanto* são representados (conhecidos, queridos etc.) pela objetividade, como entidades intencionais, objetos que *in-existem* intencionalmente na consciência.[5] Sublinhar que as coisas, enquanto são experimentadas, adquirem uma forma intencional de existência quer dizer também, para Brentano, reconduzir, sob a marca da intencionalidade, todos aqueles predicados que não pertencem às coisas na sua imediatidade, mas, tão-somente, aos objetos enquanto são experimentados por nós.[6] Das propriedades reais que existem nas coisas das quais temos experiência, devem-se distinguir as propriedades intencionais dos objetos que *existem* só na mente e que são fundamento dos conceitos lógicos e axiológicos.[7] Predicados como falso, justo, injusto, bom, mau, bonito, feio etc. não são conceitos reais e, por isso, não dizem nada sobre qualquer coisa em si mesma, mas têm natureza intencional, porque exprimem o modo no qual a subjetividade se refere às coisas, de forma subjetiva e intencional, que pode, também, se não necessariamente, ser exigência da própria natureza disso que é ocasionalmente experimentado.[8]

Sucessivamente ao caminho perseguido por Brentano, Husserl defende tese de doutoramento sobre o conceito de número.[9] Nessa obra, o conceito de número é posto na esteira aberta da teoria brentaniana da intencionalidade.[10] A partir de uma indagação lógica e psicológica, na qual não se deixa guiar somente pelo desejo de legar aos seus interesses filosóficos à sua formação de matemática, Husserl oferece um método de conhecimento que liga os objetos reais e os conceitos propriamente lógicos aos conceitos que, então, implicam em retorno às coisas *enquanto são por nós conhecidas*.[11] Esse nexo deve ser aprofundado para Husserl se se quer compreender a natureza propriamente lógica do conceito de número e a relação que ele restringe com os objetos concretos da nossa experiência.[12] E isso, para

[5] Ibidem.
[6] Franz Brentano. L'Origine de la connaissance moral. trad. do alemão para o francês por Marc de Launay e Jean-Claude Gens. Paris: Gallimard, 2003.
[7] F. Brentano. L'Origine de la connaissance moral. trad. do alemão para o francês por Marc de Launay e Jean-Claude Gens. Paris: Gallimard, 2003.
[8] F. Brentano. L'Origine, op. cit.
[9] Sobre os conceito de número (1807). Os resultados desse escrito configuraram nos primeiro quatro capítulos da Filosofia da Aritmética, publicada em 1891. Cf. a trad. italiana, op. cit.
[10] Idem.
[11] Husserl, op. cit. p. 22.
[12] Idem.

Husserl, é bem claro: o conceito de número não pode ser desvinculado da *prática simplista de contar* e sua clarificação não conceitual deve, em qualquer circunstância, mostrar a gênese que se permite de fundá-lo sobre a nossa experiência intuitiva.[13]

Dessa inclinação teórica do discurso de Husserl e da teoria empirista dos conceitos que dela se extrai – e que é característica da cultura positivista do fim dos anos mil e oitocentos – a prospectiva geral da *Filosofia da Aritmética* nos oferecer uma ilustração exemplar.[14]

O traço empirista que caracteriza a teoria husserliana dos conceitos se afiança, no entanto, como observamos, à compreensão teórica da *especificidade* dos conceitos lógicos, e é próprio dessa compreensão, que reconduz ao problema brentaniano, ao qual já fizemos alusão. Na *Filosofia da Aritmética,* os números são noções que se aplicam à multiplicidade concreta dos *objetos* e que nos permitem contá-la de modo específico. Essa assertiva, todavia, não significa que os números sejam propriedades reais das coisas que de fato contém: os pés de uma mesa *não* são quatro ao mesmo título quanto são de madeira ou de uma certa cor. Dizer que qualquer coisa é uma unidade não significa ter dito nada sobre a sua natureza; mesmo quando não nos exprimimos sobre uma conexão real entre os *objetos,* quando considerados em conjunto, atribuímos a eles um predicado numérico: estamos aptos a contar quaisquer coisas subordinando-as ao conceito de unidade. Os números naturais, entretanto, referem-se a uma multiplicação qualquer de variados *objetos*; então do número não se poderá dar conta, confiando na capacidade de abstração de liberar das outras uma certa propriedade de fato contida em um conjunto de *objetos*. É possível contar as coisas que vemos, mas no que vemos, o número ainda não existe, e é por isso que, [15] postos de frente a uma mesma cena perceptiva (a vista de um palácio, por exemplo) podemos propor razão diversa, atribuindo números, sem que isso implique em mudança no que se vê que não deve mudar só pelo fato de que varia o mundo no qual aplicamos o conceito de unidade (um palácio, cinco andares, vinte janelas etc.).[16]

[13] Ibidem.

[14] F. Adorno, T. Gregory, V. Verra, Storia dela filosofia, v. 3, Roma-Bari: Laterza, 1981. p. 457.

[15] Como recordava Berkeley, que disse: "em tudo e por tudo uma criatura da mente... A segunda como a mente variadamente combina com as suas idéias, varia também a idéia de unidade; e assim como muda a unidade, assim mudará também o número que é só uma coleção de unidade (G. Berkley, Um saggio per uma nuova teoria della visione, trad. de P. Spinicci, Milão: Guerini, 1995. p. 119.

[16] Renzo Raggiunti, Introduzione a Husserl, 10ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 29.

Sobre o caminho que Husserl, seguiu deve-se entender que se o número não é uma propriedade real sobre coisas e se não é um conceito que possa ser deduzido abstratamente, então é necessário buscar as suas origens sobre o terreno das *determinações intencionais*. Dos procedimentos abstratos, somos reconduzidos às operações reflexas, que devem dar luz à forma intencional, através da qual devemos pensar os conjuntos concretos dos objetos para contá-los e determiná-los, numericamente. Segundo Husserl, para poder contar os objetos deve-se, antes, subordiná-los ao conceito *formal de unidade* e isso significa que, no contar, nos referimos às coisas específicas só enquanto são postas como objeto em geral ou, ainda, na linguagem brentaniana, só quando são *conteúdos* de uma consciência intencional. Considerar qualquer coisa como uma unidade significa, então, contemplá-la, através da *forma intencional,* por meio, portanto, do seu conteúdo para a consciência. Uma consideração análoga é valida também para a forma de conexão das unidades, que são inerentes ao conceito de número. Nesse caso, o reenvio a uma forma qualquer real de unidade seria imprópria: a lua, um anjo e Napoleão são três elementos dentre os quais não existe qualquer relação real que lhes conecte. À falta de uma conexão real deve, todavia, fazer eco a presença de uma relação intencional: esses objetos inteiros são unidos, exclusivamente, por uma subjetividade daquele que os pensa em conjunto, que cria uma espécie de unidade intencional. A partir de um conceito de número, pode-se transcender à seguinte reflexão: se os números são formas intencionais através dos quais pode-se pensar os *objetos*, então identificá-los representará a sua projeção e determinação sobre os *objetos*.[17]

Ao delinear a gênese do conceito de número, Husserl, ao que tudo indica, parecia distanciar-se de Brentano, que não os pensava como *forma* do representar e que, de outro lado, não considerou inteiramente necessário distinguir a determinação numérica de um conjunto de objetos da sua propriedade abstrata.[18]

[17] Manuel Gonzalo Casas, Introducción a la filosofia, 3ª, ed., Madri: Gredos, 1967. p.267.

[18] A filosofia da matemática de Brentano exposta na sua forma mais ampla em Versush über die Erkenntnis (Lípsia: Meiner, 1925), repropõe substancialmente as linhas gerais da concepção de Locke do número. Dessa forma, as razões que conduziram Brentano a não dedicar nem mesmo uma linha geral da sua concepção do número, Husserl parece mais vizinho de Sigwart e da sua lógica que da de Brentano. Sobre esse ponto: Spinicci, Astrazione e riflessione na Filosofia dell'aritmetica di Husserl, in "Rivista di Storia della Filosofia", 2, 1987.

Nas linhas abstratas de fundo, a concordância permanece: para Husserl, assim como para Brentano, a constatação de que um elemento não é real não afasta a possibilidade do reconhecimento de sua natureza intencional.[19] E isso porque a intencionalidade é a *característica essencial dos fenômenos psíquicos*. É possível sustentar que conceitos lógicos como unidade, multiplicidade e número têm a sua origem comum em *operações psicológicas*. Na verdade, sustentar que as origens dos conceitos numéricos é a reflexão, representa acolher as origens psicológicas das formas lógicas. E essa proposição consubstancia a recondução da *noção formal de objeto* ao conceito psicológico de conteúdo mental da consciência, que está contemplado no subtítulo da primeira obra de Husserl, *Análises Lógicas e Psicológicas*, na qual ele aproxima e une os dois conceitos que eram tidos como distintos e dissociados até então.[20]

Sob essa perspectiva, é pertinente apontar as considerações críticas de Husserl, e em particular as suas reflexões expostas na obra *Prolegômenos de uma lógica pura*, publicada como primeiro volume das *Investigações Lógicas*. O significativo dessas observações elucida qual, efetivamente, era o significado da crítica de Husserl ao psicologismo e identifica a diferença substancial entre as teorias de Brentano e Husserl. Justificam-se, de igual modo, as razões pelas quais Husserl aproximou-se da teoria desenvolvida pelos *Prolegômenos*.[21]

Duas são, a esse propósito, as questões que devem ser brevemente enfrentadas. A primeira nos reconduz aos conceitos expostos na *Filosofia da Aritmética*, obra de Husserl, que pode ser classificada como *pré-aritmética*.[22] Nesse trabalho, o autor apresenta multiplicidade em sentido próprio e está vinculado à lógica das operações sobre conjuntos efetivamente postos e pensados, e um padrão inequivocamente aritmético, pautado por signos numéricos e suas regras. Essa passagem permaneceu necessária para destacar os limites das nossas capacidades representativas, que não permitem pensar distintamente em um conjunto de objetos demasiadamente vasto, mas admite adotar um sistema de notas, construído segundo uma regra tal que corresponda a um só signo para cada conceito numérico diverso. Pode-se,

[19] Mauro Antonelli, Alle radici del movimento fenomenológico Psicologia e metafisica nel giovane Franz Brentano, Bolonha: Pitagora Editrice Bologna, 1996. p. 27.
[20] Ângela Ales Bello, Edmund Husserl, Pádua: Edizione Messaggero, 2005. p. 47.
[21] Renzo Raggiunti, Introduzione a Husserl, 10ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 39.
[22] Enzo Melandri, Logica e esperienza in Husserl, Bolonha: Il Mulino, 1960. p. 53.

assim, concluir que, se a Aritmética não quer permanecer presa aos limites das capacidades representativas humanas e se quer referir-se também àqueles números que não conseguimos de fato pensar, deve assumir uma nova forma; deve tornar-se um sistema de signos que nos permita substituir os conceitos e as operações por conceitos com os signos e as operações sobre os signos.[23]

Não nos parece haver dúvida de que na *Filosofia da Aritmética* a adoção dos signos e dos algorítmicos consubstancia uma concepção da lógica estritamente conexa com o horizonte cultural do positivismo.[24] De um lado, existem os conceitos que surgem pela experiência; de outro, os métodos lógicos, que as ciências empregam por permitirem ao homem dominar melhor os universos teóricos, nos quais eles competem. Husserl, de um lado, observa que existem os conceitos numéricos que surgem da experiência, de outro lado, a Aritmética, com os seus métodos lógicos e com as regras que delas dependem. E o método lógico da Aritmética é, para Husserl, aquele dos signos.[25]

É esse o horizonte conceitual no qual Husserl está imerso e escreveu o segundo volume da *Filosofia da Aritmética*.[26] Mas mesmo na tentativa de realizar esse projeto, o quadro conceitual muda e Husserl percebe, com maior clareza, que só sobre o terreno dos signos o matemático poderia atingir aquela *liberdade* formal, que é exigida pelo seu mister. A Aritmética como disciplina formal sobre conceito de número substitui a Aritmética como sistema formal, como cálculo privado de uma interpretação e de um significado. O conceito de número - o número como determinação quantitativa de uma multiplicidade de objetos - é necessariamente um número natural e cardinal; a Aritmética, todavia, não é vinculada à quantidade e os números naturais são, somente, o fundamento de outros sistemas numéricos, nos quais estão inseridos os números negativos, os racionais, os reais, dentre outros. Husserl parece, por princípio, sugerir que uma extensão do campo numérico permitiria encontrar a permanência no *terreno dos signos* e, então, identificar um sistema de notas e de regras que nos permita fazer uso dos números que não correspondem a uma possível interpretação sobre o terreno dos conceitos e que devem ser entendidos como meros artifícios

[23] Idem.
[24] Cf. Spinicci, op. cit.
[25] Enzo Melandri, Logica e esperienza in Husserl, Bolonha: Il Mulino, 1960. p. 64.
[26] Volume que sabidamente jamais foi terminado. Cf. Renzo Raggiunti, Introduzine a Husserl, 10ª ed., Roma-Bari: 2002. p. 53.

de cálculo. Para Hussserl, além dos números naturais, existem somente os signos numéricos e as exigências.[27]

Deve-se ter em mente que *intencionalidade* e *intuição eidética* são conceitos que não se confundem. Ou seja, que cada elemento singular tem sua essência presente à consciência. É, pois, necessário desentranhar a natureza da consciência e a estrutura de tal essência presente à consciência. A consciência é intencional não somente no sentido restrito e psicológico de Brentano, mas, também, é *transcendente e dirigida ao objeto*. O objeto é transcendente e real, pois é revelado na consciência. Husserl afirmou que o peculiar da consciência de algo é a intencionalidade da consciência, que encerra todas as vivências, de modo que, de um lado, há simples dados materiais, e, de outro, está a forma intencional, ou seja, há uma dualidade e unidade da *hylé* sensível e da *morphé* intencional,[28] com uma capa material e uma capa noética.

Conclui-se, pois, que o objeto é, *em si*, - mas os dados *hiléticos* não podem ser intencionais e sempre o são os *noemáticos* - por isso Husserl chama de conteúdo *noético* o conteúdo subjetivo das vivências e conteúdo *noemático* o conteúdo objetivo. Mas sempre o objeto aparece ao redor do universo no qual se movem os *noemas*.[29]

As essências, saliente-se, não são formas, no sentido kantiano, mas delas temos uma intuição eidética, ao mesmo tempo que as leis dessa estrutura não são extraídas da realidade.

[27] Cf. Ângela Ales Bello, Edmund Husserl, Pádua: Edizione Messaggero, 2005. p. 16.
[28] Idéias § 85.
[29] Cf. Caturelli, op. cit. p. 476.

A Fenomenologia do Direito

Ari Marcelo Solon[1]

Heidegger, através de um método estritamente fenomenológico, "exibe as raízes" do "Dito de Anaximandro", suprimindo do fragmento aquilo que é desnecessário e o que fora acrescentado pela doxologia. Heidegger identifica um padrão implícito da interpretação de Aristóteles, o qual apresenta o texto de Anaximandro com alterações ideológicas, já que pretendia convencer que a Filosofia iniciou-se com Platão e não com os gregos mais antigos. Martin Heidegger, pois, percebe que o Dito encontra-se truncado, segundo a fenomenologia, porquanto esta se refere à intuição da essência, isento de teorização externa.

Neste encalço, Heidegger não traduz a palavra *diké* como justiça, corrigindo as interpretações clássicas, tais como a de Nietzsche e de Diels, o qual, a propósito, interpreta o Dito de Anaximandro da seguinte forma: "Mas, de onde as coisas têm o seu passar a ser, para aí vai também o seu deixar de ser, segundo a necessidade; pois elas pagam, umas às outras, castigo e penitência pela sua impiedade, segundo o tempo estabelecido"[2].

Para Heidegger, *diké* tem relação com articulação e com cuidado. Para ele, a ordem das coisas é composta de *diké* e de *sorge*, de cura, preocupação, impedindo a *Adikia*, a injustiça. Utilizando-se do método fenomenológico, Heidegger afasta os elementos psicológicos e ideológicos do fragmento

[1] Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP. Doutor e Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FADUSP

[2] HEIDEGGER, Martin. O Dito de Anaximandro. Tradução de João Constâncio. In: Caminhos de Floresta. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 2002. P. 372.

da Antiga Grécia que tratava de justiça e encontra a intuição essencial das coisas, realizando uma verdadeira *Epoche*.

A propósito:

> *Podemos chamar a este manter-se em si próprio que faz clarear – e que se detém em si próprio com a verdade do seu estar-a-ser – a [Epoche] do ser. Esta palavra, retirada do vocabulário dos Estóicos, não designa aqui, como em Husserl, o método da suspensão dos actos téticos em que a consciência põe um objecto diante de si. A Época [Epoche] do ser pertence-lhe a si mesmo. Ela é pensada a partir da experiência do esquecimento do ser. Da Época do ser, vem a essência epocal [epochal] do seu destino, no qual a autêntica história do mundo é. De cada vez que o ser se detém no seu destino, acontece [ereignet sich], súbita e inesperadamente, mundo. Cada Época da história do mundo é uma Época da errância. A essência [Wesen] epocal do ser pertence ao carácter temporal do ser – um carácter escondido –, e caracteriza a essência do "tempo", que está pensada no ser. Aquilo que, geralmente, se representa sob este nome é apenas o vazio da aparência do tempo retirada do ente, sendo este visado de um modo objectivante*[3].

Heidegger, portanto, realiza a suspensão daquilo que considera desnecessário para a obtenção da essência do ser, desvelando e escondendo. O fragmento de Anaximandro ensina que o ser está também no velar-se e não apenas no desvelar-se, já que, como diz Heráclito, a *Physis* (Natureza) gosta de se esconder.

Em sua obra "Fenomenologia da Vida Religiosa", Heidegger realiza uma *Epoche* da Bíblia, ao aplicar o método de Husserl para entender as palavras mais antigas do Novo Testamento, as da Primeira Carta de Paulo aos Tessalonicenses, apresentando uma interpretação temporal do texto. Enquanto os gregos associam o tempo ao *Chronos* e os antigos judeus a um diferimento, uma espera angustiante pela vinda do Messias, Paulo, ao responder ao questionamento sobre a data em que Jesus retornaria, declara, no capítulo 5, versículo 1, daquela Carta, não haver necessidade de respostas acerca dos tempos e das estações, visto que, como sabiam os destinatários da Epístola, o Senhor virá como ladrão de noite. Paulo, portanto, oferece a resposta fática, a experiência de vida da facticidade ou da factualidade. O

[3] HEIDEGGER, Martin. O Dito de Anaximandro. Tradução de João Constâncio. In: Caminhos de Floresta. Lisboa: Fundação Calouste Golbenkian, 2002. P. 391.

tempo e as estações de que Paulo trata são o chronos e o kairós, isto é, o momento oportuno, a temporalidade fenomenológica.

Aliás, em 1913, Husserl escreveu as "Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica" com a pretensão de esboçar a essência das coisas, e ali ensina que, para saber o que é uma cor vermelha, por exemplo, devemos utilizar um método fenomenológico composto por uma generalização e uma formalização. Por meio da generalização, chega-se à conclusão de que "vermelho" é uma cor, e que a cor é uma qualidade sensível. Ao considerar que essa qualidade sensível é uma essência, Husserl diz que não estamos mais generalizando, mas formalizando, porquanto não aplicamos uma categoria a um objeto, ao contrário, realizamos uma relação sem objeto. Heidegger então aprende de Husserl que o verdadeiro método fenomenológico é um método que, de maneira diversa, generaliza e formaliza, mas, num dado momento, não encontra relação com coisas (relações objetivas), momento em que deve ser feita a indicação formal da hermenêutica, conforme Heidegger.

Fritz Schreier também interpretou o direito segundo o método de Husserl, quando realizou a indicação formal do verdadeiro sentido jurídico em casos da jurisprudência[4], como na circunstância narrada pelo autor, em que um animal segurado ficou doente e, consoante o parecer de um veterinário, foi logo sacrificado, embora as condições da apólice de seguro determinassem que, para a realização do sacrifício do animal, precisaria haver anuência da companhia seguradora. Diante da recusa no pagamento de indenização securitária do caso em tela, o proprietário do animal ajuizou uma demanda na qual, em primeira instância, o juiz manifestou-se no sentido de trata-se de um caso de exceção, em que há uma lacuna nas condições da apólice de seguro, estando o autor numa situação limítrofe: ou cumpria as condições da apólice e deixava o animal doente aguardando o dia seguinte para requerer a permissão à seguradora, ou ignorava a literalidade da lei e, segundo o espírito das condições contratuais, faria o sacrifício do animal sem anuência da seguradora de modo a impedir o sofrimento desnecessário do animal.

Conquanto a segunda instância tenha reformado a decisão, Schreier, com base na fenomenologia, entendeu que o juiz de primeiro grau

[4] SCHREIER, Fritz. Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte. Franz Deuticke, 1927.

interpretou humanamente as condições de seguro e permitiu que o animal abreviasse o seu sofrimento e que sua carne e pele fossem aproveitadas. Para ele, o juiz agiu não apenas com *diké*, mas com *tísis*, com o cuidado do ser, esse ser que aparece e desaparece, o que representa a indicação formal da hermenêutica.

Na dogmática jurídica, também encontramos a aplicação filosófica do método aqui esboçado, como exemplo da tese do filho de Husserl sobre a coisa julgada e validade do direito, na qual explicou que a dogmática jurídica "é a ciência dos pressupostos últimos do direito. A sua tarefa é fazer um sistema de princípios fundamentais suprajurídicos que estabeleça uma região das possibilidades apriorísticas do direito".

Tal conceito fora anteriormente aplicado por Adolf Reinach, que escreveu sobre "Os Fundamentos Apriorísticos do Direito Civil", no qual se discutiam contratos, direito de propriedade e direito das obrigações fenomenologicamente. Para Reinach, a essência fenomenológica do contrato, a região ontológica a qual pertence o contrato, não está na norma jurídica, mas tem que ver com o *zein* do homem, é algo relacionado ao seu "ser", ou seja, a promessa.

Outro exemplo da utilização do método fenomenológico pode ser encontrado em Edith Stein, na obra sobre o Estado, na qual encontramos uma intuição apriorística do assunto. Na contramão do que entendiam juristas como Kelsen, Stein constrói um conceito de Estado fundamentado na soberania. A partir da fenomenologia, ela reforçou a teoria dos elementos do Estado fazendo uma intuição das essências e defendendo que a soberania faz parte da essência do estado. Sendo ela pertencente à Igreja Católica, também se posicionou no sentido de que o Estado não é bom nem moral, construindo, a partir dessa ideia, uma teoria de direitos humanos relacionada à questão da liberdade religiosa, não desnaturando, contudo, o Estado.

A propósito, podemos encontrar em três outros autores mais contemporâneos teorias dos direitos humanos a partir da fenomenologia: Hannah Arendt, Emmanuel Levinas e Jacques Derrida. "A Condição Humana", de Arendt, é um livro puramente fenomenológico, método que aprendeu com Heidegger e Husserl. Para a autora, devemos iniciar a análise da vontade para se chegar à *práxis*, donde se constrói a fenomenologia da vontade e da ação. Ela esboça a concepção de ação apriorística, a qual, iniciada, não se sabe

como termina. Isso só é possível se realizada uma análise fenomenológica da ação, em busca de sua essência ontológica.

Outra interpretação dos direitos humanos puramente fenomenológica é a de Levinas, que foi aluno do Husserl e traduziu as "Meditações Cartesianas" para o francês. A partir da base husserliana, Levinas descobriu que direitos humanos são direitos dos outros, desvelando, pois, a categoria da alteridade, a qual possui fundamento fenomenológico e bíblico (Sermão da Montanha).

Já Derrida, que realizara estudos sobre a obra de Husserl "Origem da Geometria", concluiu que os números são uma categoria eidética, apriorística, pois não existem sensivelmente, donde elabora o conceito da deconstrução, como uma crítica de pressupostos dos conceitos filosóficos. A deconstrução, aliás, nada mais é do que aquilo que Heidegger faz no fragmento de Anaximandro, desconsiderando o que considera desnecessário, irrelevante, ou seja, aquilo enxertado pela ideologia platônica e aristotélica que compreendia os antigos filósofos como cientistas da natureza, não como pensadores do ser. Heidegger, portanto, ao realizar a desconstrução, exibindo as raízes do Dito. Isso é fenomenologia.

O direito à justa memória para a preservação da dignidade humana: um novo direito fundamental

Armenia Cristina Dias Leonardi[1]

Resumo: A preservação da memória e o repúdio ao esquecimento dos fatos ocorridos durante a Ditadura Militar, representante do regime autoritário que assolou a América Latina de 1954 até 1990, é uma necessidade premente para salvaguardar a humanidade. A restauração da memória para a história humana, individual e coletiva, é importante para garantir que os erros do passado não sejam esquecidos e, consequentemente, repetidos por gerações futuras. As novas gerações têm o direito de conhecer sua história e o dever de conservar os direitos individuais para que a própria história e a estabilidade dos direitos da coletividade sejam garantidos. Segundo Paul Ricoeur (2007, p. 28/29), os fatos reais não verdadeiramente conhecidos pelo indivíduo induzem a uma "opinião falsa", uma associação do pensamento à determinada situação que realmente não aconteceu, o que leva a uma falsa memória e afasta a realidade do passado causador de sofrimento à inúmeras famílias de desaparecidos políticos.

Palavras-chave: memória – história - democracia

Resumen: The preservation of memory and the rejection of the forgetfulness of the events that occurred during the Military Dictatorship, representative of the authoritarian regime that devastated Latin America from 1954 until 1990, is a pressing

[1] Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis

need to safeguard humanity. The restoration of memory to human history, individual and collective, is important to ensure that the mistakes of the past are not forgotten and, therefore, repeated by future generations. The new generations have the right to know their history and the duty to preserve individual rights so that the history itself and the stability of the rights of the collectivity are guaranteed. According to Paul Ricoeur (2007, 28/29), real facts not really known by the individual induce a "false opinion," an association of thought to a particular situation that did not actually happen, which leads to a false memory and The reality of the past causing suffering to countless families of political disappeared.

Keywords: Memory - history - democracy

1 – INTRODUÇÃO:

O presente estudo pretende fazer uma reflexão sobre a questão da importância do resgate da história atroz e a preservação da memória dos países da América Latina durante a ditadura militar para a garantia da dignidade humana individual e coletiva.

A partir da análise da perspectiva filosófica de Paul Ricoeur, que defende o respeito à memória de cada ser humano como essenciais, será analisado o conceito de "justa memória" como direito fundamental da humanidade.

A restauração da memória para a história humana, individual e coletiva, é importante para garantir que os erros do passado não sejam esquecidos e, consequentemente, repetidos por gerações futuras. As novas gerações têm o direito de conhecer sua história e o dever de conservar os direitos individuais, para que a própria história e a estabilidade dos direitos da coletividade sejam garantidos.

A ditadura militar na América Latina deixou como legado diversas pessoas desaparecidas, cujas histórias não foram resgatadas, o que agrava o sofrimento individual das famílias, vítimas sobreviventes da prática dos horrores cometidos contra seus entes, agravado justamente pela impossibilidade de conhecer os fatos realmente como aconteceram.

As ditaduras na América Latina estabeleceram-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, com a instauração da Guerra Fria e a divisão do mundo em dois blocos: Estados Unidos e União Soviética. Para

proteger sua hegemonia e impedir a propagação do comunismo, os Estados Unidos financiam e incentivam a militarização dos países da América Latina, sob o argumento de ampliar a defesa dos Estados.

A preservação da memória e o repúdio ao esquecimento dos fatos ocorridos durante a Ditadura Militar, representante do regime autoritário que assolou a América Latina de 1954 até 1990, é imprescindível para a garantia do Direito à Dignidade Humana em âmbito mundial.

Será ressaltada neste estudo a iniciativa do Chile para resgate e preservação da memória que, além da busca da verdade e da justiça, idealiza e edifica o Museu da Memória e dos Direitos Humanos, resultado da perseverança do povo Chileno, em 2010.

O presente estudo examinará a necessidade de busca da verdade histórica e a relação entre memória e esquecimento, constituintes do sujeito de direito e fundamental para a compreensão dos Direitos Humanos através da visão teórica de Paul Ricoeur .

A identidade do indivíduo é colocada como elemento fundamental para o encontro de sua própria história e do equilíbrio social, o que justifica a concretização da igualdade e consequentemente da compreensão dos Direitos Humanos, no caso da relevância da preservação da memória.

2 – A DITADURA NA AMÉRICA LATINA

O regime ditatorial é autoritário, utilitário, composto por uma estrutura hierárquica bem definida, submetendo o povo ao medo, privando-o de todas as formas de liberdade, de reflexão e manifestação da vontade. A ditadura impõe a ordem utilizando o "terror" contra o povo e perseguindo um grupo específico, aqueles indivíduos considerados seus opositores.

Giardonolli-Nascimento (2012, p.3) descreve os rigores da ditadura:

> *Todos os dispositivos repressivos, dos mais sutis aos mais invasivos, tinham como objetivo principal internalizar normas, valores e condutas que fizessem de cada indivíduo um aliado do regime, defensor e propagador da "nova ordem". As campanhas desenvolvimentistas e as propagandas políticas ideológicas e ufanistas, por exemplo, foram*

> *importantes estratégias adotadas (Ribeiro, 1987). Nesse contexto, as práticas repressivas atacaram diretamente os "comunistas", os "subversivos" e os "extremistas", sendo que o restante da sociedade não ficou ileso a outras práticas rígidas de controle adotadas, tais como a delação e a vigilância, que atingiam não apenas o corpo, mas a moral e a dignidade de qualquer pessoa vinculada diretamente aos opositores do regime, principalmente aos militantes políticos.*

A ditadura na América Latina teve início durante a Guerra Fria. A Guerra Fria iniciou-se ao final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e com ela uma disputa pelo predomínio mundial entre Estados Unidos e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Caracterizou-se por uma intensa guerra ideológica, econômica, diplomática e tecnológica que dividiu o mundo em blocos com sistemas ideológicos diferentes: o bloco capitalista, liderado pelos Estados Unidos, e o bloco comunista, liderado pela União Soviética. Essa divisão influenciou diretamente nos regimes políticos de inúmeros países.

> *Os Estados Unidos, para proteger sua hegemonia, ameaçada pelas mudanças anunciadas pelos países que demonstravam empatia pela ideologia comunista, "adotaram a doutrina contra insurreição", adotando um programa sistemático de militarização em conjunto com os governantes da América Latina, já que a interferência bélica direta nos territórios não seria possível (PEREIRA e MARVILLA, 2005).*
>
> *Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a humanidade entrou em uma nova e peculiar fase de tensões, conhecida como Guerra Fria. Esse período histórico caracterizou-se pela constante rivalidade entre Estados Unidos e União Soviética, dois países que saíram fortalecidos ao término da Segunda Guerra.*
>
> *Os Estados Unidos, em especial, estabeleceram-se como líderes de um chamado "bloco capitalista", constituído de países que adotaram esse sistema econômico. Em contrapartida, a União Soviética liderava um bloco de países ditos socialistas. Cada uma dessas potências considerava-se defensora desses sistemas econômicos, respectivamente.*
>
> *Assim, a rivalidade entre os dois países permaneceu muito mais no campo da batalha ideológica que do confronto direto, exceto em*

> *alguns países do chamado "Terceiro Mundo", que sofreram com intervenções em seus territórios, como aconteceu na Coréia (1950-53) e no Vietnã (1965-75).*

Para impedir o avanço do comunismo, com a influência Norte-Americana impulsionada pela Revolução Cubana, de 1959, a América Latina sofreu os rigores da ditadura militar de 1954 a 1990, período histórico em que atrocidades foram cometidas contra seus opositores, "em graus que iam da perversão extrema ao genocídio, sua brutalidade." (NEPOMUCENO, 2015)

Considerando que qualquer forma de governo com características progressistas ou reformistas provavelmente se transformaria em um governo comunista, foram implantadas as ditaduras militares na América Latina com o apoio norte americano e com objetivo de neutralizar a ideologia propalada pela extinta União Soviética.

3 - MEMÓRIA: HISTÓRIA DE UM POVO

A memória de um povo é construída pelos fatos reais produzidos por seus indivíduos, por seus governantes, por sua cultura, e deve ser preservada em benefício da dignidade humana social, individual e coletiva.

A dignidade humana pressupõe os direitos humanos. Os direitos humanos servem como "princípio de organização e legitimação social onde a liberdade e a igualdade são o princípio da lei" (BARRETTO, 2013), portanto, são instrumentos de controle político e social para evitar arbitrariedades contra a dignidade humana, que é o alicerce dos direitos humanos.

Ricoeur (2014) estabelece que uma de suas preocupações ao escrever a obra *A memória, a história e o esquecimento*, é a "preocupação pública":

> *Perturba-me o inquietante espetáculo que apresentam o excesso de memória aqui, o excesso de esquecimento acolá, sem falar da influência das comemorações e dos erros da memória – e de esquecimento. A ideia de uma política da justa memória é, sob esse aspecto, um de meus temas cívicos confessos.*

De acordo com Paul Ricoeur (2007), o objeto da memória deve partir do "que" e não somente do "quem", sob o risco de indução a um resgate mnemônico egoísta, sem relevar a consciência coletiva. A memória e a imaginação estão interligadas no interior do ser humano. Ao despertar a memória, imediatamente é despertada a imaginação, quando é permitida a rememoração ao ser humano. Se não há a possibilidade de imaginar os fatos verdadeiros de sua história, ao ser humano é impossível preservar sua memória.

Os fatos históricos que não são verdadeiramente reproduzidos não formam a "memória", se delimitam à imaginação. Quando uma história não é contada como realmente aconteceu, a mente humana não possui memória e sim imaginação, ou seja, idealiza a situação de acordo com a sua reprodução mental daquilo que foi relatado, por isso é importante a preservação dos fatos históricos como verdadeiramente aconteceram para preservação de sua história.

Ricoeur (2007) afirma ainda que a análise do tempo e a análise da memória se sobrepõem. Explica que a análise da memória refere-se à conexão entre memória e imaginação, vinculada à alma sensível:

> *A semelhança entre as duas problemáticas dá uma nova força à velha aporia do modo de presença do ausente: poderíamos indagar como (wemightpuzzledhow), quando a afecção está presente, mas a coisa está ausente, nos lembramos daquilo que não está presente.*

O verdadeiro reencontro com o passado, além de evitar os mesmo erros, tem como objetivo impedir que esses mesmos erros sejam cometidos sob outro regime de governo, isto é, impedir a utilização da mesma sistemática sob outro aspecto, como uma democracia representativa descaracterizada que encobre um regime autoritário.

Paul Ricoeur (2007) diferencia memória e imaginação:

> *O problema suscitado pela confusão entre memória e imaginação é tão antigo quanto a filosofia ocidental. Sobre esse tema, a filosofia socrática nos legou dois topoi rivais e complementares, um platônico, o outro aristotélico. O primeiro, centrado no tema eikon, fala da representação presente de uma coisa ausente; ele advoga implicitamente o envolvimento da problemática da memória pela*

> *da imaginação. O segundo, centrado no tema da representação de uma coisa anteriormente percebida, adquirida ou aprendida, preconiza a inclusão da problemática da imagem e da lembrança. É com essas versões da aporia da imaginação e da memória que nos confrontamos sem cessar.*

Ricoeur (2007) demonstra que a memória é o restabelecimento dos fatos como realmente ocorreram e imaginação é a visualização de "como" os fatos ocorreram de acordo com a forma como foram narrados. A imaginação é deturpada quando não há o conhecimento corretos dos fatos passados

Adolfo Perez Esquivel (NEPOMUCENO, 2015) viveu a experiência da ditadura na Argentina, uma das mais cruéis na América Latina, defende o resgate da memória sob o correto argumento de que não existe povo sem memória, sem sua história preservada:

> *Os povos sem memória desaparecem. Não há povo sem memória, porque a memória não nos leva a ficar apenas no passado: nos ajuda a iluminar o presente. A construir a vida. De uma forma ou de outra, quer a gente queira, quer não o passado está sempre presente. E o presente propriamente dito é fruto de um determinado passado. Portanto, quando se fala em resgatar a memória, não se está apenas querendo remexer o passado, mas analisar, perguntar: por quê? Por que aconteceram essas coisas?*

A sociedade é responsável por pressionar o Estado a exumar o passado e desenterrar os eventos ocorridos durante a ditadura militar, procurar para orientar seu presente e seu futuro.

3- A JUSTA MEMÓRIA COMO NOVO DIREITO FUNDAMENTAL

A ditadura militar na América Latina deixou como legado diversas pessoas mortas, desaparecidas e famílias em eterno sofrimento ou por não conhecer o paradeiro de seus familiares ou pelo luto comprovado, porém, com eterna saudade em suas almas.

O sofrimento individual das famílias, vítimas sobreviventes da prática dos horrores cometidos contra seus entes, é agravado justamente pela impossibilidade de conhecer os fatos realmente como aconteceram.

A reconstituição dos fatos como verdadeiramente ocorreram e o que aconteceu com as pessoas desaparecidas é a última esperança destas famílias para amenizar seu sofrimento e importante para preservar as futuras gerações de novos regimes de governo contrários ao bem estar social.

Miguel Marvilla (2005) declara que:

> *A memória das coisas terríveis não deve jamais ser relegada a um canto do sótão ou do porão, onde se possa cobrir de poeira e esquecimento. Pelo contrário, deve ser deixada sempre à vista de todos, para que as coisas terríveis, relembradas, não tornem a acontecer.*

O direito à "justa memória", por atingir a individualidade ao influenciar a psiquê, a intimidade do ser humano e a coletividade, por referir-se à humanidade no tocante à necessidade de impedir o esquecimento de fatos hostis e brutais, no caso deste estudo, causados pela ditadura militar, para proteger as futuras gerações, reúne características de direitos de primeira, segunda e terceiras dimensões.

Os direitos de primeira dimensão referem-se aos direitos civis e políticos, baseados na liberdade, que exprimem o valor da vida, cuja característica é a obrigação negativa do Estado, que se abstém de cometer arbitrariedades contra tais direitos. Os direitos de segunda dimensão condicionam o Estado a uma prestação positiva, obriga-o a desenvolver ações de proteção e justiça social, compreendendo os direitos econômicos, culturais e sociais, baseados na igualdade. A terceira dimensão de direitos fundamentais acolhe os direitos coletivos, que incluem o direito de solidariedade, cuja proteção cabe ao Estado em face do conjunto dos indivíduos, baseado na fraternidade (MARMELSTEIN, 2008).

Nasce o direito fundamental à "justa memória" em harmonia com os três principais pilares dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade. Trata-se de um direito individual, coletivo e social, com a garantia de dignidade, embora insuficiente para amenizar a dor das vítimas sobreviventes e das famílias daqueles que não sobreviveram ou desapareceram durante a ditadura na América Latina.

Segundo Paul Ricoeur (2007), os fatos reais não verdadeiramente conhecidos pelo indivíduo induzem a uma "opinião falsa", uma associação

do pensamento à determinada situação que realmente não aconteceu. Leva a uma falsa memória e afasta a realidade do passado.

O fim do período ditatorial na América Latina induz o imediato desinteresse das autoridades em restabelecer o passado, porém, a sociedade percebe a necessidade de destruir uma realidade adulterada em favor da preservação das memórias e, aos poucos, cada país inicia o resgate de sua história.

A sociedade começa a transformar o inconformismo com o injusto e a opressão em força positiva, partindo do caráter negativo do inconformismo para tentar buscar soluções positivas. A natureza negativa do inconformismo diante das circunstâncias, neste caso, arbitrárias e violentas causadas pela ditadura militar é fundamental para impulsionar a indagação e obtenção da preservação da história e, consequentemente, de sua memória.

A preocupação de Paul Ricoeur (2007) fundamenta-se na disseminação de dados fáticos enganosos, com o objetivo de escamotear a verdade, levando o povo ao erro ao dissimular sua história e memória produzida pelo esquecimento dos eventos históricos

Citando o exemplo do Chile, onde ocorreram barbaridades jamais praticadas na história do país, inicia-se a busca da verdade através de "Comissões da Verdade", em 1990, sob a iniciativa do Presidente Patricio Aylwin. (NEPOMUCENO, 2015)

Nepomuceno (2015, p. 98) descreve a perseverança do povo chileno:

> *Passado pouco tempo da instalação da ditadura, familiares de desaparecidos, organismos de direitos humanos e sobreviventes dos centros de detenção abriram um caminho de busca e denúncia, construindo memoriais ao longo da estreita geografia. Atualmente, são mais de vinte, e vários mais estão em processo de construção.*
>
> *São espaços de encontro, que nos falam de um pacto para não esquecer. E hoje, no Chile, graças à perseverança de quem não se rendeu na busca da verdade, da justiça e da memória, a maioria dos chilenos reconhece que no país foram violados os direitos humanos e rejeita o que aconteceu.*

Não somente buscando a justiça com a punição dos agressores e a busca por vítimas, principalmente na região do Deserto do Atacama, o Chile

também promove o resgate dos fatos reais para preservação de sua história e memória com a construção do Museu da Memória e Direitos Humanos, inaugurado em 2010, cujo objetivo vale ser citado:

> *El Museo de La Memoria y los Derechos Humanos es um espacio destinado a dar visibilidad a las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Estado do Chile entre 1973 y 1990; a dignificar a las victmas y sus família; y estimular La reflexión y el debate sobre la importância del respecto y la tolerancia para que estos hechos nunca más se repitan.*
>
> *(Disponível em <http://ww3.museodelamemoria.cl/sobre-el-museo>. Pesquisado em 30/04/2016)*

O direito à "justa memória" deve ser reconhecido como um direito fundamental universal para ser exercido por todos os povos em nome da preservação da dignidade humana mundial.

4 – CONCLUSÃO

Além da violência contra seus opositores, a ditadura militar na América Latina manchou moral e emocionalmente todas as famílias dos desaparecidos e o desconhecimento e incerteza diante da morte fazem com que o ausente permaneça presente através de uma busca incessante de seus familiares por sua memória.

O direito do ser humano de ter sua história e dignidade preservadas é maculado pela agressão emocional que não é extinta com a morte. A violência moral e emocional é eterna, pois a ausência mantém a presença do ente perdido para a violência da ditadura.

Trata-se da violência psicológica contra todas as famílias de desaparecidos políticos concretizada através da ocultação dos restos mortais e dos fatos ocorridos, o que nega a possibilidade de estabelecimento da memória, requisito indispensável à imortalidade do ente.

O direito à "justa memória" surge para restaurar os fatos hostis causadores de sofrimento a inúmeros indivíduos pela ditadura militar com o objetivo de resguardar o direito individual e coletivo de conhecer sua

verdadeira história deve ser reconhecido como direito fundamental para condicionar os Estados a protegerem a coletividade do "esquecimento" e, consequentemente, da repetição dos mesmos modelos governamentais que segregam a sociedade, realizando ações culturais e sociais para preservação da história e a memória para a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueira E. O Brasil na Guerra fria. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/geografia/o-brasil-na-guerra-fria.htm>. Acesso em 30 de abril de 2016.

GIANORDOLI-NASCIMENTO. VELOSO, Ingrid faria. CORRÊA, Flávia Gotelip. SILVA, Sara Angélica Teixeira da Cruz. CRUZ, Jaiza Pollyana Dias. OLIVEIRA. COSTA, Flaviane da. A construção da memória histórica da ditadura militar brasileira: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos. Psicologia e Saber Social, 1(1), 103-119, 2012.

MARVILLA, Miguel. Ditaduras não são eternas. Espírito Santo: Flor e Cultura, 2005.

MUSEU DA MEMORIA. Disponível em <http://ww3.museodelamemoria.cl/sobre-el-museo>. Pesquisado em 30/04/2016.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

NEPOMUCENO, Eric. A memória de todos nós. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. São Paulo: UNICAMP, 2007.

O fundamento do Direito em Heidegger

Cleyson de Moraes Mello[1]

Resumo: A Constituição de 1988 representa uma mudança de paradigma no Direito brasileiro. A partir dessa mudança de modelo, é necessário investigar a realização do direito, a partir da tutela da dignidade da pessoa. O Direito alinhado a hermenêutica filosófica assume, pois, um viés transformador. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. É, neste sentido que, em face da flagrante inefetividade da hermenêutica clássica, originariamente metodológica, torna-se necessária à construção de uma resistência teórica que aponte para a construção das condições de possibilidade da compreensão do direito, como modo de ser-no-mundo.

Palavras-chave: Direito. Dignidade humana. Ser-no-mundo, *Dasein*.

Abstract: The Constitution of 1988 represents a change of paradigm in the Brazilian law. From this change of model, it is necessary to investigate the performance of duty, from the protection of the dignity of the person. The legal thought can not be designed from a predominantly caused by the limits of reason and built with the power of abstract rationality. It is in this sense that, given the striking ineffectiveness of classical hermeneutics, methodological in your origin, it is necessary to construct a theoretical strength that point to the construction of the conditions of possibility of understanding the law, as a way of being-in-the-world.

Keywords: right. human dignity. being-in-the-world, *Dasein*.

[1] Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. profcleysonmello@hotmail.com

AS FORMAS DE PENSAR

A primeira forma de pensar é atribuída ao ser humano na forma de animal racional, diretamente referida à sua animalidade, característica intrínseca do ser vivo, "de um ser vivo que, como organismo, chegou a uma forma bem determinada de sua evolução".[2] A segunda forma de pensar, na metafísica ocidental, era reduzida à lógica. Este pensar nos domínios da Filosofia era conhecido como metafísica e na ambiência das ciências como discurso lógico. De modo geral, neste segundo pensar, significava dizer que o ser humano era dotado de racionalidade. Para Heidegger, a terceira forma de pensar (pensar III), a mais importante, é o chamado pensar filosófico, daí designar este pensar como o mais digno de ser pensado.

O pensar filosófico consubstanciado pelos teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica, se impõe pela presença da lógica dos existenciais, ou seja, uma lógica oculta, uma lógica que é condição de qualquer conceito. A lógica existencial se diferencia da lógica das categorias, tendo em vista que esta relaciona-se à ontologia da coisa, àquela, à ontologia fundamental.

É, pois, uma mudança de paradigma no universo jurídico, sobretudo através da filosofia hermenêutica de Heidegger, objetivando uma visão crítica ao direito vigente na busca da construção de um novo marco teórico atrelado aos fundamentos do conhecimento jurídico.

NOVOS PARADIGMAS

O novo paradigma filosófico, visto a partir de um novo princípio epocal[3]

[2] STEIN, Ernildo. Exercícios de Fenomenologia: Limites de um Paradigma. Ijuí, Rio Grande do Sul: Editora Unijuí, 2004. p.91.

[3] Segundo Ernildo Stein, o princípio epocal é o elemento essencial que assinala cada época da história da metafísica e deixa a sua marca em cada uma de suas manifestações. Heidegger enumera um conjunto de princípios epocais nos quais o ser é definido a partir de um ente. Assim, temos, por exemplo, a idéia em Platão, a substância em Aristóteles, o ipsum esse em Tomás de Aquino, o cogito em Descartes, o eu penso em Kant, o saber absoluto em Hegel, e a vontade de poder em Nietzsche. Cada uma dessas concepções de ser da metafísica termina marcando uma época. Por isso se fala em princípios epocais cujos traços aparecem, no fundo, em cada forma de cultura. [...]
Quando, hoje, falamos na Filosofia da Subjetividade e nela nos referimos à Filosofia transcendental e Filosofia dialética, estamos nos movimentando no interior de um princípio epocal como uma determinação paradigmática da modernidade. E, ao falarmos em fenomenologia que se ramifica em fenomenologia transcendental e fenomenologia hermenêutica, já rompemos com o princípio epocal vigente. Depois da Filosofia da subjetividade, entramos num novo modo de fazer Filosofia. A vertente hermenêutica que recorre aos dois teoremas do círculo hermenêutico e da diferença ontológica define uma posição filosófica a partir de onde se faz a introdução dos princípios epocais, desde uma nova compreensão do ser." Ibid., p.141-142.

(é o tempo sem fundamento[4] – sem princípio epocal determinante) da filosofia, deve ser introduzido na Filosofia do Direito, através da hermenêutica ontológico-existencial heideggeriana.

É o ser-aí, como ser-no-mundo, que descerra as portas para uma época em que a metafísica objetivista é deixada para trás, ou seja, é a fase em que a compreensão do ser é a compreensão dos entes em seu acontecer. Isto quer dizer que a metafísica não procura mais sua fundamentação em elementos últimos. O conceito de transcendental[5] (não-clássico) deve ser orientado pela compreensão do ser que possui uma dimensão organizadora e estruturante no ser-aí e no conceito de mundo, ou seja, guiado para bem longe da relação entre consciência e mundo, da relação sujeito-objeto.

Neste sentido, Stein esclarece[6]

> *Assim, o standard de racionalidade que, de certo modo, estava presente em cada princípio epocal, passa a assumir um sentido não-objetivador, isto é, ele se refere a um acontecer que sempre se dá em todos os nossos movimentos retóricos e argumentativos. Talvez isso seja o mais significativo sinal de que fundamentar, depois de ter diagnosticado a crise do fundamento, signifique ser capaz de mostrar para um acontecer no qual estamos enraizados e que somos enquanto ser-no-mundo.*

Nas aulas ministradas por ocasião do Curso durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburgo i. Br., bem como na Conferência proferida a 25 de Maio de 1956, no Club zu Bremen, e a 24 de Outubro de 1956, na Universidade de Viena, Heidegger expõe seu pensamento sobre o princípio do fundamento. Assim, também, em seu tratado *A Essência do Fundamento*, em 1928, traça linha análoga.

Na primeira aula do citado Curso, a afirmação: "Nada é sem fundamento."[7] O princípio do fundamento reza: *nilhil est sine ratione*, ou seja,

[4] No contexto, fundamentar um sentido de justificação de ordem transcendental. Quando se fala em fundamento sem fundo, quer-se dizer algo da impossibilidade de se afirmar um fundamento inconcusso ou um fundamento absoluto. Ibid., p.151.

[5] Kant introduziu o transcendental no sentido de condição de possibilidade do conhecimento e dos objetos do conhecimento. Situava-o, no entanto, na subjetividade. Hoje, no entanto, muitos autores foram além desse conceito clássico e falam de uma transcendentalidade não-clássica que toma diversos sentidos, conforme a Filosofia em que ela é utilizada. Ibid., p.151-152.

[6] Ibid., p.144.

[7] HEIDEGGER, Martin. O Princípio do Fundamento. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.12.

nada é, na verdade, sem fundamento. Isto quer dizer: "Nada daquilo que de certo modo é, o é sem fundamento."[8] Cada ente que é de certa maneira possui um fundamento, não sendo este nem uma verificação, nem uma regra. A questão que se põe é a seguinte: sobre o que se fundamenta o princípio do fundamento? O princípio do fundamento é um princípio fundamental, ou seja, é o princípio fundamental de todos os princípios fundamentais.[9]

Dito de outra forma: o princípio do fundamento é o supremo dos princípios fundamentais.[10] Ele se encontra numa região obscura.[11] Nesse sentido, na sétima aula do curso, o filósofo Martin Heidegger manifesta que o princípio do fundamento "é um daqueles princípios que silenciam aquilo que lhes é mais próprio. O silenciado é aquilo que não é pronunciado. Ouvir o inexpressado exige um ouvido que cada um de nós tem e nenhum usa corretamente."[12]

No que concerne ao silêncio, é o esquecimento do ser enquanto somos incapazes de pensá-lo em sua essência que caracteriza a questão central da metafísica clássica. Observa-se o conhecimento humano atrelado a princípios supremos esclarecedores, claros e inabaláveis (*fundamentum inconcussum*).

No pensamento heideggeriano, *ser* e *fundamento* estão entrelaçados; *ser* é em sua essência *fundamento*. O filósofo ilumina as suas lições afirmando que, segundo o princípio do fundamento, somente o ente é respectivamente fundamentado, já que ao ser pertence fundamento. Isso quer dizer que o ser enquanto ser é fundado e apenas o ente tem sempre o seu fundamento. Por essa razão, o ser nunca pode anteriormente ter um fundamento, que o deva fundamentar. Ora, o fundamento do ser é sem-fundo (*Ab-Grund*),[13] abissal.

Entretanto para alcançarmos a área do estado-de-coisas, na qual o princípio do fundamento é entendido enquanto princípio do ser, torna-se necessário realizar um "salto". Segundo Heidegger, "o salto leva o pensamento

[8] Ibid., p.14.
[9] Ibid., p.18.
[10] Ibid., p.20.
[11] O filósofo afirma: "Para onde quer que olhemos, a discussão do princípio do fundamento cai, logo nos primeiros passos, na obscuridade. [...] O claro e a luz precisam no entanto do obscuro e da sombra, senão nada haveria para elucidar." Ibid., p.21.
[12] Ibid., p.72.
[13] Nesse sentido, destacamos o fio condutor traçado no artigo de Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) Novos Direitos: Os Paradigmas da Pós-Modernidade. Niterói: Impetus, 2004. p.44-47.

sem pontes, isto é sem a constância de uma progressão, para uma área e uma outra maneira do dizer."[14] Dessa maneira, o princípio do fundamento não é apenas princípio como um princípio fundamental supremo; ele é um princípio no sentido insigne, já que é um salto.

> *No sentido de um tal salto, o princípio do fundamento é um princípio na essência do ser. Na realidade nós não podemos continuar a dizer que o princípio do fundamento é um princípio do ser, mas devemos dizer: o princípio do fundamento é um princípio no ser como ser, isto é como fundamento.*[15]

Antes de atingir a essência do princípio do fundamento, nas aulas 1 a 6 por ocasião do Curso, durante o semestre de Inverno de 1955/56, na Universidade de Freiburgo i. Br., nota-se desvios em torno do princípio do fundamento. Na ocasião, Heidegger destacou cinco coisas mais importantes encontradas em torno do princípio do fundamento. São elas a preparação do salto do princípio do fundamento para o princípio do ser, designadas da seguinte forma:[16] 1. A incubação do princípio do fundamento; 2. A ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo; 3. A reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era; 4. O fundamento como "porquê" e como "porque" e 5. A mudança de tonalidade no princípio do fundamento.

A primeira coisa principal é o período de incubação do princípio do fundamento. Nessa fase do pensamento ocidental, o ser ainda dorme. A incubação está relacionada à história da metafísica antiga e medieval que, na pergunta pelo ente enquanto tal, o ser sempre se manifestou de forma inessencial. Esta é a época enquanto o ser se subtrai. É neste retirar-se que se oculta a essência do ser.[17] A segunda coisa mencionada por Heidegger é a ordenação do princípio do fundamento como um princípio fundamental supremo. Leibniz fixou o princípio do fundamento na versão rigorosa do *principium reddendae rationis*.[18]

[14] HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.83.
[15] Ibid., p.84.
[16] Ibid., p.89-90.
[17] Ibid., p.84-85.
[18] Segundo Heidegger, "Leibniz escreve num dos últimos ensaios (Specimen inventorum, Philos. Schriften ed. Gerhardt VII, 309): duo sunt prima principia omnium tatiocinationum, Principium nempe contradictionis... et principium reddendae rationis; 'há dois princípios superiores para todos os procedimentos demonstrativos, o princípio – entende-se – da contradição e o princípio reddendae rationis. Este princípio mencionado em segundo lugar diz, quod omnis veritatis reddi ratio potest (ib.), 'que para cada verdade (isto é, segundo Leibniz,

Nessa fase, o ente aparece como objeto e o ser chega à aparência, enquanto a objetualidade dos objetos. Esta objetualidade em relação recíproca alcança a subjetividade dos sujeitos. Ser enquanto a objetualidade dos objetos é fixado na relação com a representação do sujeito.[19] O método que destina o ser na objetualidade dos objetos, que se retira na sua essência como ser, define a Era Moderna. Neste momento, o período de incubação do princípio do fundamento chega a seu fim.[20]

A terceira das cinco coisas mencionadas por Heidegger é a reivindicação do princípio do fundamento como o princípio mais poderoso, que define a nossa era. É a característica da Era Atômica, como aquela que está sujeita ao poder do *principium reddendae rationis sufficientis*.[21] É a reivindicação à entrega do fundamento suficiente para tudo que é concebido. A natureza tornou-se um objeto e uma representação, que põem em relevo e assegura os seus fenômenos como uma existência calculável.[22]

A quarta coisa principal é relacionada ao fundamento como "porquê" e como "porque". A base da reflexão está fulcrada sobre um *Aforismo de Angelus*

para cada verdadeiro princípio) pode ser concedido um fundamento'. O principium rationis é para Leibniz, pensado rigorosamente, o principium reddendae rationis. Rationem reddere significa: devolver o fundamento. Por que razão devolver e para onde dar de volta? Porque nos métodos demonstrativos, falando em geral do reconhecimento, tratando-se da re(a)-presentação dos ob-jetos, entra em jogo este 'devolver'. A linguagem latina da Filosofia di-lo mais claramente: o conceber é re-praesentatio. Aquilo que vem ao encontro, vem em direção ao eu representante, de volta para ele e é apresentado ao seu encontro, (de)posto num presente. Conforme o principium reddendae rationis, o representar tem de, caso pretenda que seja reconhecedora, dar de volta o fundamento daquilo que vem ao encontro ao representar, e isto quer dizer, dá-lo de volta a si mesmo (reddere). No representar re-cognitivo pelo principium rationis. O princípio do fundamento é por isso, para Leibniz, o princípio fundamental do fundamento a ser deposicionado." Ibid., p.39-40.

[19] Ibid., p.86.

[20] Ibid., p.85.

[21] Nestes lindes, Heidegger caracteriza a Era Atômica como "época planetária da Humanidade pelo fato do poder do princípio magno, do principium reddendae rationis, se desenvolver de um modo expatriado na área determinante da existência do homem, se não mesmo a desencadeia. Quando a palavra 'expatriado' (unheimlich) é aqui utilizada não o é em sentido sentimental. É para que pensemos literal e objetivamente que o singular desencadeamento da reivindicação à entrega (Zu-stelling) do fundamento ameaça tudo o que é pátrio (Heimische) do homem e lhe rouba qualquer fundamento e solo para o enraizamento, isto é, para aquilo a partir do qual até agora cresceu cada uma das grandes Eras da Humanidade, cada espírito aberto para o mundo, cada formação da figura humana.

Assim evidencia-se uma situação extremamente estranha do homem moderno, uma tal que vai contra todas as opiniões habituais das representações quotidianas, na qual nós vagueamos como cegos e surdos: a reivindicação do princípio magno do fundamento a ser entregue retira ao homem contemporâneo o enraizamento. Também podemos dizer: quanto mais decisivamente for forjada a corrida para a sujeição das enormes energias, através da qual a necessidade energética do homem sobre a Terra deverá ser coberta para todos os tempos, tanto mais escassa será a riqueza do homem, na área do essencial para construir e habitar. Isto é um enigmático contraste entre a reivindicação à entrega do fundamento e a perda." Ibid., p.53.

[22] Ibid., p.87.

Silesius, contemporâneo mais jovem de Leibniz. Diz o aforismo: "A rosa é sem porquê; ela floresce, porque floresce, Ela não repara em si própria, não pergunta, se a vemos."[23] Heidegger afirma: "A rosa é sem porquê, mas não sem fundamento. O "porquê" nomeia o fundamento, que sempre fundamenta assim, que ele é simultaneamente apresentado como fundamento".[24] O "porque" do aforismo indica o florescer remetendo-o a si próprio, isto é, o florescer funda-se a si próprio. O florescer é puro abrir-se-a-partir-de-si-próprio, puro brilhar. Assim, o "porque" menciona o fundamento, mas este é no aforismo o simples florescer da rosa, o ser-rosa.[25]

A quinta e última questão apresentada é a mudança de tonalidade no princípio do fundamento. Em vez de "*Nada* é *sem* fundamento", Heidegger entoa "Nada *é* sem *fundamento*", ou seja, o tom deslocou do "nada" para o "é" e do "sem" para o "fundamento". A questão é que a palavra "é" nomeia de alguma forma o ser. Destarte, o deslocamento do tom na referida frase permite ouvir uma consonância de ser e fundamento. O princípio fala agora do ser.[26]

Portanto, poderíamos entender que o ser tem fundamento, isto é, o ser é fundamentado. Disso não existe referência com o *principium rationis*, uma vez que, segundo tal princípio do fundamento, apenas o ente é respectivamente fundamentado. Desta sorte, em consequência disso, a nova tonalidade põe a descoberto o princípio do fundamento como um princípio do ser.[27]

O FUNDAMENTO EM HEIDEGGER

A proposta de Heidegger é pensar o fundamento como o ser e o ser como fundamento, ou seja, isto representa não mais explicar o ser através

[23] Ibid., p.67.
[24] Ibid., p.88.
[25] Ibid., p.89.
[26] Nas lições de Heidegger, interessante destacar a harmonia do sentido do princípio com seu sentido musical. Através do sentido musical entende a relação perfeita com o princípio do fundamento da seguinte forma: "Se entendermos a palavra 'princípio' no sentido musical, então é válido para o nosso caminho através do princípio do fundamento, aquilo que uma vez Bettina v. Arnim escreve no seu livro 'Goethes Briefwechsel mit einem Kinde' (Correspondência de Goethe com uma Criança): 'Quando na música se fala de uma frase e de como ele é executado, ou do acompanhamento de um instrumento e do entendimento com o qual ele é tratado, aí eu penso exatamente o contrário, que o andamento executa o músico, que o andamento tantas vezes se apresenta, se desenvolve, se concentra, até que o espírito totalmente nele se estabelece.' (Obras Completas, ed. Oehlke. Vol. III, p.168)." Ibid., p.132.
[27] Ibid., p.80.

de algo que é ente.[28] É neste momento que aparece a importância do salto como ouvir o princípio do fundamento como um princípio do ser.

> *O salto desprende-se de uma e a partir de uma área de desprendimento. O salto abandona esta área e não a deixa contudo atrás de si. Através do abandonar o salto recupera a área de desprendimento de uma nova forma, e decerto não apenas na margem senão necessariamente. O salto é um salto essencialmente retrospectivo. O que nós apreendemos na retrospectiva das coisas principais, tentamos manter uniforme, ao caracterizarmos o traço principal da área de desprendimento.*
>
> *Esta área mostrou-se-nos como a história do pensamento ocidental. No respeitante a ela falou-se de destino do ser. Aquilo que é válido ouvir na segunda tonalidade do princípio do fundamento como o princípio do ser, não é de modo algum de tal gênero, que nós ainda não o tivéssemos ouvido de todo. Isso é, pelo contrário, de um tal gênero que nos reivindica na nossa essência, bem entendido: na nossa essência. Isto quer dizer: a reivindicação do ser instala primeiramente o homem na sua essência. No destino do ser e a partir dele somos nós em primeiro lugar destinação (geschicklich) e como essência destinada somos obrigados a encontrar o destinado (Schickliche), e isto quer dizer sempre simultaneamente enredado nosso, a malograrmos o destinado.*[29]

A história do pensamento ocidental é a história do ser como retirada. A área de desprendimento é a história do pensamento ocidental, experimentada como destino do ser;[30] é a história do destino do ser. Um traço fundamental do ser é o seu desocultar-se. Este desocultar não é atributo do ser, senão o próprio ser, ou seja, o ser tem o seu ser próprio no desocultar-se. E dessa maneira, Heidegger afirma: "O ser não é anteriormente algo por si, que é depois em primeiro lugar realizado por um desocultar-se. Desocultar-se não é um atributo do ser, senão: desocultar-se pertence à propriedade do ser."[31] Este desocultar-se perdura enquanto ocultar-se e é apenas na medida em que o homem, segundo sua essência se encontrar numa clareira do ser, será ele um ser pensante. Somente o desvelamento do ser possibilita a revelabilidade do ente. Este desvelamento, como verdade sobre o ser, é

[28] Ibid., p.103.
[29] Ibid., p.103.
[30] Ibid., p.137.
[31] Ibid., p.104.

chamado por Heidegger de *verdade ontológica*.[32] A história do pensamento é o envio da essência do homem a partir do destino do ser.[33] Desta forma, o destino do ser permanece em si a história essencial do homem ocidental, na medida em que o homem histórico é necessário no habitar edificante da clareira do ser.[34] É no salto que encontramos o mais digno de ser pensado.[35]

> *O pensar deve dar o salto sempre de novo e primordialmente. Neste sempre iniciado dar o salto não há qualquer repetição e qualquer regresso. É necessário o salto, até que o antepensar recordante no ser como ser tenha se transformado, a partir da verdade do ser, num outro dizer.*[36]

Portanto, re-cordar o sido é ante-pensar no impensado a-ser-pensado. [37] Isto quer dizer que em Heidegger o princípio do fundamento não é pensado conforme a metafísica clássica, mas sim pensado como um princípio histórico-ontológico. Historica-ontologicamente, *ser* e *fundamento* "são" o mesmo.[38] É neste sentido que não podemos pensar o ser a partir do ente; não podemos pensar o ser como ratio, como causa primordial, como fundamento racional, mas sim ser e fundamento como uma pertença recíproca. E na medida que o ser se desdobra como fundamento, não tem ele próprio um fundamento, porque qualquer fundamentação teria de minimizar o ser a algo como ente.

Heidegger afirma: "Ser permanece como ser, destituído de fundo. Do ser permanece o fundamento, isto é como fundamento primeiramente fundamentador, de fora e separado. Ser: o sem-fundo."[39] Fundamento significa,

---

[32] HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988, p.23.
[33] HEIDEGGER, op.cit., 1999. p.128.
[34] Ibid., p.137.
[35] Ibid., p.131.
[36] Ibid., p.139.
[37] Esta interessante frase é formulada por Heidegger na décima segunda aula do Curso referido onde o filósofo ensina que o "salto no desprendimento não desvia de si a área de desprendimento, senão que o salto torna-se ao saltar na apropriação monumental do destino do ser. O próprio salto exprime o seguinte: ele não salta nem para a fora da área de desprendimento, nem adiante para uma zona separada por si. O salto permanece salto apenas como memorial. Re-cordar, isto é o destino sido, exprime contudo: refletir, e na verdade sobre aquilo ainda impensado no sido como o a-ser-pensado. A este corresponde o pensar apenas como ante-pensado. Re-cordar o sido é ante-pensar no impensado a ser-pensado. Pensar é antepensar recordando. Isso não adere historicamente representado ao sido como algo passado, nem olha fixamente concebido com a impertinência do profético para um fictício futuro consciente. O pensamento recordante-antepensante é o dar o salto. Este salto é um princípio, ao qual o pensamento se submete. Ibid., p.138-139.
[38] HEIDEGGER, op.cit, 1999, p.160.
[39] Ibid., p.160-161.

"pensado na totalidade", a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta.[40] Assim, o princípio do fundamento é sem-fundo. Portanto, o salto é um salto para o abismo, isto é, é o abissal da história da verdade do próprio ser. Em sua obra *Identidad Y Diferencia*, Heidegger questiona

> *¿A dónde salta el salto cuando salta desde el fundamento? ¿Salta a um abismo? Sí, mientras nos limitemos a representar el salto, y en concreto, em el horizonte del pensar metafísico. No, mientras saltemos y nos dejemos ir. ¿A dónde? Allí, a donde estamos ya admitidos: la pertenencia al ser. Pero el ser mismo nos pertenece, pues sólo em nosotros puede presentarse como ser, esto es, llegar a la presencia.*
>
> *Por tanto, para exeprimentar propiamente la mutua pertenencia de hombre y ser, es necesario un salto, es necesaria la brusquedad de la vuelta sin puentes al interior de aquella pertenencia que es la primera en conceder la mutua relación de hombre y ser, y, con ello, la constelación de ambos. El salto es la puerta que abre bruscamente la entrada al dominio em el que el hombre y el ser se han encontrado desde siempre en su esencia porque han pasado a ser propios el uno del outro desde el momento em el que se han alcanzado. La puerta de entrada al dominio en donde esto sucede, acuerda y determina por vez primera la experiencia del pensar.*[41]

A diferença entre um ente e outro é a diferença ôntica e a diferença ontológica é aquela diferenciação do ente e do seu ser. É esta diferenciação entre o ente e seu ser que constitui a essência da metafísica, a sua *meta*. Nesse sentido, o filósofo afirma:

> *la diferencia de ente y ser es el ámbito dentro del cual la metafísica, el pensamiento occidental en la totalidad de su esencia, puede ser lo que es. Por ello, el pasa atrás va desde la metafísica hasta la esencia de la metafísica.*[42]

[40] Heidegger explica que fundamento designa "por um lado a profundidade, por exemplo, o fundo do mar, o fundo do vale, a pradaria, um terreno e um solo em depressão, situados profundamente; no sentido mais vasto significa a terra, o solo da terra. Ainda mais primordialmente fundamento exprime ainda hoje na área linguística suabo-alemã tanto como humo. Isso é o fundo crescido, o pesado e fértil solo da terra. Um canteiro de flores, por exemplo, tem muito pouco fundo, o qual deverá primeiramente ser fornecido para um crescimento favorável. Fundamento significa, pensado na totalidade a área situada profundamente e que ao mesmo tempo sustenta. Assim falamos nós do fundo do coração." Ibid., p.141.

[41] HEIDEGGER, Martin. Identidad Y Diferencia. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990, p.78-79.

[42] Ibid., p.115.

Daí a transposição para o ser através do ente, já que quando Heidegger problematiza a diferença ontológica, está buscando, destarte, retomar a diferença metafísica entre *ser* e *ente*. Logo, ser é ser do ente, o ente é o ente do ser; *ser* e *ente* aparecem sempre no mesmo modo a partir da diferença. Por conseguinte, "lo único que está claro es que cuando se habla del ser de lo ente y de lo ente del ser, se trata siempre de una diferencia."[43] "La diferencia constituye el proyecto en la construcción de la esencia de la metafísica."[44]

Importa destacar, ainda, que é a transcendência o recinto da questão em torno do fundamento. A transcendência heideggeriana significa ultrapassagem. O transcendente (que transcende) é o que realiza a ultrapassagem, persiste na ação de ultrapassar. Esta transcendência, na significação terminológica que importa clarificar e apresentar, significa o que é próprio do estar-aí humano.[45] Esta transcendência mediante uma análise do conceito de mundo, determina-se como ser-no-mundo do estar-aí (ser-aí, pre-sença, *Dasein*).[46]

REFERÊNCIAS

HEIDEGGER, Martin. *A Essência do Fundamento*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____, *Identidad Y Diferencia*. Tradução Helena Cortés e Arturo Leyte. Barcelona: Anthropos Editorial, 1990.

_____. *O Princípio do Fundamento*. Tradução Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia:* Limites de um Paradigma. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Os Métodos de Interpretação, a Metafísica e de como não há um Grundmethode na Hermenêutica: Um contributo à luz do Ontological Turn.* In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (Org.) *Novos Direitos:* Os Paradigmas da Pós-Modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

[43] Ibid., p.135.
[44] Ibid., p.153.
[45] HEIDEGGER, op.cit., 1988. p.33.
[46] Ibid., p.85.

Análise dos fundamentos epistemológicos da jusfilosofia de Hans Kelsen[1]

Daniel Nunes Pereira[2], Patrick de Almeida Saigg[3] e Samira Costa Arcanjo[4]

Resumo: O presente artigo visa desfazer alguns entreveros na interpretação da obra de Hans Kelsen, desconstruir o mito de um positivismo exegeta inexistente na jusfilosofia do mestre de Viena. Especificamente, a premência de uma Jurisdição Constitucional, a partir da teoria Kelseneana necessita de subsídios filosóficos de grande amplitude temática e elaborada complexidade, que constantemente não são adequadamente descritos ou interpretados. A argumentação constitucional do autor deriva de constructos filosóficos próprios, coerentes entre si, nos quais jazem os arcabouços epistemológicos próprios.

Palavras-Chaves: Hans Kelsen; Epistemologia; Jusfilosofia; Teoria do Direito.

[1] Artigo originalmente apresentado no "Seminário Comemorativo Dos 80 Anos Da Teoria Pura Do Direito- Da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento" ocorrido entre os dias 1 e 3 de outubro de 2014 na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

[2] Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito e Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Bacharel em Direito (UFF). Especialista CPE em História Europeia (U.U.-Utrecht). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida (Teoria do Direito e Ciência Política). Professor Adjunto (Direito Público) da Faculdade de Direito de Valença. Brasil. Contato: danielnunes@id.uff.br .

[3] Graduando em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ. Brasil. Monitor da disciplina "Introdução à Ciência do Direito" (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: patrick-al-saigg@hotmail.com .

[4] Graduanda em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ. Brasil. Monitora da disciplina "Hermenêutica Jurídica" (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: samira_arcanjo@live.com .

ANALYSIS OF THE EPISTEMOLOGICAL FOUNDATIONS OF HANS KELSEN'S PHILOSOPHY OF LAW

Abstract: This paper aims to undo some donnybrook in the interpretation of the work of Hans Kelsen, and to deconstruct the myth of a nonexistent exegete positivism of the Viennese master's philosophy. Specifically, the urgency of a Constitutional Jurisdiction from Kelsenean theory requires philosophical furtherance of large-scale theme and elaborate complexity that constantly are not adequately described or interpreted. The constitutional argument of the author derives from his own philosophical constructs, consistent with each other, in which lie his own epistemological frameworks

Key-Words: Hans Kelsen; Epistemology; Philosophy of Law; Jurisprudence.

I. INTRODUÇÃO - *DRAMATIS PERSONAE*

Kelsen nasceu em Praga[5] em onze de outubro 1881. Com a idade de três anos, sua família, de origem germânica, judaica e de classe média, mudou-se para a cosmopolita Viena, onde Kelsen prosseguiu os seus estudos acadêmicos. Em 1906 ele alcançou seu doutorado em direito, apesar de os seus interesses ao longo da vida tenham se concentrado em temas mais humanistas, como filosofia, arte e política. Sua paixão pelo conhecimento nestas áreas no entanto claramente exerceu uma importante influência sobre grande parte do seu trabalho ao longo de sua vida, sendo nomeado em 1919 professor catedrático de Direito Público. Antes disso, durante a Primeira Guerra, trabalhou como conselheiro junto a administração militar do Império Austro Húngaro, e em 1918, ao fim da Guerra, foi contratado como professor associado junto à Universidade de Viena.

O ano de 1919 foi particularmente importante para Kelsen. Não só ele garantiu um avanço significativo na sua carreira acadêmica como o fundador e editor da Revista de Direito Público, mas ele também se tornou uma personalidade importante na história de seu país pois a ele foi confiada a tarefa de elaboração da nova Constituição austríaca. Adotado em 1920, o documento manteve-se quase inalterado até hoje em seus princípios fundamentais.

Os próximos dez anos constituíram um período altamente gratificante

[5] Embora nascido em Praga, atualmente capital da República Tcheca, sua família era germânica, e a referida cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro.

e estimulante de ensino e pesquisa. Muitos de seus alunos tornaram-se importantes teóricos do direito, com, por exemplo, Alfred Verdross, Erich Voegelin, Alf Ross e Luis Legaz y Lacambra. Juntos, esses intelectuais notáveis formaram o movimento cultural conhecido como o *Wiener Schule*. Kelsen também esteve em contato com estudiosos de renome em seu país, como os austromarxistas Otto Bauer e Max Adler e os liberais Joseph Schumpeter e Ludwig van Mises. Politicamente alegava manter-se neutro, todavia era clara sua simpatia aos socialdemocratas.

Em 1921 Hans Kelsen foi nomeado como membro do Tribunal Constitucional austríaco, onde exerceu uma forte influência com suas decisões. Ele saiu da Corte em 1930 por motivos políticos, especialmente um embate com o Partido Social Cristão. Os ataques políticos contra Kelsen foram tão fortes que ele decidiu se mudar para Colônia, na Alemanha, durante o conturbado período da República de Weimar.

Em Colônia ele ministrou aulas de Direito Internacional na universidade local, focando em particular a então nova área do Direito Internacional positivo. Até este ponto em sua carreira acadêmica ele refletiu, principalmente, sobre a relação entre a lei nacional e as normas internacionais, concentrando sua atenção sobre o conceito de soberania.

Em 1931 ele publicou "*Wer soll der Hütter der Verfassung sein*", uma resposta a Carl Schmitt e a problemática da jurisdição constitucional. No entanto, quando os nazistas tomaram o poder, em 1933, a situação na Universidade de Colônia mudou rapidamente, e Kelsen, por sua ascendência judia, foi removido de suas funções. Junto com sua esposa e duas filhas, ele partiu para Genebra no outono de 1933 para iniciar uma nova carreira acadêmica. Seu trabalho acadêmico prosperou na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo sua Teoria Pura do Direito e sua obra acerca do Direito Internacional, deveras profícua ao estabelecimento da Organização das Nações Unidas.

II. ONTOLOGIA POLÍTICO-JURÍDICA

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Kelsen faz uma analogia

entre teoria política e disciplinas da filosofia, quais sejam, a epistemologia e a teoria dos valores. Na teoria de Kelsen, em última análise, com fito meramente argumentativo e didático, há duas formas de Estado antagônicas: a democracia e a autocracia. E na filosofia, tanto na epistemologia como na teoria dos valores, existe o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico.

> *(...) não existe apenas um paralelismo externo, mas uma relação interna entre o antagonismo autocracia/democracia, por um lado, e absolutismo filosófico/relativismo filosófico, por outro; que a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161).*

Decorre de tal raciocínio a conclusão lógica de que as doutrinas absolutas, inclusive as que concernem a abstração Justiça, concorrem para a autocracia. O relativismo axiológico teria o condão de impedir a formação de regimes políticos despóticos, os quais usualmente, conforme atesta a história, se fundam em valores absolutos. Ou seja, é preciso entender que, por exemplo, Justiça é aquilo que os homens consensualmente definem como tal – as Nürnberger Gesetze[6], exempli gratia, consubstanciavam a mais pura concepção de Justiça do III Reich.

Nota-se que Kelsen escapa do idealismo hegeliano, uma vez que não confunde o conceito com a realidade. Da mesma forma, não incorre no pensamento de Platão, que as idéias, como por exemplo a Justiça, formam a realidade universal, entendida como a verdade absoluta da existência.

Assim, para Kelsen, o relativismo de valores no que concerne á definição da Justiça, implica na afirmação da autonomia moral do homem[7] e na necessidade de um acordo dialógico sobre valores. Não há, portanto, como criticam outros pensadores, negação de toda moral. Kelsen admite, entretanto, que o objetivo de todo ordenamento jurídico é eudemonista, ou

[6] As Leis de Nuremberg eram basicamente o principal corpo legal do Terceiro Reich, com a transcrição para instrumentos legislativos de toda a ideologia antissemita do nazismo, de tal sorte que permitiram processual e juridicamente a perseguição de determinados grupos sociais.

[7] A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas a priori, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite inferir, segundo Cossio (1954: 114) haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comento) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

seja, serão consideradas moralmente boas as condutas que levam à felicidade da sociedade ou do indivíduo.

Eis o antitético paroxismo da ontologia kelseneana: é axiomático o relativismo epistêmico, em outras palavras, há uma "Verdade" e ela diz que não há "Verdades". Assevera-se o caráter normativo de tal assertiva – Kelsen não diz haver ou não "Verdade", apenas alega que devemos tomar como certa a pluralidade de "Verdades" cognoscíveis e defensáveis. Assim é que, por não saber se há determinado valor absoluto último, ou, se houver, não sendo cognoscível, adota-se metodologicamente o Relativismo como axioma. Tal raciocínio parece derivar da influência Kantiana[8] na obra de Kelsen, visto que o pensador de Königsberg acreditava haver o Uno (como em Plotino), o Absoluto, mas negava qualquer possibilidade de cognoscibilidade.

> *People have always spoken of the absolutely necessary being, and have taken pains, not so much to understand whether and how a thing of this kind can even be thought, but rather to prove its existence.... if by means of the word unconditioned I dismiss all the conditions that the understanding always requires in order to regard something as necessary, this does not come close to enabling me to understand whether I then still think something through a concept of an unconditionally necessary being, or perhaps think nothing at all through it. (KANT, 2003: Cap III, Sec. IV).*

Essa crença na impossibilidade de gnose acerca de determinado valor absoluto, conjuga-se com o ceticismo de Kelsen quanto ao sujeito deste processo epistêmico, ou seja, decorre de uma determinada e específica compreensão do gênero humano.

III. ANTROPOLOGIA POLÍTICA

Antropologia política, em uma delimitação disciplinar realista e conservadora, consiste no estudo dos aspectos sociais e políticas de uma sociedade e suas conexões (ABÉLÈS, 1990: 49). Neste recorte, preocupa-se, entre outras questões, com a questão do poder e sua origem e seu papel

[8] É polêmica a questão de Kelsen ser ou não tributário de Kant, todavia, optamos pela afirmativa, havendo suporte fático em correspondência do jusfilósofo austríaco ao amigo Renato Tréves (filósofo e sociólogo italiano adepto do neokantismo de Marburgo), na qual se lê: : "É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana...". (KELSEN, 1984: 327).

na sociedade, bem como a relação entre os indivíduos e da distribuição do poder (ABÉLÈS, 1990: 52). Algumas das questões examinadas em antropologia política incluem o papel de autoridade e liderança, o papel da burocracia em sociedades complexas. Em sua teleologia, Antropologia política há de envolver instituições sociais, como estruturas religiosas e familiares, instituições econômicas e sistema político (ABÉLÈS, 1990: 56). É esta teleologia que interessa ao estudo, sobretudo pelo fato de que esta disciplina, de tal maneira recortada, não é anunciada ou confessa nem na obra de Schmitt nem de Kelsen. É central, todavia, pois ao apontar determinado arranjo institucional, presume-se o sujeito que há de operá-lo – adota-se determinada configuração pela crença de como o gênero humano age ,de maneira mais ou menos generalizada, em algum contexto em questão. Id est, no caso em comento, qual entendimento do Homem justifica mais ou menos uma jurisdição Constitucional, seja coadunada ao Judiciário ou ao Poder Executivo.

Kelsen constrói sua Antropologia Políticas inconfessa a partir de *Weltanschauug* específica oriunda da Crise Antropológica havida na virada do século XIX na *Mitteleuropa*.

Kelsen, em seus primeiros anos como Universitário lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, trabalhando com seus frutos já no primeiro quartel do século XX. A narrativa histórico-política, ocorrida entre 1848 e 1897 reflete a transformação simultânea nas diversas áreas culturais, cotejando a referida Crise Antropológica. Após a débâcle de 1848 e os ataques liberais às tradições da aristocracia, que durante séculos ocupou o governo, bem como as reações e desdobramentos dessas investidas, ditaram a evolução da arquitetura, da arte, da política e dos movimentos sociais (SCHORSKE, 1981: 117). A "l'âge d'or" do liberalismo austríaco se manteve enquanto o absolutismo se manifestava como seu opositor direto, havendo decadência das estruturas de poder aristocráticas. Em decorrência dos acontecimentos posteriores a 1848, os liberais moderados se aproximaram do poder, o que coincide com o estabelecimento de um regime constitucional, por volta da década de sessenta do século dezenove (SCHORSKE, 1981: 117). Ocorre que a ascensão ao poder dos liberais austríacos não decorreu de uma luta organizada e perene, não havendo, por conseguinte, força política suficiente para remover definitivamente a aristocracia do poder, de tal sorte

que este, na verdade, precisou ser compartilhado com a antiga burocracia imperial (SCHORSKE, 1981: 117).

Em decorrência do fracasso Liberal (SCHORSKE, 1981: 5), nos anos oitenta do século XIX, novos grupos tentaram alcançar o poder, a saber, socialistas, anti-semitas, sociais-cristãos, e nacionalistas eslavos (SCHORSKE, 1981: 118). Ao final da década de 90, os sócias-cristãos (anti-semitas), foram alçados ao poder, o que, expôs as principais contradições do liberalismo austríaco. Por fim, a sociedade austríaca fracassou em seguir o projeto burguês, sendo que ao final do século dezenove o expediente liberal, originalmente direcionado contra a aristocracia, ocasionou o levante dos populares. Ou seja, os liberais conseguiram despertar as massas, mas contra si próprios e não contra a nobreza (SCHORSKE, 1981: 7). Esse fracasso causou intensas repercussões psicológicas, quais sejam, impotência e decadência (SCHORSKE, 1981: 19). Havia um aparente limite alcançado do progresso da sociedade e vida social havia se tornado brutal, a ansiedade tomou conta do universo político, social e até subjetivo. A crença no liberalismo foi questionada, e, por fim, estilhaçada (SCHORSKE, 1981: 21).

O quadro político austríaco marcado pela descrença e falta de alternativas repercutiu no contexto social de Viena, especificamente dentro da burguesia liberal, originada sem identidade própria e descaracterizada como simulacro da aristocracia (SCHORSKE, 1981: 6). Essa descrença e a ausência de valores e o antagonismo entre o antigo e o novo se sucedeu de tal forma que este não conseguia assumir o lugar que lhe pertencia por direito, enquanto aquele não mais tinha força para subsistir com eficácia. Desse total entrevero surgiu um emaranhado de crises na identidade e nos valores austríacos, que são sintomáticos nas artes e na produção intelectual.

A partir do singular movimento histórico ocorrido em Viena, estruturou-se a construção de uma nova concepção de homem. Esse novo entendimento surgiu como resposta a ansiedade concernente a sobrevivência do indivíduo diante de uma sociedade em franco processo de desmoronamento (SCHORSKE, 1981: 181). O Fin-de-Siécle de Viena se caracterizou por ser um movimento de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista. De maneira oposta, o liberalismo iluminista tradicional concebia o homem

como eminentemente racional, dando a devida importância ao seu domínio científico sobre a natureza e moralidade, os quais eram pré-requisitos para a criação da sociedade ideal. O homem psicológico surge como uma criatura mais rica, porém inconstante, perigosa ao projeto liberal.

Eis que surge Freud, fundador da noção quase científica deste homem psicológico, em análise de seus sonhos, contribuiu para a teoria política, por um espectro vienense – a redução da política à relações edipianas e parricídio. Kelsen é influenciado por essa noção de homem psicológico[9] e seu ímpeto parricida que contamina as instituições, e a desilusão com a moral burguesa que não passava de uma corruptela do ideal aristocrático.

A obra de Freud foi de importante influência nas teorias de Kelsen, conforme podemos atestar em seus próprios escritos[10] (KELSEN, 2000) e de comentadores deveras autorizados (JABLONER, 1998). Sobressaem três categorias da Teoria Política de Freud que aparecem de uma forma ou de outra na Antropologia Política de Kelsen: Renúncia, Autoridade e Contrato Social. Importa ressaltar que as três categorias se entrelaçam, conforme há de se demonstrar.

Na primeira categoria, qual seja, a Renúncia, entende-se que homem renuncia a seus instintos agressivos substituindo-os pelas agressões estatais (FREUD, 2010a: 50, 86) ou seja, vis-à-vis com a teoria weberiana, o Estado proíbe ao indivíduo infrações, não para aboli-las, mas. sim, para monopolizá-las.

No que concerne a Autoridade, central à Teoria do Estado de Kelsen, Freud reproduz em grande medida o exposto por Burke (1823: 106), na medida em que admite a positividade das restrições sociais que nos livram da escravidão às paixões. Assinala Freud, todavia, a presença concomitante do amor e da autoridade, havendo, portanto, ambivalência.

Sabendo que Kelsen é tributário dos clássicos contratualistas, resta informar que os alcança mediante a noção Freudiana de Contrato Social. Se

[9] Essa descrença da Razão em Kelsen também parece ser tributária do pensamento Kantiano, especificamente a Dialética Transcendental da Lógica, que estatui que a Razão pode se enganar (KANT, 2001: A768), o que fundamenta-se também no pensamento de David Hume acerca do entendimento racional humano (HUME, 2009: 451).

[10] Especialmente o artigo "*Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse*" publicado no periódico acadêmico de psicanálise. "Imago", Vol. VIII, 1922, pp. 97-141, traduzido no Brasil dentro da obra "A Democracia" (KELSEN, 2000).

em Hobbes, Locke e Rousseau, tal figura explica a legitimidade original da sociedade política, em Freud, a sociedade contratual política corresponde ao desejo irracional do homem em restaurar a Autoridade. Após a morte do pai primitivo (canibalizado pela Horda Primeva), surge no homem a "Nostalgia do pai"[11] (FREUD, 2010b: 18, 23, 24) . Para ele, o governo não surge de um contrato social, mas, de uma resposta contrarrevolucionária, que emerge após a queda do governo patriarcal e representa o desejo majoritário dos cidadãos-irmãos, ou seja, diferentemente dos clássicos contratualistas, não é uma manifestação de prudência do grupo. Os mitos do contrato social, no universo psicanalítico, podem ser vistos como reafirmação da vontade do pai acima dos impulsos rebeldes dos filhos. Isso também explica a sobreposição de Religião e Política, havendo transferências, de matrizes edipianas, da figura paterna para o espaço público.

> *The primal parricide, the guilt and ambivalence from this act become the prop that enables to elucidate the origin of religion and politics. The religious phenomenon, as well as contractualist comprehension of politics, are deemed on the prospect of neurosis and Oedipus complex. Religion and politics, from the bias of neurosis, provide resources to the individual that allows the revival of the phantasmatic relationship with his Father (then elevated to the rank of god and king). In this ambivalent relationship affectionate and hostile feelings blend into the individual, perpetuating the Oedipal structure, making the relationship between politics and religion inevitably complicated since it is overlapping other neuroses. (NUNES PEREIRA, 2013: 52).*

IV. ESTADO

Na teoria kelseneana o Estado surge como ontologicamente necessário, tendo em vista, conforme explanado anteriormente, a Antropologia Política que destaca as temáticas da Autoridade e do Contrato Social face a uma natureza humana temerária (seja a partir de Hobbes ou Freud). Todavia, na História das Ideias sempre pareceu difícil elaborar o conceito de Estado, tendo em vista as mais variadas acepções exaradas por distintas vertentes pensamento sociopolítico moderno (MOTTA, 2011: 10).

[11] O termo original é "*Vatersehnsucht*", a edição francesa, aqui utilizada, traduz como "*Désirance pour le Père*", optando-se utilizar no presente trabalho a tradução aceita na Psicanálise lusófona.

Diante de tal impasse, Kelsen propõe pensar o Estado em termos jurídicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, distinta, portanto, de ordenações jurídicas de internacionais (KELSEN, 1990: 188). Estado, por conseguinte, há de ser identificado ao próprio Direito, portanto, uma ordem jurídica nacional, o que configura a letimidade daquele em detrimento de outras organizações comunitárias.

Além da distinção entre comunidades nacionais e internacionais, asseverando o primado do Ordenamento Jurídico, Kelsen também afasta concepções que identificam Direito e Estado como categorias distintas. Essa distinção criticada por Kelsen, denominada Teoria Dualista, é presente nas teorias de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10). Georg Jellinek distingue Estado entre planos sociológico e jurídico, sendo aquele afeito às regras factuais e este à normatividade, (JELLINEK, 2004: 207-223) de tal sorte que soberania ser a capacidade de autodeterminação do Estado por direito próprio e exclusivo. Paralelamente, Weber entende o Estado moderno como combinado a determinado ordenamento jurídico racional munido de aparato burocrático, expressando forma de dominação política moderna (WEBER, 1978: 314-315).

Em oposição às concepções dualistas de Weber e Jellinek, o Estado, para Kelsen, sendo uma comunidade juridicamente organizada não pode ser separado de sua própria ordem jurídica, ou seja, "Estado é a sua ordem jurídica" (KELSEN, 1990: 185). Para Kelsen há precedência do Direito ao Estado, havendo justificação normativo-formal para tal.

> *[...]. O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam sua conduta. Se a conduta humana adaptada a essa ordem forma o objeto da sociologia, então o seu objeto não é o Estado. Não existe nenhum conceito sociológico de Estado ao lado do conceito jurídico. Tal conceito duplo de Estado é impossível logicamente, senão por outro motivo, pelo menos pelo fato de não poder existir mais de um conceito do mesmo objeto. Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica, centralizada (KELSEN, 1990: 190).*

Kelsen, todavia, concorda com a sociologia weberiana ao concluir que o monopólio do Direito é essencialmente pertencente ao Estado, tendo em vista que este se opõe a qualquer ideia de ordem social fundada em

obediência voluntária de indivíduos sem recorrer a coerção. Tal possibilidade de coerção deriva da própria ideia de que Direito é uma organização da força vinculada das possibilidades e condições de uso desta às relações entre indivíduos. Assim, em uma interseção entre Kelsen e Weber, o Estado é organização também política, visto que regula o uso da força, monopolizada por ele mesmo (KELSEN, 1990: 27).

Não obstante em criticar as acepções de Estado majoritariamente aceitas, como Jellinek e Weber, Kelsen também pôs sua teoria contra as reformulações teoréticas contemporâneas à República de Weimar. Em seu ensaio "Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre" (KELSEN, 1929 apud KELSEN, 2003b: 43) a preocupação de Kelsen era defender seu método contra ataques teóricos substantivos, bem como aos métodos concernentes à Teoria do Estado, que, segundo ele, objetivariam a própria República de Weimar. As teorias de Kelsen quanto ao Estado foram denunciadas tanto pela Direita como pela Esquerda - o seu formalismo metodológico foi denunciado pelos conservadores como "esquerdismo" e pelos marxistas como "fascismo".

Se a sua batalha contra as teorias de Jellinek e Weber se dava contra uma tradição teórica já há muito fundamentada, seu embate com Rudolf Smend[12] foi uma resposta às novas Teorias do Estado surgidas após a Guerra, as quais informariam em grande medida a obra de Schmitt (SCHMITT, 1926 apud KELSEN, 2003b: 43). Com sua teoria da integração, Rudolf Smend estava na vanguarda da corrente na Teoria do Estado Alemã que se opôs o positivismo jurídico de Viena. Em "Der Staat als Integration" Kelsen empreendeu "um debate sobre os princípios" (conforme consignado no subtítulo), criticando a falta de clareza metodológica no conceito de integração proposto por Smend e revelando a sua velada natureza política, no sentido ideológico (KELSEN, 2003b: 7, 62). De acordo com Kelsen, a conceituação do Estado exclusivamente em termos dos caminhos "não precisamente constitucionais" no fluxo da existência estatal na sua esfera extra-constitutional, levaria a lógica conclusão de legitimação pseudocientífica de violações constitucionais (KELSEN, 2003b: 94, 115).

[12] Smend e Schmitt também se relacionaram, antes e depois da Guerra, inclusive com histórias parecidas. Cf. Sosa Wagner (2008: 84)

V. DEMOCRACIA

A obra política de Kelsen parece tentar dar conta da pergunta a qual a Democracia responde. A saber, é uma resposta à crise do fundamento da autoridade e também questionamentos oriundos de uma crise da justificação das regras.

Para Kelsen liberdade combinada com a igualdade fundamenta a democracia, de tal forma que assegure a participação direta ou indireta do povo na criação e aplicação da ordem jurídica, sendo precípuas tanto a manutenção de um caráter contraditório-discursivo na criação da referida ordem, como proteção de minorias através da positivação de direitos fundamentais (1993:, 67, 69).

Assevera Kelsen que também a Religião tenta responder às referidas perguntas, cooptando para si a fundamentação da Democracia (KELSEN, 2000: 205). Eventualmente, de acordo com o jusfilósofo austríaco, devido a incapacidade, temor ou indisposição dos indivíduos em tomar decisões relativas aos valores a serem implementados na fundamentação de uma democracia, com a consequente corajosa aceitação dessas escolhas livres[13], aparecem teorias que transferem tais decisões a patamares religioso-metafísicos. A teologia cristã ao tentar fundamentar a democracia, a eiva de valores não-relativistas, respondendo à pusilanimidade do homem moderno com o conforto de um fundamento aparentemente absoluto (KELSEN, 2000: 206). Kelsen, a partir de uma análise crítica do pensamento teológico-democrático de Emil Brunner, Reinhold Niebuhr e Jacques Maritain (KELSEN, 2000: 205), aponta o equívoco destes exercícios de fundamentação teológica absoluta da democracia no cristianismo, consistindo na fundamentação da democracia como valor relativo subjugado a valores absolutos outros ligado à própria fé e lógica religiosa. É, portanto, para Kelsen, um contrassenso qualquer associação entre democracia e religião cristã.

O homem moderno, para Kelsen, em referência aos pensadores supracitados, ao abrigar-se sob o pálio de valores absolutos, se nega a entender sua própria escolha livre como formadora das normas e valores sob os quais de fato se abriga. O esforço crítico kelseneano aponta o caráter essencialmente relativista da justificação, erroneamente pensada como

[13] Reitera-se o caráter existencialista da obra de Kelsen, conforme a nota de número 18.

absoluta, do valor da democracia pela teologia cristã. Atentar para a oposição absolutismo e relativismo filosófico, conforme posto acerca da ontologia do autor (KELSEN, 2000: 345).

Justamente por causa de seu caráter relativista, a democracia procedimental é capaz de criar a ordem social coletiva, ou seja, esta é a forma de governo que prevê regras e procedimentos que possibilitam aos cidadãos tomarem decisões baseadas em standards de conduta estipulados dialogicamente, e não por parâmetros absolutos postos aprioristicamente. Sendo as regras fundamentadas em relativismos (KELSEN, 2000: 103), a regra da maioria, assim entendida, surge como característica essencial da democracia procedimental, de tal forma que preserva a liberdade do maior número de indivíduos da sociedade, sem recorrer a absolutizações indisponíveis ao governantes e comandados.

Se em Kelsen a "Regra da Maioria" é a forma da Democracia, a materialidade desta é dada pela ilegitimidade de uma eventual ditadura da maioria (KELSEN, 2000: 178, 179), o que nos permite inferir que o austríaco compartilha da exposição de Tocqueville, no que concerne às minorias em meio aos entreveros de uma massa revolucionária (TOCQUEVILLE, 2005: 293). Em consonância com o pensamento do nobre francês, depreende-se que, embora a vontade da maioria constitua um Estado democrático, é necessário evitar que o arbítrio majoritário se transforme numa ditadura na maioria, frustrando a própria teleologia da democracia. Para Tocqueville a defesa a tal situação resta na politização da Sociedade Civil (TOCQUEVILLE, 2005: 294) que em Kelsen se procedimentaliza pela observância do sistema normativo escalonado a partir de Norma Fundamental hipotética, garantindo tanto a regra da maioria como a tolerância e o espaço dialógico da minoria (KELSEN, 2000: 178-182).

A importância dos procedimentos dialógicos para Kelsen se justifica no fato de que a democracia consiste em um processo dialético de elaboração normativa, baseado no relativismo filosófico. Por isso Kelsen ensina que o princípio da supremacia do voto da maioria não pode jamais ser absoluto, sob pena de se desvirtuar a Democracia em uma autocracia da maioria. A importância dada por Kelsen (2000, p. 67) a esse embate e compromisso decorrente desta relação entre a maioria e a minoria, é tão grande que ele chega a afirmar que o direito de existência da maioria pressupõe o direito de

existência de uma minoria como sendo uma necessidade para a progressão das ideias e desenvolvimento da sociedade, bem como uma característica intrínseca do processo social humano.

É interessante observar como Kelsen e Habermas, apesar da diferença de método e do fato de Habermas, ao contrário de Kelsen, incorporar em sua teoria os avanços decorrentes da virada da linguagem ocorrida na filosofia do século XX, possuem visões muito similares do processo democrático. Ambos ressaltam a importância do caráter dialético e procedimental como essenciais à Democracia, que só pode se realizar através da ordem jurídica (HABERMAS, 1997: 242).

Enquanto o método dialógico afigura-se para a Democracia Kelseneana, o mesmo não se pode dizer da estrita separação dos Três poderes, tampouco o controle de um sobre os demais.

> *"Do ponto de vista da ideologia, uma separação dos poderes, atribuição da legislação e da execução a órgãos diferentes, não corresponde em absoluto à idéia de que o povo só deva ser governadopor si mesmo. (...) É quase ironia da história que uma república como a dos EUA aceite fielmente o dogma da separação dos poderes e que o leve a extremos exatamente em nome da democracia" (KELSEN, 2000: 89,90).*

O princípio de uma separação de poderes, em uma compreensão literal, não guarda a essência da Democracia. Desta forma, em nome do Princípio da Tripartição de Poderes não se pode suplantar a legitimidade primeira da Democracia, que jaz na vontade popular – e isso informará diretamente a celeuma concernente à Jurisdição Constitucional

Por outro lado, Kelsen tensiona a ideia de "vontade geral", entendendo-a como fetiche, pois a representação do povo na democracia moderna seria ficção. Nenhuma das democracias existentes ditas "representativas" seriam de fato representativas (KELSEN, 1990: 283). São opostas, portanto a ideologia democrática e a democracia real, sendo que aquele implica a ausência de liderança, enquanto que nesta há necessariamente a figura do Presidente, Primeiro-Ministro e Monarca como a principal representação política democrática.

Essa elasticidade Pro Bono da teoria kelsenena inclusive o fez asseverar, durante a Guerra Fria, ser possível implementar o socialismo em democracias.

> *"Afirmo que (..) a democracia seja compatível com o socialismo. Contudo, nego enfaticamente que, para realizar esse programa, seja necessário redefinir o conceito de democracia. É possível substituir o capitalismo por uma democracia socialista sem que, para tanto, seja preciso mudar o significado de democracia" (KELSEN, 2000: 264).*

Há uma identificação, por conseguinte, entre democracia e liberalismo político para Kelsen, mas o mesmo não vale para o liberalismo econômico. Ademais, Kelsen entende que a relação entre liberalismo econômico e Estado é de tolerância, isto, pois, a burguesia o vê como um eficaz instrumento para defender a propriedade privada[14] (HERRERA, 1998: 204).

VI. DIREITO

A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi elaborada entre 1910 e 1934, havendo neste período o desenvolvimento de suas Teorias do Estado e da Constituição. E uma tentativa de refundar a Teoria Jurídica sem que seja eivada materialmente por elementos estranhos ao Direito, como a Filosofia e a Sociologia, embora estes sejam admitidos metodologicamente, sobretudo na própria concatenação da teoria kelseneana.

Na questão valorativa, a teoria de Kelsen é tributária de Kant, enquanto que no quesito "científico", está inserida no contexto do Círculo de Viena, sobretudo por conta dos paralelos com as ciências naturais (POSNER, 2001 : 3). Todavia, é de maior importância a herança kantiana relacionada a uma leitura particular da obra de David Hume, em especial seu "Tratado da Natureza Humana".

> *In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when all of a sudden I am surprised to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether*

[14] Um dos progenitores do Neoliberalismo, Friedrich Hayek, "acusava" Kelsen de socialista e o seu positivismo jurídico de antiliberal (HERRERA, 1998: 203), embora o jusfilósofo austríaco também fosse crítico do marxismo ortodoxo, apontando falhas em seus aspectos políticos e jurídicos (KELSEN, 1957).

> *inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuaded, that this small attention would subvert all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason. (HUME, 2011: 335)*

Hume nega, portanto, a eventual possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que simplesmente ocorre no mundo da empiria. Como consequência lógica, torna-se inviável construir um sistema moral-normativo a partir da ontologia, sendo aparentemente impossível transitar do "Ser" ao "Dever-Ser", ou seja, inferir valores a partir de fatos. Kant (2003), diferencia esta separação de juízos e valorações entre a Razão Teórica que se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (Sein), e a Razão Prática, que é expressa por imperativos (Sollen).

A partir da interpretação kantiana da obra de Hume, Kelsen estrutura sua teoria acerca da normatividade, a partir de proposições mandamentais. Para Kelsen o objeto da ciência do Direito (que é o Direito em si) pode até certo ponto ser explicado partir de metodologias explicativas oriundas ciências da natureza, as quais almejam explicar o comportamento efetivo e factual de materialidade. Tal explicação estabelece relação causal ao resultado empírico, presente no mundo sensível, o qual "tem que necessariamente" (muβ) ocorrer (KELSEN, 2003a: 86) e que pode ser expresso de maneira semelhante às leis naturais (gemuβt). À lei natural causa e efeito não admitem exceções, portanto "tem que" ocorrer (müssen). A norma jurídica, ao contrário da lei natural, não consegue nem pode expressar a ocorrência factual de algo, ou seja no plano empírico do "Ser" (Sein), não sendo, por conseguinte, resultado lógico e obrigatório de uma relação necessária de causa e efeito (gemuβt). Diferentemente da Lei Natural, a norma jurídica estatui que, em determinada circunstância, algo é necessariamente devido em sentido normativo (gesollt). Portanto, o Direito, objeto de sua própria ciência, há de consistir em agrupamentos de enunciados de "dever-ser" (Sollen).Tais enunciados são observados pela Ciência do Direito a partir de proposições jurídicas, as quais consistem em nexos causais normativos entre algum suporte fático (Tatbestand) que faz descrição de um eventual ilícito e a reação do Estado (KELSEN, 2003a: 121, 126).

Essas relações de "Ser" e "Dever-Ser", estruturam a dimensão estática do Direito (KELSEN, 2003a: 121-140), enquanto que a lógica hierárquica e escalonada das normas constitui a dinâmica jurídica, a qual terá um vértice detentor de legitimidade última perante as demais normas (KELSEN, 2003a: 215, 221).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como "Sistema de Regras" , cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo, portanto, ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa. A ciência do Direito positivo é distinta de uma filosofia de valores aplicada ao Direito, ainda que se valha desta na metodologia da sua formação legiferante.

Com isso, Kelsen opõe sua teoria ao Direito natural, pois alega não ser possível conceber direitos a priori da formação jurídica do Estado (o que é um pleonasmo kelseneano) ou inalienáveis constituídos antes da formação do Estado. Por exemplo, no que concerne ao contratualismo liberal de Locke, Kelsen tensiona o entendimento da propriedade como um direito natural, sendo para ele mera tentativa de tornar absolutas norma e regra que, historicamente, ou seja, em determinadas condições políticas e econômicas, acabou por se tornar Direito Positivo (KELSEN, 2003a: 18). O Direito é posto[15] pelos homens ao seu próprio serviço.]

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kelsen lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, momento e locus de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista (SCHORSKE, 1981: 181). A compreensão deste momento histórico é condição necessária para crítica cética à imanência do objeto intelectual a ser estudado (ADORNO, 1988: 207). Ou seja, a teoria kelseneana é construída a partir de uma Weltanschauung específica fundada na Crise Antropológica da Mitteleuropa. Ao contrário da mitificação de um positivismo autoritário, o autor estudado em sua acepção político-jurídica de Constitucionalismo migrou do Monarquismo à fundação da República Austríaca, sempre pela senda da socialdemocracia, nunca a dialogar com o obscurantismo que geraria a "experiência" Dollfuß (*Stenographische Protokolle*, 1918-1919: 32-33 apud LAGI, 2012: 276).

[15] Jus Positum, "Direito Posto", por isso Juspositivismo.

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Na teoria de Kelsen, em última análise, há duas formas político-jurídico antagônicas entre si: absolutismo filosófico e relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161), ao contrário da caricatura de um totalitarismo exegético por vezes esboçada.

A Antropologia Política de Kelsen é eclética Ao tratar da questão antropológica do poder Kelsen atenta a três importantes categorias da Teoria Política: Renúncia (FREUD, 2010a: 50, 86), Autoridade (BURKE, 1823: 106) e Contrato Social Parricida (FREUD, 2010b: 18, 23, 24).

Outro tema importante no constitucionalismo de Kelsen é o Estado, proposto em termos jurídicos e ontológicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, autônomo de ordenações jurídicas internacionais (KELSEN, 1990: 188). Assim é que seu Constitucionalismo parte de algumas críticas e também concordâncias às Teorias do Estado de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10), concluindo que o "Estado é a sua ordem jurídica" (KELSEN, 1990: 185).

Ao contrário do mito de um Kelsen "totalitário" seus escritos que tratam de Estado e Constituição evidenciam um defensor de ideais democráticos e dialógicos, crítico direto de Schmitt, Smend e Forsthoff (SOSA WAGNER, 2008: 84). O formalismo metodológico de significava a intensa luta pela Democracia material e pelo Direito como meio e não fim para consecução dos ideais de emancipação humana. O Estado Constititucional e Democrático para Kelsen imprescinde de dialogia, razão crítica e Regra da Maioria em respeito à minoria como em Tocqueville (KELSEN, 1990: 283).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como "Sistema de Regras", cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa (KELSEN, 2003a: 18), é um meio para a Democracia material e não um fim em si mesmo. A revisitação ora proposta evidencia Kelsen como um campeão do Constitucionalismo Democrático, ao contrário da caricatura esboçada pela dogmática dita crítica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABÉLÈS, Marc "Anthropologie de l'État". París: Armand Colin. 1990

ADORNO, Theodor, "Teoria Estética". Lisboa: Edições 70, 1988

BURKE, Edmund. "Réflexions Sur La Révolutions de France". Lyon: Egron. 1823

FREUD, Sigmund. "L'Avenir D'une Illusion". Paris: Presses Universitaires de France / Quadrige: 2010b.

_____."O Mal Estar na Civilização – Obras Completas Vol. 18". São Paulo: Companhia das Letras. 2010a.

JABLONER, Clemens. "Kelsen and his Circle: The Viennese Years". In. European Journal of International Law. Vol. 9, N.2 . Firenze: European University Institute.1998.

JELLINEK, Georg. "Teoria General del Estado". Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2004.

KANT, Immanuel. "Crítica da Razão Pura". Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2001.

_____. "The Critique of Pure Reason". The Project Gutenberg EBook. 2003. Disponível em http://www.gutenberg.org/ebooks/4280 . Acessado em 5 de junho de 2013.

KELSEN, Hans. "A Democracia". 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

_____."O Estado como Integração". São Paulo: Martins Fontes. 2003b.

_____."Teoria geral do direito e do Estado". São Paulo: Martins Fontes. 1990.

_____."Teoria Pura do Direito". São Paulo: Martins Fontes. 2003a.

LAGI, Sara. "Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)". In. Co-herencia vol.9 Nº.16. Medellín. 2012.

MAIA, Paulo Sávio N."O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmit: Rechsstaat como Referência Semântica na Memória de Weimar". Mimeo. Dissertação – Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília: 2007. Disponível em http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3525. Acesso em abril de 2013.

MOTTA, Luiz. "Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen". In. Revista de Sociologia e Politica. vol.19 no. 38. Curitiba. Fevereiro. 2011.

NUNES PEREIRA, Daniel. "Political Cosmogony: Three Matrices of Political Theology", In. Politikon: IAPSS Political Science Journal Vol.1 Nº.19. Maio. Nijmegen: International Association of Political Science Students. 2013

SCHORSKE, Carl E. "Fin-de-Siécle Vienna". Vintage Book Edition. Nova Iorque: Vintage Books. 1981.

SOSA WAGNER, Francisco. "Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y Confidencias". Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales S/A. 2008.

O que as palavras calam quando dizem? A menoridade do legislado em face do negociado

Darleth Lousan do Nascimento Paixão[1] *e Nilton Rodrigues da Paixão Júnior*[2]

Resumo: Este trabalho pretende desvelar a essência do novo paradigma regente das relações de emprego em face da reforma trabalhista recém aprovada pelo Legislativo brasileiro, buscando o indizível no dito entificante das palavras do texto legal, na esteira ou no rastro das pegadas deixadas na Floresta Negra.

Palavras-chave: reforma trabalhista; legislado; negociado; ocultamento.

What words are silente when they say? The minority of the legislated in the face of the negotiated one.

Abstract: This paper intends to unveil the essence of the new regent paradigm of employment relations in the face of the labor reform recently approved by the Brazilian Legislature, seeking the unspeakable in the entificante of the words of the legal text, in the wake or in the trace of the footprints left in the Black Forest.

Keywords: labor reform; legislated; negotiated; concealment.

INTRODUÇÃO

O negociado sobre o legislado: que é isto, afinal? Inicialmente é preciso

[1] Mestranda em direito pela UVA – Universidade Veiga de Almeida, Analista Legislativa do Senado Federal.
[2] Doutorando em direito pela UVA – Universidade Veiga de Almeida, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

deixar a lei dizer – Lei nº 13.467/17 (*Reforma Trabalhista*), propondo a inclusão de novo artigo à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943:

> *Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:*

A palavra é um símbolo de algo ausente, ela é assim a presença de uma ausência. Quando se afirma a compra de um carro, ele não está presente, a palavra 'carro' o está simbolizando, entretanto ela – a palavra, não é ele – o carro. No texto legal acima, o que há de símbolo e de real? De presença e de ausência? O que aparece e o que se esconde?

Os discursos são os *topoi* das ciências do espírito, para relembrar uma construção aristotélica; são os seus objetos de pesquisa. O texto legal não deixa de ser um discurso em seu sentido mais ampliado. E um discurso inspira, é uma possibilidade, mas também esconde, sombreia, sendo preciso cautela na busca de suas possíveis análises.

Todo discurso é feito de palavras; as palavras são símbolos; os símbolos não são os objetos, assim como as setas apontam para caminhos, mas elas não são esses caminhos apontados. O discurso legal não é o caminho, mas uma seta que aponta para caminhos possíveis, descortinando as possibilidades da colaboração das hermenêuticas.

Heidegger será usado neste trabalho como referencial teórico - o desvelador das essências entificadas pela metafísica clássica, numa tentativa de escavação para verificar o que subjaz ao discurso legal, no caso, o novo artigo 611-A da CLT. Será usada a obra 'Ser e Tempo'.

Tratar-se-á aqui de verificar a essência (do ente 'Art. 611-A') que subjaz à afirmativa de que o *negociado* prevalece sobre o *legislado*. No texto legal em epígrafe, o negociado aparece encarnado nas expressões 'convenção coletiva' e 'acordo coletivo'. A lei é encontrada na CLT e demais diplomas legais pertinentes às relações laborais e de emprego e, sobretudo, na Constituição Federal, máxime nos dispositivos topologicamente reservados aos direitos sociais. Não se tratará das minúcias de quais conteúdos podem ou não fazer com que o negociado prevaleça sobre o legislado, pois o escopo deste trabalho circunscreve-se à busca da essência que o novo paradigma vela nas letras legais presentadas (e não pre-sentadas); no que o texto legal cala ao dizer.

Ao fim, como mais uma possível interpretação fundada na compreensão do diploma legal (compreender para interpretar e não interpretar para compreender), afirmar-se-á que os subsolos das letras legais escondem a fragilização dos direitos sociais dos trabalhadores brasileiros. O texto legal, ao velar suas repercussões no mundo do trabalho, faz de conceitos como 'negociado' e 'legislado' verdadeiras hipóstases, encobridoras da essência do que está em jogo, naturalizando a falsa noção de *modernização da legislação trabalhista*.

1 NO RASTRO DE HEIDEGGER

Heidegger descortina para os estudos jurídicos novas possibilidades, especialmente no que tange à hermenêutica jurídica, apresentando novos caminhos a percorrer, acentuando a necessidade de eleger o devir (inspiração heraclitiana) como foco, apresentando a hermenêutica ontológica (ontologia fundamental) como racionalidade alternativa às teorias da argumentação. Para o direito não haveria um dever-ser (normativismo), mas um poder-vir-a-ser. Isso repercute de forma certeira nas discussões sobre o normativismo, que ainda transitam nos corredores dos tribunais pátrios encarnadas em advogados, juízes e promotores clérigos do culto positivista no direito.

De forma sintética, a estrutura do normativismo está calcada simbolicamente num sistema de normas (determinável abstratamente) prévio às suas possíveis aplicabilidades (MELLO, 2006). No magistério de Cleyson Mello[3]:

> *Trata-se de pensamento jurídico objetificante pautado num processo lógico-dedutivo, em regra, atemporal e a-histórico. (...) Melhor dizendo: frequentemente, a estrutura lógica e a racionalidade normativa do sistema jurídico encontram-se em distonia e alheia às exigências do caso jurídico decidendo, a ponto de representar uma sistemacidade jurídica simplesmente formal que fica indiferente aos conteúdos normativos materiais historicamente e temporalmente considerados. O sistema das normas jurídicas não pode ficar dissociado de sua realização concreta.*

Com Heidegger não há mais espaço para as operações lógicas das

[3] MELLO, Cleyson de Moraes. Hermenêutica e direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p-5.

subsunções de casos concretos à norma determinável abstratamente. A norma atemporal e a-histórica, os silogismos clássicos (do tipo: para o fato apresentado, eis a norma) é destronada em favor do Ser (Dasein, ser-aí, ser-com, ser-para).

O jurista não mais compreende como pensava a metafísica ocidental clássica, pelo contrário, ele já se põe, e desde sempre, como um Ser que está-projetado ou está-lançado; a compreensão é ontológica, radicada no Ser. Compreender é já compreender-se como Ser lançado no mundo (*Dasein*).

Para Gadamer[4]:

> *(...) a estrutura geral da compreensão atinge a sua concreção na compreensão histórica, na medida em que na própria compreensão tornam-se operantes as vinculações concretas de costume e tradição e as correspondentes possibilidades de seu próprio futuro. A pre-sença, que se projeta para seu poder-ser, é já sempre 'sido'. Este é o sentido existencial do estar-lançado.*

Heidegger[5] põe em relevo a necessidade de a compreensão estar vincada à vida e a seus contextos e historicidades[6]:

> *(...) trata-se de uma hermenêutica que elabora ontologicamente a historicidade da pre-sença como condição ôntica de possibilidade da história fatual.*

Para o pensador da Floresta Negra, o tempo é componente existencial fundante do Ser, sem o qual não se poderia falar em condições de possibilidade para a compreensão e para o sentido do *nexo da vida*[7]:

> *(...) No horizonte da constituição temporal da presença, deve-se tomar como ponto de partida o esclarecimento ontológico do "nexo da vida", ou seja, da ex-tensão, movimentação e permanência específicas da presença.*

A análise das estruturas ontológicas do ser-aí (Dasein) é um existencial;

---

[4] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p-399.

[5] HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte I. Petrópolis: Vozes, 2002, p-69.

[6] Heidegger opõe-se, nesse ponto, a Hegel e Husserl, no sentido de recusar o fato de que a filosofia não pode estar reduzida à subjetividade absoluta, refutando, assim, o conceito de redução transcendental, pondo em seu lugar a vida na sua efetividade, na sua pre-sença.

[7] HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Parte II. Petrópolis, Vozes, 2002, p-466.

o acesso ao ser é colocado a partir da compreensão do ser e tal compreensão é dada a partir da compreensão que o Dasein possui de si mesmo

É a diferença entre ser e ente (diferença ontológica) a chave hermenêutica para abrir as portas e deixar entrar novos ares e visões, possibilitando uma nova hermenêutica jurídica. Há um deslocamento da fundamentação no sujeito e na consciência para a ideia de mundo, de ser-no-mundo, isto é, Dasein.

O homem é um projeto que está-lançado na finitude ao encontro da sua própria morte. Nesse *iter*, ele faz história; e somente faz história porque ele é histórico. E por ser histórico, o homem se abre para as possibilidades futuras de si mesmo.

É forçoso decretar a morte da razão absoluta, pois uma razão com esse adjetivo é a-histórica e, portanto, inumana. A razão humana apenas existe na vida vivida, na história com a sua historicidade. A história não pertence ao homem, a relação de pertença é inversa. Os olhos de um homem (subjetividade) deformam qualquer lente de análise do mundo circundante, daí a importância da história como vigilância epistêmica na formação do conhecimento humano.

2 POR UMA ONTOLOGIA FUNDAMENTAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Quando se olha para uma relação de emprego, enxergamo-la em seu existir (evidência ôntica – mundo dos fatos), todavia esse existir não é uma característica da relação de emprego enquanto relação de emprego (evidência ontológica – mundo do Ser). O que subjaz na relação formal 'empregador – empregado'?

Utilizar a lógica clássica (do discurso, da metafísica ocidental clássica, apofântica, dos entes) implica submeter toda a discussão à filosofia da consciência, sintetizada no esquema 'S – O', ou seja, um sujeito assujeitador de um objeto e um objeto assujeitado pelo sujeito; nesse paradigma filosófico a essência do objeto, o seu Ser, confunde-se com o ente (objeto).

Essa linha de pensamento encobre/vela/esconde a essência da relação

de emprego objetificando-lhe. É preciso des-encobri-la/des-velá-la, mostrar o ser da relação de emprego.

Faz-se mister um pensar a partir de todas as especificidades da relação de emprego, sob uma ótica de uma lógica hermenêutico-filosófica (da diferença ontológica, do Ser) para facilitar o des-velar da essência (do Ser) da relação de emprego.

Não se pode tratar a relação de emprego de uma forma meramente objetificada, decaída, sob o enfoque da mera onticidade. Deve-se inseri-la no campo da ética, não descuidando para que a discussão resvale para fundamentos metafísicos em sentido tradicional, propiciadores de aproximações a direitos naturais e positivismos.

Nem o empregado nem o empregador devem ser objeto um para o outro, pois são seres humanos em suas possibilidades de compreensão do mundo circundante num caso privilegiado de relação social – a relação de emprego.

Cleyson Mello[8], ao refletir sobre os conteúdos da obra 'A origem da obra de arte', de Heidegger, posiciona-se:

> *As coisas e objetos que se encontram no mundo, antes de serem realidades dotadas de simples existência objetiva, representam para nós um sentido, isto é, um significado em relação à nossa vida.*

Mutatis mutandis, pode-se perfeitamente adotar esse raciocínio heideggeriano para a relação de emprego, na busca dos sentidos possíveis que defluem dessa relação para as vidas do empregado e do empregador. É imperativo indagar qual a significação da relação de emprego com contexto funcional com o mundo, passando inapelavelmente pela questão do ser-no-mundo.

Na esteira desse entendimento, pode-se antecipar que a noção de 'dignidade da pessoa humana' há de perpassar toda a discussão.

Nesse diapasão, a relação de emprego não pode ser elucidada a partir de uma relação 'S – O', fundada no binômio subjetividade do sujeito *versus* objetividade do objeto. Urge des-entificar a relação de emprego, exorcizando o encobrimento do seu Ser, para trazer à tona o anteceder-a-si-mesmo-no-já-ser-em-sendo-junto-a.

[8] MELLO, Cleyson de Moraes. Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporâneas: a (re) produção do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p-106.

Para Cleyson Mello[9], o direito

> *é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado.*

Na dicotomia, velar-desvelar, retrair-manifestar, luz-sombra, aparecer-esconder, constitui-se o pensamento heideggeriano enraizado na própria essência da verdade.

3 POR QUEM OS SINOS DOBRAM?

A reforma trabalhista trouxe mais de uma centena de alterações à CLT, entre as quais, pode-se destacar: a que autoriza a celebração de acordo e convenções coletivas de trabalho que reduzam o nível de proteção ao trabalho e ao emprego a patamares inferiores àqueles dispostos na legislação, a que autoriza a negociação para extinção do contrato de trabalho e a contratação do trabalhador autônomo. Essas em especial apontam para a supremacia do negociado sobre o legislado. Sem desconsiderar a autonomia da vontade de ambas as partes no contrato de trabalho, é imperioso notar a diferença entre as partes contratantes. Longe de um discurso ideológico de hipossuficiência do empregado, presente está o Ser do empregado carregado com suas pré-compreensões de mundo e de necessidades e fins, frente a outro Ser, do empregador, com distintas cargas de valores e fins. Como conciliar tais vontades? Até hoje as conquistas sociais se deram para balizar as disparidades de forças entre patrão e empregado. De repente, a nova reforma trabalhista surge numa tentativa de pular o curso da história, como se fosse possível, e idealizar um futuro em que patrão e empregado estão muito próximos em força e vontade.

É importante ressaltar que cada nova mudança nas relações de trabalho gera, automaticamente, efeitos positivos e negativos para ambas as partes. Em se tratando dessa alteração em específico, o do negociado ter ênfase sobre o legislado e ainda do contrato de trabalhador autônomo, evidencia-se algumas das possíveis consequências.

[9] MELLO, Cleyson de Moraes. Direito e(m) verdade: os novos caminhos da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p-3.

De um lado, o empregador que precisa se livrar dos encargos sociais trabalhistas, por exemplo, pagamento de horas extras, licenças maternidade ou paternidade, férias e o terço constitucional, seguro-desemprego, insalubridade ou periculosidade, salário-família e outros, optará por negociações coletivas que autorizem redução direta em gastos com pessoal. A alternativa viável e sedutora será o acordo com os empregados para a extinção do contrato de trabalho e nova contratação em termos de contratos temporários e contratos com trabalhadores autônomos. Esses últimos assumindo o ônus de pagamentos de quaisquer deduções necessárias sobre seu salário, ou seja, recolhimentos previdenciários, de seguros, pensões, associações e outros.

Ainda sob a perspectiva do empregador, torna-se importante entender a existência de pelo menos três grandes níveis: o grande, o médio e o pequeno empresário. A dificuldade e a onerosidade de se manter um empregado contratado por prazo indeterminado e com o cumprimento das exigências legais são gravosas. De fato, os encargos trabalhistas são elevados e complexos na manutenção e execução tributária e contábil de cada empregado. As incumbências e responsabilidades são diretamente proporcionais ao tamanho das empresas.

O pequeno empresário, não raras vezes, diante da vultosa soma a ser recolhida aos cofres públicos em razão dos encargos trabalhistas, todos os meses, flagra a inviabilidade da continuidade do negócio. Talvez a maioria dos empresários brasileiros esteja localizada nessa faixa. Tal é a realidade que existem formas de empresas de pequeno porte, microempresas e microempresário individual[10]. Há para esses um sistema tributário específico, com uma redução da carga tributária e simplificação dos processos de cálculo e recolhimento (Simples Nacional). A intenção do estado é de desestimular a informalidade do trabalho e garantir maior arrecadação tributária.

O médio empresário se depara com uma trama tributária e contábil ainda maior e mais intrincada em razão do seu tamanho. Algumas vezes a onerosidade chega a tal ponto que o força a mudar de patamar da empresa

[10] Poder Executivo. LEI COMPLEMENTAR Nº 128, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2008, que Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp128.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

de média para pequena, tendo em vista a redução do capital. Outras vezes, a alternativa é a seccionar a média empresa original em várias outras pequenas.

O grande empresário se depara com as especializações dos empregados e também com a presença daqueles licenciados para assumir diretoria de sindicatos. A adaptação às contingências econômico-financeiras para manter o equilíbrio empresarial força negociações entre sindicatos profissionais e econômicos. Esse empresário situa-se numa posição de enfrentamento a fortes grupos de pressão. Certamente, para esses grandes empregadores, quanto maior for a terceirização nos diversos ramos da empresa, tanto melhor. Como tomador do serviço, não assumirá mais as negociações trabalhistas tampouco estará sujeito às greves. Será um ônus a menos. Na necessidade de mão-de-obra especializada para determinado serviço, poderá contratar diretamente autônomos com prazo de trabalho determinado. A lei o favorecerá em muitos aspectos.

Os motivos para a flexibilização dos contratos de trabalho são patentes para todos os níveis do empresariado brasileiro. Certamente será mais fácil, cômodo e menos oneroso a prevalência do negociado sobre o legislado e a contratação de autônomos que tornar-se-á a prática rotineira.

> *Art. 442-B A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não,* ***afasta a qualidade de empregado*** *prevista no art. 3º desta Consolidação. (grifo acrescentado)*

Do outro lado, o empregado para manter uma remuneração adequada e suficiente às suas demandas pessoais, necessitará de assumir-se como trabalhador autônomo, *empresário de si próprio*, inclusive possuir um registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ). Buscará tantos trabalhos quantos forem necessários à sua subsistência. Estará forçosamente *disponível* para negociar com seu contratante sobre a alteração do antigo contrato de trabalho – de empregado por prazo indeterminado para trabalhador autônomo. Saberá de início que não terá direito às férias e respectivo acréscimo remuneratório constitucional assim como às licenças legais. Como trabalhador autônomo terá de se precaver de infortúnios se assegurando com reservas financeiras e, quando possível, de seguros variados.

O trabalhador se sujeitará, não raras vezes, à situação de falso autônomo, pois os elementos configuradores da relação de emprego estarão presentes: continuidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. Não terá qualquer garantia e proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos do art. 7º, I, da Constituição. Também não terá como recorrer à justiça para pleitear direitos próprios de empregado, porque os empregadores estarão em conformidade com a reforma legal.

Em síntese, o empregado com a garantia de emprego e seus direitos trabalhistas, assistenciais ou não, que têm como fim precípuo o desenvolvimento e diminuição de desigualdades sociais e regionais brasileiras, sofrerá duro impacto, pelo menos no início da vigência das novas regras da reforma trabalhista.

Esse é o mundo real, não há como esconder a prática caótica das relações de trabalho e, a partir de julho de 2018, alicerçadas e apoiadas na lei. Direitos trabalhistas que demandaram décadas para serem conquistados ante à reforma trabalhista tornaram-se inócuos. Fechar os olhos a esse fato é simplesmente viver encastelado num país utópico, longe de ser o Brasil.

O país não chegou ainda ao grau de desenvolvimento humano em que todos os trabalhadores são devidamente alfabetizados e desempenham adequadamente o papel de cidadãos de direito. O assistencialismo estatal é uma necessidade incontestável. Uma reforma com o nível de alcance e de efeitos que apenas um dispositivo gera - o do negociado prevalecer sobre o legislado – deveria no mínimo ser amplamente discutida no Legislativo e na sociedade, talvez como matéria de plebiscito, instrumento democrático para tomada de decisão notadamente em matéria de tal relevância.

O presente trabalho não pretende tomar partido sobre se a reforma trabalhista e suas propostas de alterações nas relações de trabalho será favorável ou não ao desenvolvimento do país. Apenas elenca alguns dos possíveis impactos nas relações de trabalho, empregador e empregado, e suas previsíveis consequências.

CONSIDERAÇÕES A TÍTULO DE CONCLUSÃO

O legislador da reforma trabalhista parece desconhecer a identidade do empregado diante do seu trabalho profissional. Não há apenas o cumprimento de tarefas e obrigações, tampouco direitos legais garantidos ou não, existe muito mais na pessoa do empregado. Há a própria identidade desse empregado; como se operasse uma simbiose entre o ser e a atividade exercida.

O ser do empregado torna-se também o próprio trabalho. Uma lei que de rompa esses liames, até então enraizados pela garantia de estabilidade, de regularidade e de subordinação tem tudo para desencadear efeitos não esperados. A pessoa que exerce uma atividade laboral, ela se autodetermina como sendo aquele profissional. Observe a exigência de identificação do cidadão quanto a profissão que exerce. É como se ali também caracterizasse a própria personalidade daquele ser.

A partir do momento que não há mais vínculo empregatício, perde-se também a identidade do *cidadão empregado*. O trabalhador autônomo é aquele que exerce uma atividade profissional sem vínculo empregatício, sem subordinação, sem rotina, por sua própria conta e risco. O empregado, nos termos ao art. 3º da CLT é "toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Há uma grande diferença, por exemplo, entre um radiologista e um trabalhador autônomo em radiologia. A pergunta é: trabalhador autônomo de que especialidade? O nome radiologista é predicativo do sujeito, já autônomo é adjunto adnominal de trabalhador. Percebe-se a nítida distinção e essa distinção está no consciente coletivo, na regularidade de um profissional que ao ser questionado sobre sua qualificação imediatamente sabe o que responder. E agora?

Um mergulho profundo ou um trabalho de arqueologia nas alterações legais em questão apontam para uma entificação do ser do trabalhador, sinalizando para o fato de que uma ótica econômico-financeira conduziu os desideratos legislativos. E em todo encobrimento do ser escamoteiam-se especificidades e, na hipótese, produziu-se um distanciamento da dignidade da pessoa do trabalhador. Tudo leva a crer que a dialética hegeliana do senhor e do escravo está ainda vividamente pulsante na reconfiguração das relações de trabalho no país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo.

MELLO, Cleyson de Moraes. Hermenêutica e direito: a hermenêutica de Heidegger na (re) fundamentação do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. Introdução à filosofia do direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. Direito e (m) verdade – os novos caminhos da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

A relação entre direito e economia e a hermenêutica filósofica de M. Heidegger

Fernando Rangel Alvarez dos Santos[1] *e Lucas Baffi Ferreira Pinto*[2]

Resumo: O presente estudo buscou investigar como as relações entre Direito e Economia podem ser objeto de uma interpretação segundo a hermenêutica existencial de Martin Heidegger. O ponto de partida foi o uso da análise econômica do direito, destacando-se que a atividade econômica tem como agente o ser humano, e, podendo as decisões econômicas individuais serem interpretadas, buscando-se a essência do ser. A metodologia envolveu a análise do discurso utilizada por Direito e Economia associada à ontologia existencial de Heidegger. Os resultados revelam um distanciamento entre direito e economia, principalmente quando se trata no âmbito individual e, mais ainda da condição de possibilidade da hermenêutica ontológica.

Palavras-chave: Direito e economia; hermenêutica ontológica; essência; fundamento

Abstract: The present study sought to investigate how the relations between Law and Economics can be object of an interpretation according to the existential hermenêutico of Martin Heidegger. The starting point was the use of economic analysis of law, emphasizing that economic activity has the human being as an agent, and that individual economic decisions can be interpreted, seeking the essence of being. The methodology involved the analysis of the discourse used by Law and

[1] Doutorando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (Bolsista PROSUP). Mestre em Direito pela UNESA (2007). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2001) pela UNESA e em Direito Corporativo pelo IBMEC (2015). Advogado. E-mail: frangel2005@gmail.com

[2] Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Especialista em Direito e processo do trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Professor do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Advogado.

Economics associated with the existential ontology of Heidegger. The results reveal a distancing between law and economics, especially when it comes to the individual scope and, even more so, the possibility of ontological hermeneutics.

Keywords: Law and Economics; ontological interpretation; essence; foundation

INTRODUÇÃO

O estudo das relações entre Direito e Economia (*Law and economics*) vem se intensificando desde os idos dos anos 50, quando tais estudos se iniciaram. A abordagem inicial voltava-se mais para o estudo do Direito e sua relação com a eficiência do sistema, não se limitando a intervenção no domínio econômico, ou mesmo qualquer outro aspecto macroeconômico. Contudo, atualmente, mesmo os mais tradicionais teóricos de *Law and economics* não isolam neste viés a relação dos campos de estudo, mas sim nas causas e consequências das normas jurídicas e decisões judiciais na atividade econômica, da mesma sorte, como a atividade econômica se desconecta das regras jurídicas. Enfim, o estudo se tornou bem mais amplo.

A hipótese pesquisada é a seguinte: é possível interpretar as normas de direito econômico sob o enfoque da hermenêutica existencial de Martin Heidegger? Para tanto, temos como objetivo geral investigar na relação entre direito e economia a possibilidade de se interpretar de acordo com a essência dos fatos e não do texto jurídico. Por objetivos secundários pretende-se explicar a hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, bem como tentar expressar a ideia da essência nos fatos econômicos.

A metodologia utilizou as fontes bibliográficas das obras de Martin Heidegger e dos teóricos de *Law and economics*, buscando verificar na análise do discurso formal do Direito em oposição à ontologia fundamental que procura o fundamento.

Os resultados apontam para a possibilidade do uso a hermenêutica fundamental na interpretação dos fenômenos jurídicos, mesmo que examinados pelo enfoque da análise econômica do direito.

Justifica-se a pesquisa, pois a relação entre Direito e Economia está cada vez próxima e a interpretação, sob a hermenêutica ontológica de Martin Heidegger neste campo de estudo, é bastante inovador no Direito.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - FUNDAMENTOS E EVOLUÇÃO

O estudo da relação entre Direito e Economia[3] firmou-se nos Estados Unidos da América do Norte[4] desde os anos sessenta e sua confluência acabou por firmar-se em nova disciplina da Teoria Jurídica.

Richard Posner[5] explica o alcance atual da análise econômica do Direito:

> *O âmbito de sua matéria se tornou amplo, chegando mesmo a abranger tudo. Explorando os avanços na economia de comportamento extramercado, a análise econômica do direito se expandiu muito além de seu foco original em defesa da concorrência, tributação, normatização de serviços públicos, finanças empresariais e outras áreas de normatização explicitamente econômica; enquanto, dentro desse universo, ela se expandiu para incluir áreas como direito das coisas e direito contratual, direito previdenciário, transações garantidas e direito falimentar e, notadamente, direito de propriedade intelectual, uma área em especial, com rápido crescimento e significado econômico.*

Observa-se que a abrangência é muito maior do que as normas atinentes à intervenção no domínio econômico, ou mesmo as normas da Constituição da República que tratam da matéria financeira do Estado.

Ou seja, a análise econômica do Direito, não visa somente a busca da eficiência do sistema, mas sim analisar, por meio das ferramentas da teoria econômica (Teoria dos custos, do valor, vantagem comparativa, etc.) o impacto que tais a norma jurídica pode ter no campo econômico, bem como o possível entrave que uma norma jurídica pode criar para a atividade econômica.

[3] Buchanan (2007, p. 483) destaca importância do estudo de Direito e Economia nos dias atuais: "One of most interesting development in American higher education over the past decade has been the emerging recognition by lawyers that an understanding of elementary principles is a vital component in their professional equipment. " Em tradução livre: "Um dos mais interessantes desenvolvimentos do ensino superior americano na última década foi o emergente reconhecimento, pelos advogados de que uma compreensão dos princípios elementares é um componente vital no seu equipamento profissional. "

[4] Salama (2010, p. 16) explica a origem do movimento Direito e Economia: "Surgiu nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental. A disciplina Direito e Economia tem por origem a economia política e realismo jurídico.

[5] Richard Posner é um dos principais teóricos da Análise Econômica do Direito. Foi Juiz do Tribunal Federal do da Segunda Instância da 7ª Região e professor da Escola de Chicago. É autor de "Direito, Pragmatismo e Democracia", dentre outras obras que revê os conceitos do pragmatismo clássico, trazendo para o que ele chama de 'pragmatismo cotidiano'.

Cooter e Ulen (2010) tratam da análise econômica de institutos do direito privado, tais como os contratos, responsabilidade civil etc. Por exemplo em uma relação jurídica contratual, o elemento confiança é fundamental para que todas as promessas avençadas sejam cumpridas. Cooter e Ulen (2010, p. 248) explicam como o chamado 'dano' contratual pode ser recompensado:

> *Quando uma parte deixa de cumprir o que prometeu, a vítima poderá pedir um remédio ao tribunal. Os remédios jurídicos se enquadram em três tipos gerais: remédios jurídicos definidos pelas partes, remédios jurídicos impostos pelo tribunal e de execução específica. Por exemplo: um contrato de construção poderá estipular que a construtora pagará US$ 200 por cada dia de atraso na entrega do prédio. Em vez de determinar um remédio jurídico especifico, o contrato poderá estipular um processo de reparação.*

A confiança está sendo medida em termos econômicos. Tal é a mesma lógica das operações financeiras quando celebram contratos de mútuo, como também na formação do preço do 'prêmio' dos seguros, em que há uma investigação por questionário dos comportamentos do segurado, dentre outros fatores, avaliando a confiança. É possível notar, que mesmo com toda a estruturação financeira das atitudes humanas, principalmente em relação aos produtos e serviços do mercado, a sua característica da essência humanista não se afasta de seu contexto.[6]

A economia não é mais estudada somente por meios estatísticos e matemáticos[7], mas também pela análise dos comportamentos, e, neste sentido, percebe-se que, por vezes, decisões econômicas, mesmo que individuais não respeitam a 'racionalidade econômica', demonstrando assim que a natureza humana influi mais do que se imagina no fluxo econômico.[8]

[6] Pinheiro (2005, p. 9) discorre sobre a relação entre Direito e Economia, destacando o papel do advogado neste cenário, lembrando os valores embutidos nas regras: "O campo de atuação do jurista passou a se constituir eminentemente por dispositivos de cunho gerencial, de matérias que envolvem interesses econômicos. Ora, o Direito não pode deixar de perceber que o seu papel e, por consequência do advogado, por si só, serve senão para criar regras de comportamentos que tutelam a atividade humana, que tenham, em algum momento, valor moral e econômico. " Repare que mais adiante trataremos da essência humana, ressaltando que o valor não é faz parte do ser. É importante para ética, moral, mas não se relaciona com a essência do "Ser", isto é, a ideia trazida aqui serve para mostrar que as normas, ao

[7] Milagres (2006, p. 15), ao tratar da análise econômica do direito, expõe ideias neste sentido: "Hoje, muitos dos economistas trabalham, até mesmo, com psicólogos, matemáticos, biólogos, antropólogos, para estabelecer uma ciência econômica que tenha relação com a vida real, observada a acentuada perspectiva de funcionalidade social. "

[8] Neste sentido, Sandel (2012, p. 50) ao tratar de uma nova visão da ciência econômica descreve o seguinte: "Ultimamente, contudo, muitos economistas abraçaram um projeto mais ambicioso, porque a economia

1.1 Escassez e decisões econômicas

Tradicionalmente a economia é definida com ciência que tem por objeto a escassez. Mullainathan (2016, p. 23) em estudo sobre o efeito da escassez na vida contemporânea e no cotidiano explica seu sentido econômico: "Quando contamos a um colega economista que estávamos estudando economia, ele comentou, 'Já existe uma ciência da escassez. Vocês devem ter ouvido falar. Chama-se economia. " Paralelamente ao sentido econômico da escassez, o citado estudo examina como aquela influencia nas decisões econômicas, principalmente cotidianas, que revelam o que ele chama de 'largura de banda', ou seja, a possibilidade de o ser humano decidir no contexto da escassez, ou seja, os efeitos desta considerando a condição humana. Diz Mullainathan (2016, p. 99): "A escassez não apenas nos leva a fazer empréstimos demais ou deixar de investir. Ela nos deixa deficientes em outros aspectos da vida. Ela nos torna mais bobos, mais impulsivos. "

Aqui se constata que nem sempre os instrumentos de política econômica podem trazer os efeitos necessários, se não considerar os aspectos comportamentais, ou seja, a natureza humana. Esta pode ser investigada na sua essência, algo que será tratado mais adiante.

1.2 Economia comportamental e decisões irracionais

A economia tradicional sempre pautou as escolhas, ou mesmo decisões, econômicas na racionalidade, ou seja, as escolhas seriam feitas de acordo com uma lógica que preconiza vantagem econômica, por exemplo, no momento da aquisição de bens e serviços.

Ocorre vem se desenvolvendo uma nova corrente na ciência econômica, a economia comportamental, que refuta a ideia de que as decisões são pautadas por uma racionalidade que só considera a vantagem econômica. Tal corrente sustenta que são possíveis decisões irracionais sob o ponto de vista econômico. Neste sentido, explica Kahneman[9] (2012, p. 16):

oferece, sustentam eles, não apenas um conjunto de percepções sobre a produção e consumo de bens materiais, mas também uma ciência do comportamento humano. "

[9] Daniel Kahneman é professor de psicologia da Universidade de Princeton e a pesquisa acima mencionada o fez ser laureado com o Prêmio Banco da Suécia em Ciências Econômicas (Prêmio Nobel) junto com Amos Tversky em 2002.

> *Os cientistas sociais da década de 1970 aceitavam amplamente duas ideias sobre a natureza humana, Primeiro, as pessoas são, no geral, racionais e suas opiniões normalmente são sólidas. Segundo, emoções como medo, afeição e ódio explicam a maioria das ocasiões em que as pessoas se afastam da racionalidade. [...]. Documentamos erros sistemáticos na opinião de pessoas normais, e localizamos esses erros no projeto do mecanismo cognitivo, mais do que num desvirtuamento do pensamento pela emoção.*

Ariely (2000, p. 38) na mesma linha de Kahneman, isto é, da economia comportamental, ressalta aspectos que chama de irracionais para as decisões, nos seguintes termos:

> *Minha observação complementar é a de que não somos só irracionais, mas previsivelmente irracionais – que nossa irracionalidade ocorre da mesma maneira, repetidamente, seja quando agimos como consumidores, empresários ou estrategistas, entender como somos previsivelmente irracionais é o ponto de partida para aperfeiçoar nossas decisões e modificar para melhor nosso modo de vida.*

A 'irracionalidade' tratada revela um aspecto importante da condição humana que é são as emoções, que, por sua vez, se inserem na essência do ser. Observe-se que não se aborda nenhum aspecto moral, de valoração, pois, como será examinado mais adiante: "o esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz. " (HEIDEGGER, 1967, p. 78)

2 DIREITO E A HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA

A possibilidade de interpretação do Direito, a partir de uma hermenêutica, que não a tradicional, neste caso, a hermenêutica existencial de Heidegger importa em desfazer algumas questões tradicionais e herméticas da hermenêutica tradicional. A primeira delas e não estabelecer a relação jurídica em que haja um sujeito e um objeto a ele relacionado, pois nesta lógica, estar-se-ia mantendo uma relação entre 'ser'[10] e 'ente', quando

[10] Os conceitos de 'ser' e 'ente' são bem explicados por Leonardi (2017, p. 35) nos seguintes termos: "O ente, segundo Heidegger, é tudo o que pode fazer parte da vida e das ocupações do homem situadas no tempo. O ser é o homem e suas experiências. [...] As experiências adquiridas durante a vida são responsáveis pela construção do ser, seu modus vivendi determina e justifica suas ações e reações. A partir do estudo destas experiências de vida, torna-se possível a compreensão do ser.
O dasein é a compreensão do ser através do tempo e do mundo. A ocupação cotidiana, o ente com o que o homem se ocupa, leva a compreensão ou não de seu ser.
A essência humana, 'dasein(ser-aí)', 'ente', 'ser', somente pode ser questionada a partir do tempo [...]."

na hermenêutica existencial, "o direito não pode ser pensado como 'objeto', mas sim a reflexão do direito deve possibilitar um pensamento que tome a sério o direito, convertendo-o na reflexão sobre a sua própria essência e sobre o modo em que ele tem de conceber-se e revelar-se."[11]

2.1 Hermenêutica Ontológica e Fenomenologia

Martin Heidegger, filósofo oriundo da Escola da Fenomenologia de E. Husserl[12], distingue dois elementos básicos para sustentar a hermenêutica ontológica, ou seja, o ser, que segundo o próprio: "De fato, o ser não pode ser concebido como ente..."[13] do ente, descrevendo a seguinte situação: "Todo mundo compreende: 'o céu é azul', 'eu sou feliz' etc. Mas essa compreensão comum demonstra incompreensão. Revela que um enigma que já está sempre a priori em todo ater-se e ser para o ente como ente. "[14] Ou seja, para a compreensão da questão jurídica, há que se separar aquele que é destinatário da norma jurídica, do que realmente existe no mundo real[15]. Trata-se em verdade de uma superação do conceito ôntico do dever ser contido na norma. A ontologia fundamental pode auxiliar a interpretar, neste caso específico, as estruturas econômicas e o sentido destas na norma, mas não do ponto-de-vista normativo, mas sim do que a linguagem jurídica representa para o ser humano.[16]

Interpretar as questões examinadas pela análise econômica do direito segundo uma hermenêutica filosófica demanda a libertação de um sistema

[11] Mello (2014, p. 25)

[12] Mello (2006, p. 11) explica a evolução histórica da fenomenologia: "A história da fenomenologia nasceu com Husserl, no século XIX, inspirada nos trabalhos científicos de Bernhard Bolzano e Franz Brentato, e, a partir da fenomenologia husserliana, surgiram várias escolas fenomenológicas...".

[13] Heidegger (2005, p. 29)

[14] Op. cit. (2005, p. 29)

[15] O que foi nominado por 'mundo real' deve ser aproximar da ideia de mundo de Heidegger (1971, p. 58): "Mundo como totalidade não 'é' ente, mas aquilo, a partir do qual, o ser-aí dá a entender a que ente pode dirigir-se seu comportamento e como se pode comportar com relação a êle. [...] O mundo tem o caráter fundamental de em-vista-de... e isto no sentido originário de que é êle que primeiramente oferece a possibilidade interna para cada, 'em-vista-de-ti'…"

[16] Nas próprias explicações de Heidegger (2000, p. 34) sobre a distinção entre o 'ser' e o 'ente', encontramos espaço para a discussão da ontologia fundamental no campo das ciências: "O ser é sempre o ser de um ente. O todo dos entes pode tornar-se, em suas diversas regiões, campo para se liberar e definir determinados setores de objetos. Estes, por sua vez, como por exemplo a História, natureza, espaço, vida, presença, linguagem, podem transformar-se em temas e objetos da investigação científica. A pesquisa científica realiza, de maneira ingênua, e, a grosso modo, um primeiro levantamento e uma primeira fixação dos setores dos objetos. "

normativo tradicional.[17] Pelas situações acima apresentadas, constata-se que a análise econômica tem como substrato conhecimentos de uma ciência que trata dos fatos em si. Não se questiona aqui a racionalidade ou não das decisões, mas sim a existência da escassez de bens e seus consectários de fato. A preocupação com a economia comportamental, e neste caso, podemos ligar os aspectos emocionais com o 'ser-aí' de Heidegger, ou seja, os comportamentos humanos que decidem 'racional ou irracionalmente' as ações econômicas encontram-se em um contexto de historicidade, ou seja, é um 'acontecer' do ser na sua complexidade social, cultural, econômica. O direito tem que caminhar em direção à essência do ser.

A relação entre Direito e economia, para ser eficiente socialmente, ou seja, voltada para os interesses da sociedade para qual se dirigem as normas, deve ser pautada na hermenêutica que retira o foco do ente (resultados econômicos, eficiência do sistema) para voltar-se para o 'ser' na sua condição existencial. Como afirma Mello (2014, p. 66): "É o direito dito a partir do ser do ente (questão de ultrapassagem). Neste sentido é possível afirmar que direito não é, mas dá-se direito. "[18]

A interpretação da ontologia fundamental é mais profunda que a da economia ou mesmo da análise econômica, daí o seu sentido mais amplo, pois o tempo neste contexto é quadrimensional, envolvendo presente, passado e futuro no chamado 'tempo autêntico'.

2.2 Aspectos econômicos, direito e ontologia fundamental

Antes mesmo de tratar dos aspectos econômicos, é importante estabelecer que a aplicação do direito corresponde ao que Mello (2014, p. 59) descreve:

> *Assim, o Direito e(m) verdade não está condicionado a uma qualidade de texto legal, apenas em consequência de uma proposição verdadeira ou falsa […] O conceito de direito, no seu sentido originário, é aquele alinhado a uma verdade existencial.*[19]

[17] Mello (2014, p. 62) expõe a questão, contestando a visão tradicional da metafísica ocidental (norma fundamental a priori), bem como trata do sistema normativo nos seguintes termos: "A realidade jurídica ainda é reflexo de um sistema normativo autônomo, racional, axiologicamente neutro em sua estrutura, destacando-se o princípio do individualismo liberal, a igualdade abstrata e a segurança jurídica. "

[18] Mello (2014, p. 66)

[19] Heidegger (1971, p. 36) relaciona as ideias de verdade e fundamento e as aproxima da essência: "Em cada verdade a união que separa é o que é, sempre em razão de..., isto é, como algo que se 'fundamenta'. Na

Dentre os aspectos da análise econômica do direito, em que se pode utilizar uma hermenêutica filosófica, destacamos, como exemplo, no direito privado, o contrato e no direito público, a pena privativa de liberdade. O contrato de mútuo, por exemplo, representa uma relação jurídica de troca de valores econômicos, que certamente também representa uma situação de escassez, que numa análise mais profunda pode ter sido encetado por uma situação em que o mutuário poderia ter decidido em uma situação de irracionalidade (tal situação já foi acima explicada pelos conceitos da economia comportamental). A questão que se indaga é que as cláusulas e tratativas não podem ser interpretadas da mesma forma que um mútuo que contrai um empreendimento para ampliar suas instalações objetivando aumentar a produção. Não se trata no caso específico de interpretar no viés da defesa do consumidor, em que se pré-estabelecem valores de 'mais forte' e 'mais fraco' na relação jurídica, mas sim buscando a verdade, ou seja, teve aquela relação jurídica fundamento de direito?

Aparentemente no caso exposto, pode haver uma suposta quebra de paradigma da relação contratual, ou seja, a confiança depositada pela instituição financeira ou qualquer mutuante no mutuário seria desmontada, à título de qualquer pretexto. Não se trata disso, pois, tanto os particulares, e, principalmente as instituições financeiras, só praticam operações de crédito com mutuários que se presumem, pelas informações investigadas, ou no caso de um particular, pelo histórico do relacionamento, pessoas confiáveis.[20]

Sobre a essência do Direito, Mello (2017, p. 77) faz várias distinções:

> *A essência do Direito não pertence originariamente à vontade do julgador e nem tampouco ser reduz a um conjunto de métodos*

verdade reside, por conseguinte uma referência essencial a algo semelhante como fundamento. Isto leva o problema da verdade necessariamente para a 'proximidade' do problema do 'fundamento'. Por isso, quanto mais originariamente nos apoderamos da essência da verdade, tanto mais urgente se tornará o problema do fundamento. " (grifos no original)

[20] No Brasil, a questão do conhecimento da 'essência' dos clientes bancários é tão relevante, que existe, não somente o cadastro de inadimplentes, como também o cadastro positivo, que pela definição do Banco Central do Brasil é "uma política pública destinada à formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas, por meio da criação de bancos de dados com informações de pagamento de dívidas e de cumprimento de outras obrigações pecuniárias dessas pessoas. " A importância de se conhecer é tão relevante no marcado bancário e financeiro que o Banco Central do Brasil descreve como objetivo o seguinte: subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro ao consulente (potencial credor), permitindo uma melhor avaliação do risco envolvido na operação. Essa melhora na avaliação do risco, por sua vez, poderá resultar na oferta de condições mais vantajosas para o interessado. (BRASIL, 2017)

> *(hermenêutica metodológica), mas sim como condição de possibilidade (hermenêutica filosófica). É a reconstrução do direito a partir do como hermenêutico, ou seja, um locus hermenêutico com fincas no princípio fundante da proteção da dignidade da pessoa. É o poder ser acerca das realidades humanas e pessoais.*
>
> *A essência do Direito está relacionada ao aberto, ao prospectivo, no sentido aclarado, desvelado. O desencobrimento do direito deve estar relacionado ao dar-se em sua forma mais originária, ou seja, a verdade. Ora, o desvelar originário da norma jurídica não está ancorado na arbitrariedade do julgador nem submissão a simples leis.*

A questão tem relação com a essência daquele que contratou, ou seja, a verdade é buscada no desvelamento do ser[21]. Poderiam surgir vozes discordantes, de que não há como saber, trata-se de uma questão subjetiva!! No entanto, a questão subjetiva já é analisada em diversas situações jurídicas, como por exemplo: a intenção para distinguir o dolo da culpa; a fixação do valor indenizatório de um dano moral, a imposição do dever de respeito no casamento. Enfim, as situações descritas são, em geral, interpretadas pelo aplicador da norma com parâmetros que se baseiam no 'ente' e não no 'ser'.

A ontologia fundamental pode ser considerada como 'revolucionária' vista diante de um sistema jurídico hermético, tradicional e legalista, mas a aquela, pretende sim o desvelamento, ou seja, retirar o que está oculto.

2.2.1 A liberdade e o dilema do prisioneiro na Teoria dos Jogos

O dilema do prisioneiro, situação bastante conhecida para ilustrada a Teoria dos Jogos, melhor é explicada quando se acrescenta o instituto do plea bargaining, que de forma, resumida, pode ser conceituado como a negociação da denúncia criminal em troca de uma pena menor. Ou seja, aquele que admite ter praticado o fato tem a promessa de uma pena reduzida. Ocorre que quando há dois acusados e não conhecimento por parte de nenhum dos dois do que foi negociado abre-se um leque de possibilidades, em que ambos podem ter confessado, nenhum pode ter confessado ou um

[21] Heidegger (1971, p. 37), na sua construção ontológica, insere várias ideias em sentido com a existência: "Desvelamento do ser é o que primeiramente possibilita o grau de revelação do ente. Este desvelamento como verdade sobre o ser é chamado verdade ontológica. "

dos dois pode o ter feito. Sendo assim, a interpretação que se pode fazer deve considerar o Estado tem um poder na mão para retirar a liberdade de um cidadão por mais ou menos tempo, logo na uma hermenêutica da aplicação de tal pena sob o enfoque da ontologia fundamental levaria em conta a essência dos acusados, somente aplicando a pena em caso de não se alcançar tal essência. À princípio parece que distorce a questão, fazendo deslocá-la para um subjetivismo extremo, mas, se pode avaliar por outro lado, que o Estado está exercendo um papel de sacrificador do jurisdicionado ao oferecer uma declaração de culpa.[22]

2.3 Linguagem[23] e Hermenêutica fundamental

Segundo Heidegger "a linguagem é a morada do Ser" [24] e a estabelece a relação entre a linguagem e a essência, buscando a verdade nos seguintes termos: "A linguagem continua a recusar-nos a sua Essência, a saber, que é a casa da Verdade do Ser. Ao invés, ela se entrega, simplesmente como um instrumento para o domínio do ente, a nosso querer e às nossas atividades. " Em relação ao fenômeno econômico, percebemos que a 'essência' está caracterizada nos fatos das atividades econômicas, que muitas das vezes está distante dos textos jurídicos, cuja tendência é voltar-se mais para o dever ser, do que para sua essência.

A linguagem jurídica[25], bem como qualquer linguagem cientifica manifesta a expressão de poder, neste caso, dentro da perspectiva de ordenamento social por meio das normas jurídicas. Ocorre que a linguagem na

[22] Garapon (2008, passim)

[23] Ao tratar do pensamento, Heidegger (1967, p. 25) questionou a linguagem e sua interpretação: "Não obstante sejam 'sujeito' e 'objeto' títulos insuficientes da metafísica, que, desde cedo, na forma 'lógica' e 'gramática' ocidentais, se apoderou da interpretação da linguagem. O que se esconde neste processo, só hoje podemos suspeitar. Libertar a linguagem da gramática, para um contexto Essencial mais originário, está reservado ao pensar e poetizar. "

[24] Heidegger (1967)

[25] Sgarbi (2006, p. 43) explica a importância da linguagem jurídica: "A linguagem legal, a linguagem dos juristas, as normas e proposições normativas são noções que mantém laços muito fortes. Porque a linguagem legal é a linguagem dos 'documentos normativos', a linguagem dos juristas, basicamente é composta por 'metalinguagens'. Convém, por conseguinte, estabelecer-se 'níveis de linguagem' a par de suas 'funções e relacioná-los:

[...] 'Metalinguagem", portanto, é o nome atribuído à linguagem que é utilizada para fazer afirmações sobre ou a respeito de outra linguagem.

[...] Os juristas a todo instante formulam enunciados sobre enunciados, ou seja, construções metalinguísticas, ainda que não se apercebam disso. "

aplicação do Direito vem sendo usada como subterfúgio para não se perquirir a verdade, a essência do fundamento. Na análise econômica do direito, a questão fica muito mais evidente quando os dados são tratados sob o foco estatístico, sem, contudo, examinar no caso concreto o 'ser' envolvido na situação jurídica, e "a tensão existente entre o texto da lei e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação realizado pelo magistrado.

Ratifico o que foi já dito, não se tratar de colocar a decisão com pesos na balança dos valores para o Judiciário decidir, bem como não se trata de embutir valor na norma, mas sim de praticar, por meio da ontologia fundamental, o encontro da verdade, da essência do 'ser' naquele momento. No campo econômico, a verdade pode corresponder à associação dos fatos com os motivos que levaram aquele 'ser' a decidir daquela forma, que, como já dito não necessariamente são racionais. A linguagem do 'economês' não pode servir para disfarçar a realidade dos fatos, e, neste ponto temos expressões da linguagem que não se aproximam da verdade, como por exemplo: os recursos disponíveis não têm que ser divididos em vários tipos de receitas (correntes, líquidas etc.). As expressões dos valores em 'contas' de um balanço podem não corresponder ao verdadeiro valor que tem um 'fundo de comércio', por exemplo. Aliás, este exemplo é bem expressivo da distância que impõe a linguagem da sociedade, pois quando se questiona o que é um fundo de comércio, várias respostas são dadas com base na linguagem, prendendo-se o conceito ao 'ente' e não ao que realmente representa.[26]

A texto jurídico como expressão da linguagem jurídica não pode ser compreendida apenas como objeto.[27]

2.3.1 Linguística do 'ser' e do 'ente' e ontologia fundamental

O verbo 'ser' é chamado de verbo substantivo. Enquanto ser é infinito, o

[26] Outra questão do direito brasileiro presa vinculada à hermenêutica tradicional é a presença na própria legislação civil das formalidades exigidas para um testamento, distinguindo-o inclusive, do codicilo, instituto bastante limitado nas duas disposições. No que tange à hermenêutica tradicional, o Poder Judiciário tem limitado bastante qualquer interpretação de cláusulas testamentárias que se afastem da 'vontade do testador'. Mas, questiona-se o seguinte: na essência, qual é a vontade do testador?

[27] Neste sentido Mello (2006, p. 159): "O que se deve buscar é o que está constantemente junto, a unidade de reunião, ou seja, o logos, o auscultar autêntico do Direito. Ainda hoje, muitos operadores do direito ouvem, de certo, palavras e discursos jurídicos e, não obstante, permanecem trancados ao que deviam ouvir. A interpretação jurídica é vista como um conjunto de métodos dissociados da ontologia da compreensão. "

ente é particípio presente, como por exemplo no verbo amar, temos amante. Para a ontologia existencial, o ser é infinito, daí decair para o modo infinitivo, ou seja, sem tempo e sem espaço. Ou seja, o ser é a essência, o que existe de mais puro.

Heidegger complementa a relação do 'ser' com a linguagem da seguinte forma: "Clareando-se, o Ser chega à linguagem. Ele está sempre a caminho da linguagem. Assim a linguagem é elevada à clareira do Ser."[28]

A questão da linguagem jurídica expressa a importância da busca da essência no momento da aplicação da norma jurídica. A linguagem quando não se volta para a essência, no caso econômico para os fatos econômicos, não soluciona os conflitos jurídicos. As regras postas em Direito usam de vocábulos dos diversos idiomas e criam sentidos diversos, quando mesmo não distorcem o conteúdo para não atingir a essência e a verdade. Na análise econômica, o que seria 'concentração de marcado'; 'posição predominante' de uma empresa no mercado. A interpretação buscando a essência não necessitaria de diversos instrumentos para medi-la, mas sim bastava perceber o poder que exerce tal empresa no mercado e no setor. Não se trata de desprezar a técnica, mas é não usar a linguagem, neste caso específico para não se enquadrar como dominante no mercado. Quando se faz uma interpretação a partir de critérios técnicos, isolando o fato, volta-se para a relação 'ser-ente', e não 'ser-ser'. Heidegger situa a questão das regras da seguinte forma: "Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada na Verdade do Ser. Pois é essa morada que assegura a experiência que propicia amparo e sustento. "[29]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ontologia fundamental de Martin Heidegger se configurou em uma mudança em direção à essência da filosofia existencial, estabelecendo a relação sujeito-sujeito em substituição à clássica relação sujeito-objeto. Tal mudança pode ser muito bem aproveitada na hermenêutica jurídica na realidade hipercomplexa em que vivemos nos dias de hoje.

[28] Heidegger (1967, p. 96)
[29] Heidegger (1967, p. 95)

Na relação entre direito e economia, sob o enfoque da ontologia fundamental temos as seguintes considerações:

1) o estudo da confluência dos campos do direito e da economia, em que pese, ter evoluído muito, ainda podem ser aprimorados se, em relação ao direito as interpretações das normas e, principalmente em relação aos fatos, buscarem a essência, aquilo que Heidegger chama de "ser como destino da verdade". Não se trata de desprezar qualquer técnica, mas não se prender a um resultado que responda somente a respostas à linguagem jurídica como forma interpretativa, mas sim com foco no resultado apresentado pela realidade;

2) a análise do fenômeno econômico não se restringe aos conceitos e teorias econômicas, mas atualmente, se examinam outras variáveis como a análise da economia comportamental. Tal análise dá importância a um aspecto muito relevante da natureza humana, ou seja, as emoções. A ontologia fundamental auxilia no estudo dos comportamentos econômicos, não só na busca dos estímulos negociais, como também na busca da essência, como foi exemplificado no nos contratos de crédito, em que a confiança é fundamental. Ou seja, a busca da verdade, do ser, da essência, e até do fundamento é um elemento que deve ser utilizado na confluência de variáveis que resultam em um 'índice' de confiança. Apenas não deixando de olvidar que é compreensível que a essência do fundamento não é possível de ser rigorosamente encontrada, em face do contexto de circularidade e temporalidade em que vive o 'ser-aí'. Em outras palavras, novas técnicas jurídicas, principalmente de interpretação devem ser criadas para serem consideradas tais variáveis;

3) a linguagem jurídica tem aprisionado mais o aplicador do direito do que fornecido os benefícios da homogeneização dos comandos normativos. A ontologia fundamental auxilia no desvelamento dos verdadeiros significados jurídicos, de onde a norma pretende ordenar. A própria linguística auxilia na compreensão do relação 'ser-ente'. Pretende-se avançar no sentido da interpretação concentrada no ser e não mais no ente, como se fosse algo que pudesse ser desconexo da realidade;

4) A análise econômica do direito não pode ser examinada como ramo do Direito ou mesmo como movimento, mas sim como instrumental

à disposição dos juristas, aplicadores do direito, legisladores, enfim, todos envolvidos no mundo jurídico, que tem por objetivo fornecer subsídios para a elaboração de normas mais próximas da realidade econômica e social onde o destinatário desta vive. E, mais ainda, na aplicação das citadas normas, também pode ser utilizada, auxiliada também pela interpretação da ontologia fundamental.

Por fim, respondendo-se à indagação proposta na hipótese da presente pesquisa, não há incompatibilidade, muito pelo contrário, há sim ampla possibilidade de se interpretar, mesmo no âmbito do Direito e Economia, por meio da ontologia fundamental, ressaltando que as normas devem estar voltadas para o Humanismo, ou seja, buscando a essência do homem.

REFERÊNCIAS

ARIELY, Dan. Previsivelmente Irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. Poder Executivo. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil. Disponível em https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/faqcadpositivo.asp#1. Acesso em: 25 jun. 2017.

BUCHANAN, James. Good Economics. Bad Law. Virginia Law Review, Vol. 60, No. 3. (mar. 1974)

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Direito e Economia. 5ª edição. Porto Alegre: Bookamn, 2010.

GARAPON, Antoine e PAPADOPOULOS, Ioannis. Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo - Parte I. Petrópolis: Editora Vozes, 1986.

_____. Sôbre o Humanismo. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

_____. Sobre a essência do Fundamento. Tradução de Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Livraria das Cidades, 1971.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LEONARDI. Armenia Cristina Dias. O reconhecimento do outro através de si mesmo: a busca de uma justiça equitativa sob a concepção de Martin Heidegger. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito. EMARF. Vol. 9, nº 2 (out. 2016/mar.2017). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região.

MELLO, Cleyson de Moraes. Direito e(m) verdade: os novos caminhos da hermenêutica jurídica. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

_____. Hermenêutica e Direito: a hermenêutica de Heidegger na (re)fundamentação do pensamento jurídico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. A essência do Direito e o desencobrimento do ser. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito. EMARF. Vol. 9, nº 2 (out. 2016/mar.2017). Rio de Janeiro: TRF 2ª Região.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito Econômico dos Contratos. Niterói: Impetus, 2006.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. Escassez: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações. Tradução: Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALAMA, Bruno M. Direito e Economia: textos escolhidos. Bruno Meyerhof Salame (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SGARBI, Adrian. Teoria do Direito (primeiras lições). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Homem e pessoa na antiguidade clássica

Neimar Roberto de Souza e Silva[1]

Resumo: O Direito, sendo um produto cultural, é dinâmico e está sujeito às vicissitudes e ao condicionamento de sua própria historicidade. Assim, relevantes conceitos jurídicos não podem ser interpretados fora de seu contexto histórico. Curiosamente, verifica-se certa escassez de pesquisas preocupadas em explorar historicamente os conceitos de *homem* e de *pessoa humana*, que têm sua origem na antiguidade, especialmente a greco-romana. O presente artigo objetiva encetar uma breve exploração, valendo-se de algumas autorizadas fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Homem. Pessoa humana. Antiguidade clássica

1 INTRODUÇÃO

O Direito é um fenômeno maravilhosamente complexo. Os quase 100 bilhões de seres humanos que viveram sob o sol nos deixaram vestígios e estruturas de, aproximadamente, 10 mil sistemas de direito[2]. Entre estes, encontra-se o nosso, variante do sistema romano-germânico, onde os conceitos de *homem* e, especialmente, *pessoa* sempre foram dotados de extrema relevância.

---

[1] Advogado civilista e mestre em Direito pela Universidade Antônio Carlos – UNIPAC. E-mail: prof.neimar@hotmail.com

[2] ROULAND, Norbert. Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 223.

Não obstante a reconhecida importância do tema proposto, percebe-se uma paradoxal escassez de prospecções científicas que visem à elucidação da construção histórica daqueles conceitos, como se eles se mantivessem inalterados ou fossem universalmente pacíficos[3].

O presente trabalho objetiva tratar da acepção de homem e pessoa na antiguidade greco-romana, sem, contudo, pretender esgotar o tema. Busca-se aqui, na verdade, uma singela contribuição ao que já fora produzido, a partir do método de pesquisa bibliográfica, onde o deslinde do objeto dar-se-á, por recomendação de Matta-Machado[4], por meio de uma investigação histórico-filosófica do Direito.

2 *HOMEM* E *PESSOA* NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

Como sustenta o jusfilósofo Neil MacCormick, o homem é um usuário de normas[5]. Neste comportamento, possivelmente encontramos uma constante capaz de igualar o homem "primitivo" ao contemporâneo. Fora isto, não há que se negar o caráter dinâmico do Direito.

Se encararmos o Direito como uma prática de (auto) controle social, por meio de normas relativamente heterônomas, dotadas de coercibilidade e instrumentalizadas por uma autoridade reconhecida, podemos afirmar que ele vai além do que entendemos por história, remontando-se aos primeiros agrupamentos humanos. Apesar de sua vetustez, é somente a partir da chamada antiguidade clássica que noção de homem e o conceito jurídico de pessoa começam a ser delineados.

2.1 Considerações acerca da etimologia de *homem* e *pessoa*

A palavra *homem* evoluiu do latim *homo*, *hominis*[6], que, por sua vez vem de *humus* (terra). Curiosamente, esta relação *homem – terra* é frequente em

[3] STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade. Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 27.
[4] MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. "Conceito Analógico de Pessoa aplicado à Personalidade Jurídica". In: Revista da Faculdade de Direito [UFMG], Belo Horizonte, a. VI, out., 1954, p. 56.
[5] MACCORMICK, Neil. Institutions of Law. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.20.
[6] CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p. 414.

grande parte das línguas da família indo-europeia, e, possivelmente, o étimo guarde relação com a antiga crença que diferencia o homem, ser terreno, dos deuses, seres celestiais. Veja que na tradição judaico-cristã o homem é feito do pó da terra, e se chama adão (אָדָם, em hebraico), que, entre outras coisas, significa "feito da terra" (Gn 2: 7)[7]. Na mitologia grega, Prometeu fez o homem à semelhança dos deuses, destemperando um pouco de terra com água[8].

O vocábulo *pessoa* vem do latim *persona*, cujo significado original seria máscara, e, mais tarde pessoa. *Persona* deriva de *personare* (Lat.), justaposição de *per* (por, através de) e *sonare* (soar, de som, *sonus*), ou seja, "soar através de", o que reforça a ideia de máscara, usada nas apresentações teatrais para a identificação da *personagem* e a amplificação da voz dos atores, haja vista sua concavidade servir de caixa de ressonância[9].

Para outros, o étimo de *pessoa* está no etrusco *persu*, que também significava máscara, ator. Esta palavra, por sua vez, teria correlação com o grego *prósopon* (πρόσωπον), em razão da cultura teatral grega levada à península itálica. Entretanto, há aqueles que desconfiam da assimilação de *prósopon* pelos itálicos em razão da grande diferença fonética entre os termos[10].

Por fim, vale trazer aqui o raciocínio de Francisco Amaral, que, a nosso ver, captou a essência da definição etimológica de pessoa:

> *Pessoa vem de persona, significando, na antiguidade clássica, a máscara (larva histrionalis) com que os atores participavam dos espetáculos teatrais e religiosos, para tornarem mais forte a sua voz. A palavra passou a ser usada como sinônimo de personagem. E como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas*[11].

2.2 A noção de homem na Grécia antiga

Antes do despertar filosófico, os gregos se contentavam com a

[7] BÍBLIA. Português. Bíblia de Referência Thompson: Antigo e Novo Testamento. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1996, p. 2.
[8] MÉNARD, René. Mitologia Greco-Romana. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991. 2 vol. p. 149.
[9] STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade, p. 28 - 29.
[10] Ibidem.
[11] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 206.

explicação mitológica da origem do homem a partir da lavra do titã Prometeu, que, além de materialmente tê-lo criado, deu-lhe o fogo (logos, λόγος), subtraído de Zeus[12].

Os filósofos pré-socráticos se preocuparam precipuamente com a constituição da natureza, physis (Φύσης), e com a explicação de um elemento primordial, princípio pelo qual as coisas são o que são, a arché (ἀρχή).

Com os sofistas e a tese do homem-medida[13], a discussão filosófica passa a se centrar no homem. Na mesma via, mas em sentido oposto, insurgem-se Sócrates e seus discípulos, entre os quais Platão, que condenavam o relativismo sofístico e a sua prática "mercenária" da educação.

Sócrates, que representa a transição do enfoque ontológico para o deontológico (melhor dizendo, ético) na filosofia, exalta a virtude (areté, αρετή) e a conduta virtuosa, que poderia ser objeto de aprendizagem. Para ele, o homem quando pratica o mal assim o faz por ignorância.

Platão, recebedor do legado socrático, considera como causa da ignorância a vida sem reflexão, com adesão acrítica da mente aos apelos do mundo sensível. Com ele se retoma a questão metafísica da realidade, onde, para além das aparências desta, existe outro mundo, chamado suprassensível, onde as ideias constituem-se na verdadeira realidade das coisas. Nele, além do homem em si, existe a ideia de homem, universal, imutável eterna, verdadeira. O homem possui natureza dual, constituída de corpo e alma. Cabe à razão domar as forças conflitantes nascidas desta interação, e, por meio da reflexão filosófica, o conhecimento, compreendido aqui como reminiscência, deve surgir como um mapa a conduzir a alma à "planície da verdade", onde, finalmente, aquela não mais necessitará encarnar para a purgação de suas faltas.

Aristóteles, embora discípulo de Platão, deste se distancia na medida em que compreende que o conhecimento é fruto da interação da observação e experiência (sensível) com a razão. No Estagirita, a dimensão política do homem é exaltada: o homem é um animal político (Πολιτική ζώων), ou seja,

[12] MÉNARD, René. Op. cit. p. 148 - 154.

[13] Segundo Protágoras de Abdera, o homem é a medida de todas as coisas. Assim, não há que se falar em uma verdade universal, eterna e imutável, que transcenda ao próprio homem.

a dimensão do humano está intimamente ligada à cidade (pólis, πόλης). Neste sentido, vale citar Jean-Pierre Vernant:

> *Para o grego, o homem não se separa do cidadão; a phrónesis, a reflexão, é o privilégio de homens livres que exercem correlativamente sua razão e seus direitos cívicos. Assim, ao fornecer aos cidadãos o quadro no qual concebiam suas relações recíprocas, o pensamento político orientou e estabeleceu simultaneamente os processos de seu espírito nos outros domínios*[14].

Mais tarde, com as conquistas de Alexandre, o Grande, a *helenização* do mundo antigo acaba pondo em cheque a ideia de *pólis* e, consequentemente, a do homem político, cuja dignidade decorre de seu status de homem livre e cidadão. Ora, se num primeiro momento o envolvimento na *pólis* era o que conferia dignidade ao homem grego, num segundo, com a expansão da cultura grega e o surgimento de uma estrutura imperial, os horizontes humanos também se expandiram. Neste período, o estoicismo contribuiu para difusão do conceito de universalidade do ser humano, acabando com a antiga oposição entre gregos e bárbaros. Assim, todo homem possuía uma natural igualdade, independentemente de onde fosse ou de sua condição social.

No tocante ao mundo jurídico, muito embora os gregos possuíssem meios de tutela de direitos relacionados à personalidade, como era o caso da *hybris* (ύβρις), não lhes coube, historicamente, o desenvolvimento jurídico do conceito de pessoa e personalidade, mas sim aos romanos.

2.3 A pessoa (natural) em Roma

Num primeiro momento, o termo *persona* se equivalia a *homo*. Podia ser dirigida tanto para homens livres quanto para os que não possuíam capacidade de direito, como escravos, por exemplo[15]. Posteriormente é a palavra que tomou o sentido de atributo do homem, capacidade genérica de ser titular de direitos e deveres. A pessoa é o ente dotado de personalidade.

[14] VERNANT, Jean-Pierre. As Origens do Pensamento Grego. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 18. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009, p. 142.
[15] NOBREGA, Vandick Londres da. História e Sistema do Direito Privado Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 128.

A personalidade se inicia com o nascimento com vida, quando o ocorre a total separação do recém-nascido de sua mãe. O nascituro, embora em casos especiais pudesse ser favorecido pelo direito, não era *personae*, mas considerado parte da mulher[16]. O rebento, ainda, deveria ser viável[17] e possuir forma humana, ou seja, não ser um monstro. Pelo antigo *Ius Civile*, conforme a Tábua Quarta, da Lex Duodecim Tabularum, era permitido ao pai matar o filho disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos[18]. Vale dizer que era direito do *paterfamilias*, antes da difusão da nova moral estoica, enjeitar o filho recém-nascido. Muito interessante o ensinamento de Paul Veyne:

> *Em Roma um cidadão não 'tem' um filho: ele o 'toma', levanta (tollere); o pai exerce a prerrogativa, tão logo nasce a criança, de levantá-lo do chão, onde a parteira a depositou, para toma-la nos braços e assim manifestar que a reconhece e se recusa a enjeitá-la. [...]*
>
> *A criança que o pai não levantar será exposta diante da casa ou num monturo público; quem quiser que a recolha[19].*

A personalidade também estava condicionada a fatores relacionados à cidadania, à liberdade e a posição familiar do indivíduo. Os teóricos dos sécs. XVI a XVIII consagraram o termo *status*, para designar tais fatores. Seriam, pois: *status libertatis; status civitatis* e *status familiae*.

2.3.2 Do Status Libertatis

O *status libertatis* relacionava-se ao fato de o indivíduo ser livre ou não. Para Gaius, aí estava a *summa divisio* da sociedade romana, que via na liberdade (*libertas*) o mais fundamental bem de um cidadão[20]. Sendo livre de nascimento, o cidadão era chamado de *ingenuus* (ingênuo). Pelo direito de ingenuidade o cidadão podia exercer o *ius honorarium*, ou seja, ser um

[16] O que explica a comum prática abortiva ou contraceptiva da mulher romana, que, por entender se tratar de direito ao próprio corpo, não via imoralidade no abortamento.
[17] Possuir maturidade fetal, que, pelos conhecimentos da época, se dava a partir do sétimo mês de gestação. O feto deveria ser capaz de manter-se vivo.
[18] LIMA, J. B. de Souza. As Mais antigas Normas de Direito. Valença: Editora Valença, 1980, p. 52.
[19] VEYNE, Paul. "O Império Romano". In: VEYNE, Paul (org.). História da Vida Privada, 1: do império romano ao ano mil. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 21.
[20] CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 24. ed. Rio de janeiro: Forense, 2000, p. 66.

magistrado e ter sua condição de ingenuidade reconhecida por rescrito imperial, que lhe conferia o direito de usar um anel de ouro (*ius annulorum aureorum*) como ostentação de *status*.

O escravo (*servus*), embora reconhecido como homem (*homo, hominis*), juridicamente era considerado uma coisa (res), passível de apropriação[21]. Não era *personae*[22]. Um homem livre poderia ser reduzido à escravidão. A isto se dava o nome de *capitis deminutio máxima*, que se operava por diversas formas, quais sejam: a) com a *deserção* (do soldado); b) pelo *insensus* (negligência por não se inscrever nos registros do recenseamento[23]; c) pela *insolvência*; d) pela condenação a trabalhos forçados (*ad metalla*) ou às feras do circo (*ad bestas*); e) pela *prisão em flagrante*; f) pelo fato de uma *mulher livre manter relações com um escravo alheio*, caso este em que se tornava escrava do dono de seu concubino; g) pela *ingratidão do escravo liberto*, que pratica ofensas, por exemplo, a seu ex-dono; e h) pela *fraude* cometida pelo homem livre que se faz vender como escravo para mais tarde repartir o produto da venda com seu cumplice[24].

Também há casos em que o escravo adquiria o status de homem livre. Tornava-se um liberto (*libertus*) em relação ao dominus e libertino (*libertinus*), em relação às demais pessoas. O ato jurídico de alforria denominava-se manumissão (*manumissio*). A manumissão podia ser solene ou simples (não-solene). Dava-se a forma solene: a) *pelo censo*, quando o dominus o registrava o escravo no recenseamento; b) *pelo testamento*, quando o dominus alforria seu servo por meio de declaração de ultima vontade ou determina que seu herdeiro assim o faça[25]; c) pela *vindicta*, quando o senhor, seu escravo e um terceiro (*adsertor libertatis*) comparecem perante um magistrado e o terceiro, ao tocar o escravo com uma varinha (*vindicta*, *festuca*), o declara liberto e o senhor fica calado (não contesta)[26]. Esta era a forma mais comum

[21] O vínculo de propriedade entre o dono (dominus) e o escravo (servus) era chamado de dominica potestas. Sendo considerado coisa, o proprietário exercia o mais absoluto domínio sobre o escravo. É fato que, com o passar do tempo e a moralidade estoica, seguida da cristã, o dominium do senhor foi sendo cada vez mais relativizado.

[22] Pelo direito romano o filho de uma escrava nascia escravo, independentemente de sua condição paterna.

[23] O recenseamento ocorria de 5 em 5 anos em Roma.

[24] Ibidem, p. 67

[25] Nesse caso, o herdeiro que liberta o escravo em cumprimento de disposição testamentária é considerado patrono do liberto.

[26] De acordo com Michèle Ducos, há narrativas de autores mais tardios que era praxe o senhor dar uma bofetada no escravo antes da homologação da declaração do adsertor pelo pretor.

de *manumissio*. A manumissão simples, ou não solene, podia ser: 1) *inter amicus*, quando sem recorrer a um processo judicial o senhor alforriava o escravo na presença de amigos; 2) *post mensam*, a declarada depois da ceia; e 3) *per epistolam*, quando por carta dirigida ao servo, comunicando-o sobre sua nova condição[27].

No tempo de Augusto, quando as manumissões tornaram-se mais frequentes, surgiram leis que restringiram a faculdade de manumitir. A *Lex Fufia Caninia* (ano 2 a.C.) restringiu a 100 o número de escravos libertos por testamento, visando evitar prejuízos a herdeiros. Também, obrigou que os escravos fossem nominalmente libertos na via testamentária. A *Lex Aelia Sentia* (ano 4 d.C.) estabeleceu que o senhor deveria ter a idade mínima de 20 anos para alforriar, e o escravo, 30 anos para ser liberto. Ainda, considerava nula as manumissões feitas em fraude contra credores. Cinco séculos após, em Justiniano, a *Lex Fufia Caninia* foi ab-rogada e a *Aelia Sentia* derrogada no dispositivo que estabelecia idade mínima para o liberto[28].

Os libertos podiam ser classificados em três categorias, a saber: 1) os *libertos cidadãos*, que embora solenemente manumitidos por um cidadão romano, não possuíam o *ius honorarium*, e, por isto, não podiam ascender à magistratura, nem servir nas legiões romanas; 2) os *libertos latinos*, que eram os escravos alforriados pelos latinos, que não gozavam dos direitos de cidadão romano; e 3) os *libertos peregrinos deditícios*, que eram os escravos alforriados de peregrinos. No período justianeu havia apenas os libertos cidadãos[29].

Havia, em Roma, alguns indivíduos que se encontravam em uma situação intermediária entre a liberdade e o estado servil. Eram os seguintes: a) o *addictus*, devedor insolvável, entregue *manus iniectio* ao credor, ou o larápio entregue à vítima, que podiam ser vendidos além do rio Tíbere (*trans Tiberim*); b) o *nexus*, que era um indivíduo (normalmente o devedor de uma obrigação) que se vinculava a outro (um credor, por exemplo), por meio de uma solenidade jurídica denominada *nexum*. O *nexus* se equivalia ao *addictus*, pois poderia ser punido com a perda da liberdade caso não adimplisse a obrigação assumida; c) o *redemptus*, que eram cidadãos romanos capturados pelo inimigo e resgatados posteriormente. Enquanto

[27] DUCOS, Michèle. Roma e o Direito. Trad. Silvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007, p. 55 - 57.
[28] CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano, p. 69 - 70.
[29] NOBREGA, Vandick Londres da. História e Sistema do Direito Privado Romano, p. 157.

não pagassem o preço do resgate ao *redemptor*, não adquiriam a plena liberdade; d) o *auctoratus*, que se alugavam para a prestação de serviços a donos de circos ou espetáculos; e) as pessoas *in mancipio*, alienadas pelo paterfamilias que, embora não mais sob a *patria potestas* (poder familiar do chefe da família), estavam *in mancipio*: não eram escravos, não perdiam a qualidade de cidadãos, mas eram semilivres, como, por exemplo, o filho que comete delito e é abandonado pelo *paterfamilias* à vítima (abandono noxal). A situação daquele *in mancipio* era individual, não se estendendo a seus familiares (mulher e filhos). Diferia-se do escravo, pois este, quando era posto em liberdade, tornava-se um liberto. Já a pessoa *in mancipio* podia voltar ao estado de ingenuidade; e f) o colono, que se assemelhava a um escravo rural, mas estava muito mais ligado à propriedade rústica que ao dominus. Podia ter propriedade e casar-se legitimamente, coisas vedadas aos escravos. Porém, eram ligados à terra, não podendo abandoná-la. Se a propriedade era alienada, seguiam com ela. Do colonato surgiu a classe social dos servos da gleba, do período feudal, após a queda do Império Romano do Ocidente. Uma pessoa se torna colono normalmente *por nascimento* (filho de colono, colono é); mas também poderia tornar-se *por convenção*; *por Iniciativa do Estado*; *por prescrição* (cultivando uma gleba por mais de 30 anos, ininterruptamente); ou *por denúncia* (aplicava-se aos mendigos. O denunciante os tornava colonos de sua propriedade). Havia dois casos onde o colono deixava de ser colono: 1) quando ele conseguia comprar a propriedade rural; e 2) no caso de ser elevado ao episcopado[30].

2.3.3 Status Civitatis

O *status civitatis* dizia a respeito à cidadania do indivíduo. Os habitantes de Roma podiam ser divididos em três grupos: cidadãos romanos; latinos e peregrinos.

O cidadão romano (*civis*) é aquele que possui o direito de cidade (*civitas*, *urbs*). Possui situação privilegiada, em comparação com latinos e peregrinos[31]. Na esfera privada, tem direito ao comércio (*ius commercii*), ao casamento

[30] CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 71 - 72.
[31] Não obstante a obrigação de pagar impostos ser dos cidadãos.

válido (*ius connubii*), aos *tria nomia*[32] e à justiça[33]. No campo do direito público, direito de votar (*ius suffragii*), de exercer cargos honoríficos, como a magistratura (*ius honorarium*) e de servir nas legiões[34]. As fontes da cidadania se dão pelo nascimento ou por fatos posteriores a este. Por nascimento, em regra, todo filho de cidadã romana é romano, independentemente da situação paterna[35]. Por fatos posteriores ao nascimento, alguém poderia adquirir a cidadania pelas seguintes circunstancias: a) por transferência de domicílio em Roma, como no caso dos *latini veteres*; b) por força da Lei[36]; c) por prestação do serviço militar; d) por denúncia[37]; e) por concessão graciosa[38].

Com a *capitis deminutio media*, o cidadão passava à condição de não cidadão. Acontecia quando este perdia o seu *status libertatis*; ou tornava-se membro de cidade estrangeira; ou sofria alguma condenação, como o banimento, por exemplo[39].

Os latinos não eram considerados romanos, mas também não eram estrangeiros. Dividem-se em três categorias: *veteres*; *colonarii* e *juniani*. Os *veteres* (velhos), antigos habitantes do Lácio e habitantes das colônias fundadas pela Liga Latina, tinham os mesmos direitos dos cidadãos romanos no campo privado. Mas, no campo do direito público, não podiam ser eleitos (embora tivessem o *ius suffragii*), nem servir nas legiões. Os colonarii, que a princípio eram os habitantes das colônias, tinham o *ius commercii* e o direito de invocar a *legis actio* (justiça). Ainda, tinham o *ius suffragii*, mas não o *ius honorarium*. Os *Juniani* eram regidos pela *Lex Junia Norbana* (19 d.C.), que não concedia o direito de cidade aos irregularmente manumitidos na forma solene. Como ensina Cretella Júnior, os *juniani* tinham uma situação curiosa: embora libertos pelo direito pretoriano, ainda era considerados escravos pelo direito civil (*ius civile*)[40].

[32] Era uma prerrogativa do cidadão identificar-se por prenome, nome e sobrenome (prenomen, gentilicum, cognomen), por exemplo, Marcus Tulius Cicero.
[33] Poderia se valer tanto do ius gentium quanto do ius civile, em juízo.
[34] Neste caso, um direito exclusivo dos homens adultos de cidadania romana.
[35] Com a Lex Minicia (aprox. 90 d.C.), passou-se a levar em conta a situação paterna no momento da concepção.
[36] O Edito de Caracala (212, d.C.), por exemplo, que estendeu o direito de cidade a todos os habitantes do império, com exceção aos peregrinos deditícios.
[37] A Lex Atilia Repetundarum (123, a.C.) concedia a cidadania romana aos peregrino que denunciassem e obtivessem a condenação de magistrados corruptos.
[38] Ibidem, p. 74.
[39] Ibidem.
[40] Ibidem, p.75.

Os peregrinos são os estrangeiros que possuem alguns direitos reconhecidos. Podiam ser *ordinários* ou *deditícios*. Os ordinários eram os originários das cidades aliadas aos romanos. Eles tinham o direito de conservar seus usos e costumes. Os *deditícios* viam das cidades que bravamente resistiram aos romanos, mas acabaram fazendo aliança ao final. Tinham como faculdade o *ius commercii*, e não foram beneficiados com o edito de Caracala (212, d.C.), sendo somente admitidos como *cives* no séc. VI, com Justiniano[41].

2.3.4 Status Familiae

O *status familiae* relacionava-se com a posição do indivíduo no âmbito familiar. Na família romana, o membro ou era *sui iuris*, independente (como é o caso do *paterfamilias*), ou *alieni iuris*, dependente (e subordinado à *potestas* do *paterfamilias*, como a *materfamilias* e o *filiusfamilias*). Destarte, todo cidadão por ser *filiusfamilias* ou *paterfamilias* seria, respectivamente, *homo alieni iuris* ou *homo sui iuris*. Obviamente, este último gozava de maior capacidade de direito e status social[42].

Assim, a família era patriarcal e exclusivista, ou seja, o indivíduo somente podia pertencer a uma família, a paterna. Compreendia um conjunte de pessoas e bens que, por vinculo jurídico de parentesco (*patria potestas*) estavam submetidos à autoridade permanente de um chefe (*caput*), o *paterfamilias*[43].

É certo que o direito de família em Roma evoluiu consideravelmente, se a compararmos desde o direito antigo até o período justianeu. Esta evolução se deu, principalmente, nos seguintes sentidos: 1) uma gradativa diminuição do poder absoluto do *paterfamílias*; 2) uma crescente interferência do Estado nos assuntos domésticos, com as regulamentações das relações familiares; 3) a superação da exclusividade do parentesco por agnação[44] (pela linha paterna) pela gradativa aceitação da coexistência do parentesco por cognação (linha materna)[45].

[41] Ibidem.
[42] NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 167 - 168.
[43] Ibidem.
[44] A agnação (agnatio) era o parentesco civil, e somente podiam herdar os parentes agnatos. O fundamento da agnação está na identidade de potestas, diferentemente do parentesco por cognação, que se fundamentava na consanguinidade.
[45] Ibidem, p.169.

No direito antigo, o *paterfamilias*, que não necessariamente era um ancião (pois podia, em tese, ser uma criança), tinha absolutos poderes sobre os seus dependentes[46]. Exercia, na casa (*domus*), o *dominium* (sobre as coisas) e a *potestas* (sobre as pessoas). Era o sacerdote da religião doméstica[47] e o magistrado do lar[48]. Tinha poder de vida e morte sobre os seus dependentes (*ius vitae necisque*), e era o único que podia dispor do patrimônio da família livremente, inclusive por disposição testamentária.

Na *domus*, estão submetidos à *patria potestas*: 1) os filhos (*filiusfamilias*), nascidos do casamento legítimo, seus descendentes e esposas casadas *cum manu*[49]. As filhas se desligam do poder paterno assim que se casam *cum manu*, e se submetem ao chefe da família do esposo. Se se casarem *sine manu*, ainda ficam ligadas a seu *paterfamilias*; 2) a materfamilias, casada *cum manu*, que tinha situação análoga à de filha (*loco filiae*); 3) netos, bisnetos, netas e bisnetas solteira, descendentes de *alieni iuris* do paterfamilias. Também netas e bisnetas casadas *sine manu*; 4) os escravos e as pessoas *in mancipio*[50].

O *filiusfamilias* como cidadão, tinha todos os direitos públicos e/ou privados que já falamos. Mas, no tocante à aquisição da propriedade, tudo o que adquiria passava ao domínio do *paterfamilias*, inclusive a administração dos bens dotais de sua esposa, em razão do casamento (*justae nuptiae*). Os filhos ilegítimos (fora do casamento), não entravam na família, e, por conseguinte, não estavam sujeito à *pátria potestas* do pai biológico.

Em regra a *patria potestas* se extingue com a morte do pater. Com a morte deste, cada *filiusfamilias* passava a ser sui iuris e *paterfamilias* de sua própria família. Mas, também, havia outros casos que excluíam a necessidade da morte para o fim da *potestas*. São eles: a) a emancipação do *filiusfamilias*; b) a elevação do *filius* a certas dignidades (funções honoríficas, como a de cônsul ou prefeito, incompatíveis com o status de *alieni iuris*, por exemplo); c) em relação aos descendentes do sexo feminino, o casamento *cum manu*; d) No direito antigo, as *Vestais* e os *Flâmines de Júpiter* não ficavam ligados à *patria potestas*; e) o filho vendido pelo *paterfamilias*, que passava à condição

[46] Ibidem.
[47] COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 102.
[48] NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 169.
[49] O casamento (matrimonium, justae nupitiae) podia ser cum manu ou sine manu. No primeiro caso, a esposa se desligava de sua família de origem. No segundo, ainda ficava sob o poder de seu pai (pater).
[50] CRETELA JÚNIOR, Op. cit., p. 77 - 78.

de *in mancipi* do adquirente; f) A *capitis deminutio maxima* do *pater* (perda da condição de homem livre); g) a *capitis deminutio media* do *pater* (perda da condição de cidadão, tornando-se peregrino); h) a condenação do pater pelo abandono dos filhos (depois que tal prática passou a ser proibida) e por entregar uma filha à prostituição[51].

À mudança do *status familiae* dá-se o nome de *capitis deminutio mínima*. Neste caso ela pode ser para melhor, quando o *alieni iuris* se torna *sui iuris*, como ocorre, por exemplo com a independência do filho em razão do falecimento do *paterfamilias*. Pode ser para o mesmo nível de dependência, quando o alieni iuris em uma família se torna alieni iuris em outra, caso da filha que se casa cum manu. Por fim, para pior, quando o sui iuris se torna alieni iuris, quando um *paterfamilias* é adotado por outro, por exemplo[52].

2.3.5 Outras causas restritivas da capacidade

Em Roma havia, além das já mencionadas, outras causas restritivas da capacidade, quais sejam: a menoridade; a loucura e a demência; a prodigalidade; a condição da mulher, em razão do gênero; e os casos de diminuição da honra[53].

Menor era todo aquele com idade inferior a 25 anos completos. Eram classificados em *impúberes* e *púberes*. De acordo com os *proculianos*[54], puberdade começava aos 12 anos para as meninas, e aos quatorze anos para os meninos. Os menores púberes gozavam de capacidade de fato, podendo se casar, testar, e realizar negócios jurídicos (obviamente, conforme seu status)[55]. Os impúberes eram considerados *infantes*, quando até sete anos de idade, ou *infantia maiores*, quando tinha mais de sete anos. No primeiro caso, eram absolutamente incapazes. No segundo, relativamente, podendo exercer alguns atos sob tutela (*autorictas tutoris*)[56].

[51] NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 510 - 511..
[52] CRETELA JÚNIOR, Op. cit., p. 63. .
[53] NOBREGA, Vandick Londres da. Opus cit., p. 131 - 132.
[54] Em Roma havia duas grandes escolas jurídicas: a dos proculianos, com tendência progressista e teórica, e a dos sabinianos, mais conservadora e pragmática. No caso do início da puberdade, os sabinianos defendiam a necessidade de inspeção para se determinar, no caso concreto, se o menor havia deixado de ser impúbere.
[55] A Lex Plaetoria (200 a.C.), em razão da expansão econômica de Roma e da necessidade de dar proteção ao púberes, passa a considerar delito a lesão, em razão da inexperiência, aos menores de 25 anos nos negócios jurídicos.
[56] Ibidem.

Os loucos (*furiosi*) e os dementes (*mentecapti*) eram considerados absolutamente incapazes[57]. Os pródigos, relativamente incapazes, pois apenas os negócios que melhorassem sua condição eram válidos, se praticados pessoalmente por eles. No direito antigo, as mulheres, ainda que *sui iuris*, eram tuteladas por toda a vida. Com a evolução do direito romano, foram gradativamente conquistando a capacidade de fato. Na época do imperador Justiniano, enfim, acabaram-se a muitas das antigas restrições[58].

As questões ligadas à honra também influenciavam na capacidade jurídica da pessoa, ou seja, levava-se em conta, também, o seu status *illaes existimationis*. A honorabilidade do cidadão era afetada pela capitis *deminutio máxima* ou *media*. Outra hipótese de diminuição da honra era a *minutio extimationis*, que ocorria em três casos: 1) com a *intestabilidade* do indivíduo, atribuída a quem se recusasse a testemunhar em processo, ou a autores de escritos difamatórios (*carmen famosum*). O intestável não podia fazer testamento, servir de testemunha ou se servir de testemunho alheio; 2) com a infâmia, que acarretava na perda do *ius suffragii*, do *ius honorarium* e do *ius postulandi* (quando declarada pelo pretor), e na restrição ao *ius cunnubii*[59]. Vários eram os casos que tornavam uma pessoa infame, como a condenação criminal por crime contra a liberdade, a vida ou o cargo; a punição fiscal; a mudança de tribo, por ocasião do censo (infâmia censória); a declaração do pretor em editos; a demissão desonrosa da classe militar; o noivado duplo; a bigamia; a condenação por ofício desonesto; etc.; 3) com os *turpes*, por meio da restrição denominada *turpitudo*, que eram os profissionais de ofícios infames, como a prostituição, por exemplo. Eram-lhes vedados o testemunho e o exercício da tutela[60].

2.3.6 Do fim da personalidade

Pelo Direito Romano, a personalidade da pessoa natural termina com a morte. Para alguns tratadistas, a personalidade do de cujos se estendia até

[57] Não havia no Direito Romano uma conceituação que permitisse a pacífica distinção entre os furiosi e os mentecapti.
[58] Ibidem.
[59] Infames não podiam se casar com ingênuos, por exemplo.
[60] Ibidem, p. 139 - 140.

o momento da aceitação da herança, permanecendo a personalidade no período de vacância. A perda da condição de homem livre (*status libertatis*), como a redução à escravidão ou a condenação capital também ocasionava o fim da personalidade, e era considerada uma morte civil[61].

No caso de comoriência, presumia-se que os filhos menores impúberes faleciam antes do pai. Já, os púberes, após. Nos demais casos, a presunção era de morte simultânea.

3 CONCLUSÃO

No presente artigo vimos que a definição de homem e de pessoa varia conforme o contexto histórico que se apresente. Não se trata, portanto, de um conceito universal e imutável, mas dinâmico e cultural.

Gregos e Romanos tinham uma ancestralidade em comum. Prova disto está na similitude da religião e da organização política. Todavia, enquanto os gregos se destacaram na ciência política e na filosofia, os romanos tiveram o mérito de laicizar e desenvolver o Direito.

No mundo antigo, liberdade e cidadania são valores máximos, não obstante o fundamento da economia se assentar no modo de produção escravista. O escravo, apesar de ser reconhecido como homem, não era sujeito de direito, mas objeto de direito (*persona vice*).

Vimos que, originariamente, o conceito de pessoa não estava assentado na ideia de capacidade, haja vista que incapazes foram, de início, considerados *persona*, como os escravos e os *in mancipi*, por exemplo. Vimos que o sistema de incapacidades dos romanos era extremamente complexo. Para gozar de absoluta capacidade (ser *caput*), a pessoa devia ser livre (*status libertatis*), possuir cidadania romana (*status civitatis*) e ser independente ou *sui iuris* (*status familiae*). Ainda sim, a pessoa podia sofrer mudanças em seu status. Estas eram chamadas de *capitis deminutio*, que se classificavam em maxima, media e mínima, conforme a gravidade e a qualidade do estado.

[61] Ibidem, p. 130.

Os menores de 25 anos, as mulheres, os pródigos, os loucos e dementes sofriam restrições quanto a sua capacidade de fato. Também, os desonrados, como era o caso dos considerados infames, os intestáveis e os *turpes*.

A personalidade se extinguia com a morte, muito embora, por ficção, a personalidade do de cujos se estendesse até o momento da aceitação da herança pelos herdeiros.

Enfim, o homem da antiguidade greco-romana era devotado à sua cidade. Não conheceu as mesmas liberdades individuais que conhecemos. Numa sociedade muito diversa da nossa, tão homogênea e coesa, o interesse da *polis* e da *civitas* colocava-se acima do individual. As antigas noções de homem e pessoa, embora distantes da nossa realidade atual, servem-nos para a compreensão dos fundamentos do direito e de sua historicidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BÍBLIA. Português. Bíblia de Referência Thompson: Antigo e Novo Testamento. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1996.

COULANGES, Fustel. A Cidade Antiga. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro. 24. ed. Rio de janeiro: Forense, 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

DUCOS, Michèle. Roma e o Direito. Trad. Silvia Sarzana e Mário Pugliesi Netto. São Paulo: Madras, 2007.

LIMA, J. B. de Souza. As Mais antigas Normas de Direito. Valença: Editora Valença, 1980.

MACCORMICK, Neil. Institutions of Law. An essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. "Conceito Analógico de Pessoa aplicado à Personalidade Jurídica". In: Revista da Faculdade de Direito [UFMG], Belo Horizonte, a. VI, out., 1954, p. 55 - 78.

MÉNARD, René. Mitologia Greco-Romana. Trad. Aldo Della Nina. São Paulo: Opus, 1991. 2 vol.

NOBREGA, Vandick Londres da. História e Sistema do Direito Privado Romano. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

ROULAND, Norbert. Nos Confins do Direito: Antropologia jurídica da modernidade. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade. Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VERNANT, Jean-Pierre. As Origens do Pensamento Grego. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. 18. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

VEYNE, Paul. "O Império Romano". In: VEYNE, Paul (org.). História da Vida Privada, 1: do império romano ao ano mil. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

A Vertente Cosmológica do Jusnaturalismo

Reis Friede[1]

Resumo: o debate que envolve o Jusnaturalismo e o Juspositivismo tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar que grande parte das históricas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem inúmeros aspectos que merecem uma dedicação acadêmica. Não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do assunto, o passar dos séculos demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática ora desenvolvida. Deste modo, o presente artigo discorre sobre as características do denominado Jusnaturalismo Cosmológico (ou Clássico).

Palavras-chave: Direito Natural. Jusnaturalismo Cosmológico. Juspositivismo.

Abstract: The debate regarding Jusnaturalism and Juspositivism has been inspiring the reflections of jurists and philosophers for a long time. Although it may be affirmed that a great deal of the historical controversies associated to the confrontation between the Positive Law and Natural Law has already been overcome, there are numerous aspects which deserve an academic dedication. Notwithstanding divergent opinions, which struggle for the theoretical weakening of the subject, the passing of the centuries demonstrates precisely the opposite, given that it could not eliminate the esteem of the thinkers for the subject in discussion. Therefore, the current work analyses the characteristics of the so-called Cosmological (or Classical) Jusnaturalism.

Keywords: Natural Law. Cosmological Jusnaturalism. Juspositivism.

[1] Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com. É autor do Livro Teoria do Direito.

1. UMA INTRODUÇÃO À CLÁSSICA DICOTOMIA

A questão que envolve os denominados Jusnaturalismo e Juspositivismo (e seus respectivos contrastes teóricos) tem inspirado, ao longo do tempo, as reflexões de juristas e filósofos. Muito embora se possa afirmar, com relativa segurança, que grande parte das históricas e antigas controvérsias associadas ao confronto entre o Direito Positivo e o Direito Natural já tenham sido superadas, subsistem, ainda, inúmeros aspectos teóricos que merecem uma dedicação acadêmica por parte de qualquer escrito que se disponha a abordar este assunto.

Assim, não obstante opiniões divergentes, as quais pugnam pelo enfraquecimento teórico do tema vertente, o passar dos séculos, desde a Antiguidade Clássica, transitando pela Idade Média e chegando até a quadra atual, demonstra justamente o contrário, posto não ter conseguido eliminar a estima dos pensadores pela temática que se pretende desenvolver no presente texto, dado historicamente concreto que revela a própria tensão conceitual (e concernentes desdobramentos) que existe entre ambos os fenômenos. FERRAZ JR. (2015, p. 134-135), por exemplo, ao mesmo tempo em que afirma ter havido a trivialização dos direitos naturais, reconhece, por outro lado, a sua importância para a Filosofia do Direito:

> *"Essa autonomia do direito natural em face da moral e sua superioridade diante do direito positivo marcou, propriamente, o início da filosofia do direito como disciplina jurídica autônoma. Isso foi assim até as primeiras décadas do século XIX. Depois, a disciplina sofre um declínio que acompanha o declínio da própria ideia de direito natural. No final daquele século, a disciplina reaparece, ganha força nas primeiras décadas do século XX. A reflexão sobre o direito natural toma novos rumos, e a noção readquire sua importância. Na ciência dogmática do direito, porém, embora a ideia esteja até hoje sempre presente (por exemplo, na fundamentação do direito subjetivo na liberdade), a dicotomia, como instrumento operacional, isto é, como técnica para a descrição e classificação de situações jurídicas normativamente decidíveis, perdeu força. Sua importância mantém-se mais nas discussões sobre a política jurídica, na defesa dos direitos fundamentais do homem, como meio de argumentação contra a ingerência avassaladora do Estado na vida privada ou como freio às diferentes formas de totalitarismo.*

> *Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas postas na Constituição, de algum modo 'positivou-o'. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (cf. LUHMANN, 1972, v. 2:255).*
>
> *Essa trivialização dos direitos fundamentais foi precedida pela trivialização do próprio direito natural. Quando todo o direito passou a ser logicamente redutível a direitos naturais, a noção perdeu força comunicacional, sua relevância foi ficando amortecida e gerou até descrédito. Assim, a distinção entre direito natural (direito à vida, à saúde, à liberdade etc.) e direito positivo foi, primeiro, esmaecida pela distinção entre direitos fundamentais constitucionais e demais direitos e, depois, com a trivialização dos constitucionais, a positivação acabou por tomar conta do raciocínio dogmático sobre o direito natural, confundido com um conjunto de normas naturais-racionais (FERRAZ JR., 1990:99).*
>
> *Não obstante, o tema dos direitos naturais é ainda hoje importante para a filosofia do direito." (FERRAZ JR., 2015, p. 134-135)*

De qualquer forma, trata-se, inegavelmente, de um dos grandes debates da Filosofia do Direito, a responsável por refletir "sobre o Direito e seus postulados, com o objetivo de formular o conceito do jus e de analisar as instituições jurídicas no plano do dever-ser, levando-se em consideração a condição humana, a realidade objetiva e os valores justiça e segurança" (NADER, 2017, p. 5).

> *"A ideia de Direito Natural representa uma das constantes do pensamento do Ocidente. Alteram-se os sistemas, mudam-se as doutrinas e os regimes políticos, e nem bem se proclama que ele está morto, definitivamente morto, ressurge das cinzas com renovada vitalidade. Pode-se contestar-lhe a existência como um Direito distinto do Direito Positivo, mas o que se não pode negar é o papel que a sua ideia, ainda que ilusória, tem exercido e continua exercendo*

> *no desenvolvimento da experiência jurídica, atuando ora como força revolucionária, ora como fator de declarado conservantismo, tal a paradoxal plurivalência de seu significado.*
>
> *Quer sirva ao pessimismo de HOBBES para legitimar a doutrina da monarquia absoluta, ou a ROUSSEAU para conceber uma democracia radical, fundada na doutrina otimista da bondade natural dos homens; ou, então, para inspirar solenes Declarações de Direito dos indivíduos e dos povos, o certo é que o Direito Natural espelha as esperanças e as exigências da espécie humana, jamais conformada com as asperezas da lei positiva, no processo dramático da história." (REALE, 2002, p. 313).*

MASCARO (2015, p. 52), ao afirmar que "os variados caminhos da compreensão do Direito são também perspectivas teóricas que refletem posições políticas práticas do jurista em face da realidade jurídica e social", demonstra, nitidamente, a atualidade do debate em torno do Jusnaturalismo e do Juspositivismo.

> *"O juspositivismo é uma perspectiva própria dos que assumem uma posição social e política conservadora. Como a reprodução da sociedade capitalista contemporânea se funda também por meio do próprio direito positivo, considerá-lo o horizonte único da análise jurídica é manter exatamente a mesma estrutura que dá lastro à exploração social do presente. As perspectivas não juspositivistas, e em especial a visão crítica, permitem desmontar o maquinário das estruturas jurídicas e sociais, fazendo com que o jurista assuma uma posição crítica, transformadora, em face dessa realidade. Os pensamentos conservadores têm mais aderência a caminhos juspositivistas. Os pensamentos progressistas e transformadores, tendo por base a realidade efetiva das estruturas sociais, trilham caminhos de compreensão do direito críticos." (MASCARO, 2015, p. 52)*

Como será abordado ao longo da digressão, o assunto ora introduzido apresenta, como um de seus aspectos fundamentais, um embate quanto à relação entre a moral e o Direito (ou vice-versa). Em termos genéricos e meramente introdutórios, a doutrina, ao aludir à clássica dicotomia em exame, afirma que o Direito Natural, em contraposição ao Direito Positivo, tem sido conceituado, contemporaneamente, como um conjunto de princípios de caráter universal, permanente e imutável. HANS KELSEN, por exemplo, um dos mais importantes juspositivistas, assevera que a doutrina do Direito Natural

é caracterizada por ser idealista-dualista, na exata medida em que assenta, ao lado do Direito Positivo (direito real, mutável e posto pelo homem), um direito ideal, imutável e natural (o Direito Natural). Desta forma, em tal argumento kelseniano, a natureza (em geral) ou a natureza (em particular) do homem funciona como uma autêntica autoridade normativa (autoridade legiferante), de modo que aquele que observa os preceitos naturais atua de maneira justa, sendo que tais preceitos (isto é, as normas de conduta justa) são imanentes à natureza, e, por conseguinte, imutáveis, em contraste com as normas pertinentes ao Direito Positivo, que procedem da vontade humana e são mutáveis (KELSEN, 1996, p. 53).

Ademais, assevera-se que o Direito Natural, cujo fundamento (conforme a concepção que se adote) seria a natureza das coisas (Jusnaturalismo Cosmológico), a vontade divina (Jusnaturalismo Teológico) ou a razão humana (Jusnaturalismo Racional), seria válido por si mesmo e legitimado por uma ética superior à própria normatividade do Estado, incidindo no espaço social como um todo, independentemente do lugar (universalidade), não sendo tal validade, por conseguinte, afetada por qualquer lei; em contraposição, o Direito Positivo (enquanto obra humana) seria produto histórico de uma sociedade, vigendo, portanto, em espaços geográficos determinados (ou determináveis), podendo perder o respectivo sentido de validade por decisão política do próprio Estado.

2. A EQUIVOCIDADE DA LOCUÇÃO DIREITO NATURAL

SGARBI esclarece que, tendo em vista "as variadas elaborações sobre a natureza do Direito Natural", preferível seria empregar-se o termo jusnaturalismos (no plural), ao invés de jusnaturalismo (no singular), reconhecendo, em sequência, que os próprios autores, de um modo geral, optam pelo emprego da expressão (singularizada) Direito Natural, o que não afasta a ambiguidade que lhe é imamente.

> *"Como 'direito', o 'direito natural' possui, pelo menos, duas acepções usuais: (1) a de ser uma 'teoria'; e (2) a de 'resultado' da teoria. Porque o 'direito' natural é tanto uma forma de entender o fenômeno jurídico, enfim, uma construção teórica, quanto o resultado da especulação dessa construção, isto é, um conjunto de princípios ético-sociais. Ou*

> *seja, está-se afirmando que o sentido primeiro de direito natural é de uma postura 'epistemológica', portanto ele não se encontra no mesmo patamar que o direito elaborado pelo legislador (como, aliás, ocorre com a 'teoria' do direito 'positivo' em relação ao 'direito positivo ou posto', produto de atos das autoridades normativas). Por isso ser melhor reservar a expressão 'doutrina do direito natural' para designar a 'teoria' e a expressão 'direito natural' para o resultado do processo especulativo da 'teoria', mesmo que seja este resultado um conjunto de resultados, isto é, especulações muito diversas e historicamente constatáveis que desempenham o objetivo de serem orientadores da conduta frente ao direito legislado." (SGARBI, 2007, p. 692-693)*

Não obstante a advertência semântica acima anotada por SGARBI, os escritos que se propõem a analisar o tema em questão frequentemente utilizam o termo Jusnaturalismo e a expressão Direito Natural como sinônimos, exatamente como se procederá na presente abordagem.

3. A POLÊMICA TEMÁTICA E AS RESPECTIVAS VERTENTES JUSNATURALISTAS

Como se não bastasse a equivocidade inerente à própria expressão Direito Natural, conforme registrado oportunamente por SGARBI, a doutrina aponta, ainda, uma série de concepções que surgiram ao longo do tempo com o fim de justificar a existência de direitos naturais. Neste sentido, WOLKMER (1989, p. 124) assevera que "o jusnaturalismo, que reivindica a existência de uma lei natural, eterna e imutável, distinta do sistema normativo fixado por um poder institucionalizado (Direito Positivo), engloba as mais amplas manifestações do idealismo", concepções que podem ser traduzidas na "crença de um preceito superior advindo da ordem natural das coisas, da vontade divina ou mesmo da consciência e da razão do homem", a revelar os próprios fundamentos históricos do Jusnaturalismo. Tal multiplicidade de fundamentos inerentes ao Jusnaturalismo (a natureza das coisas, a vontade divina, a razão humana) reflete a própria polêmica que sempre abarcou o tema em epígrafe.

BITTAR, situando o presente assunto na história do pensamento jusfilosófico, apresenta a seguinte sinopse, desde a Grécia Antiga à Idade Moderna:

> *"A discussão do tema não é uma inovação nos meandros teóricos do Direito. Pode-se mesmo dizer que a sede dessas discussões já se encontra entre os pensadores gregos, sobretudo a partir dos sofistas e de SÓCRATES (séc. V a.C.), que haviam detectado a origem da discussão na oposição entre nómos e phýsis, oposição que somente tomou proporções cada vez mais significativas na literatura filosófica após o advento de PLATÃO e ARISTÓTELES (séc. IV a.C.). Por sua vez, os romanos sediavam a discussão na oposição entre ius gentium e ius civile (séc. II a.C. a II d.C.), sendo que os medievais (SANTO AGOSTINHO, ABELARDO, SÃO TOMÁS DE AQUINO) somente trouxeram diferenciais religiosos para esses conhecidos conceitos por meio da ideia da existência da lex divina (séc. V a XII d.C.) [...]. Com GROTIUS (séc. XVII d.C.), com seus contemporâneos e com a tradição posterior (MAQUIAVEL, JEAN BODIN, HUGO GRÓCIO, THOMAS HOBBES, JEAN-JACQUES ROUSSEAU, JOHN LOCKE, SPINOZA, PUFENDORF), o racionalismo moderno universaliza a razão humana e encontra os fundamentos para a discussão do tema secularizando a noção de direitos fundamentais eternos, naturais e imutáveis, cuja primeira consagração se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Desde esse período, a questão passa a se tornar ingrediente indispensável de toda a busca jusfilosófica, não deixando mais de se encontrar nos manuais de filosofia do direito como página indispensável de reflexão (cf. BOBBIO, 1995, p. 15-23)." (BITTAR, 2001, p. 183-184)*

Ainda no âmbito de um preliminar exame histórico sobre o tema, BUGALLO, sinteticamente, observa que o Jusnaturalismo e respectivas sustentações teóricas acompanham "as nuances da cultura ocidental":

> *"Surgiu na civilização greco-romana como elemento integrante e resultado de concepções mítico-religiosas, adquiriu consistência com as concepções filosóficas, teve grande repercussão política com SÓCRATES e os sofistas, aperfeiçoou-se no período sistemático, polarizado em PLATÃO e ARISTÓTELES e projetou-se no período heleno-romano, especialmente através do epicurismo e estoicismo. Consolidou-se na Baixa Idade Média, tanto no apogeu da Escolástica, com TOMÁS DE AQUINO, BOAVENTURA e J. DUNS SCOTO (séc. XIII), quanto na decadência (séc. XIV/XV), com GUILHERME DE OCKAM. Mesmo antes do surgimento da Escolástica, merece destaque AGOSTINHO DE HIPONA, não só em razão da teoria do Direito Natural, quanto, sobretudo, da teoria do poder." (BUGALLO, 2009, p. 3)*

De acordo com BITTAR (2001, p. 184), independentemente de sua

longevidade histórica, o debate a respeito da "noção de Direito Natural deve reavivar o que há de nuclear em sua definição, ou seja, a ideia de natureza", aduzindo o autor que a "perda da semântica do termo natureza, incorporado que foi no bojo da expressão Direito Natural, provocou a erosão do valor que se agrega e que se carrega no mesmo". Ao discorrer sobre tal problema de ordem semântica, e resumindo as diversas concepções jusnaturalistas forjadas ao longo dos tempos, BITTAR assinala que "os direitos, conforme o entendimento e a significação da palavra natureza, decorreriam ou da própria constituição do mundo natural [...], ou da natureza racional do homem [...], ou da natureza sociopolítica humana [...]", dando margem ao surgimento de diversos modelos de Jusnaturalismo (2001, p. 185).

3.1. O DIREITO NATURAL NA GRÉCIA

Quanto ao primeiro fundamento do Direito Natural (ou seja, a própria constituição do mundo natural), explica BITTAR (2001, p. 185) que, de acordo com tal concepção jusnaturalista, o mundo natural, com as suas características próprias, imprime condições para a vida em geral (inclusive para a vida humana), as quais formam um "conjunto de dados que determinam a própria existência do homem", fixando, desta feita, um "conjunto de diretrizes para o seu comportamento". Por conseguinte, ainda segundo o mesmo autor, "leis inderrogáveis e comuns a todos e a tudo [...] ditam as condições da própria existência no mundo físico, condicionando a própria formação do direito e das normas jurídicas". Refere-se BITTAR, especificamente, à denominada concepção cosmológica do Direito Natural, abordagem que concebe a essência deste na própria natureza das coisas, característica assentada já no pensamento grego pré-socrático, conforme explica TEIXEIRA:

> *"O Direito Natural clássico dos gregos compreende uma concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural: 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. A ordem da natureza é permanente, constante e imutável. Trata-se da concepção cosmológica da natureza, que marcou o pensamento grego pré-socrático, destacando-se três pensadores _ ANAXIMANDRO, PARMÊNIDES e HERÁCLITO." (TEIXEIRA, 1990, p. 126)*

Desse modo, na Antiguidade Clássica, o denominado Jusnaturalismo Cosmológico fundava-se na ideia de que os direitos naturais refletiriam as leis (eternas e imutáveis) reitoras do próprio funcionamento do Cosmos. Admitia-se, desta feita, a existência de "uma justiça natural, emanada da ordem cósmica, marcando a indissociabilidade entre natureza, justiça e Direito", período em que diversos "pensadores se propuseram a formular os princípios mais remotos de justiça", alicerçados, pois, nos mais variados fundamentos, a saber: "a necessidade humana (HOMERO); o valor supremo da comunidade e protetora do trabalho humano (HESÍODO); a igualdade (SÓLON); a segurança (PÍNDARO); a ideia de retribuição (ÉSQUILO); o valor perene da lei natural (SÓFOCLES); a eficácia da norma (HERÓDOTO); e a identificação com a legalidade (EURÍPEDES)" (SOARES, 2013, p. 134).

Conforme ilustrado por MONTORO (2011, p. 305), "uma das primeiras manifestações dessa doutrina pode ser encontrada no teatro grego", mais precisamente em ANTÍGONA, famosa tragédia helênica na qual SÓFOCLES (497-406 a.C.), um dos tragediógrafos mais relevantes do período clássico (juntamente com ÉSQUILO e EURÍPEDES), narra que o Rei CREONTE (herdeiro do trono Tebas) teria proibido o funeral de POLINICE (irmão de ANTÍGONA), por ter o falecido tomado armas contra Tebas. De acordo com o espetáculo teatral em comento, ANTÍGONA, no entanto, desrespeita a ordem real e sepulta POLINICE, invocando, para tanto, que acima da lei emanada do Rei haveria leis eternas, leis naturais. ANTÍGONA, ao ser questionada por CREONTE a respeito do motivo pelo qual havia descumprido o edito proibitivo do sepultamento de POLINICE, invocando, para tanto, a existência de leis divinas, responde categoricamente:

> *"Mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira de morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações [refere-se à lei do Rei CREONTE] tivessem força para impor aos mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las." (fragmento de ANTÍGONA, citado por MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 18)*

Malgrado o trecho acima transcrito não se revestir dos atributos próprios de um texto de cunho jurídico, político ou filosófico, ANTÍGONA, enquanto tragédia helênica representava à época muito mais do que um simples espetáculo teatral; refletia, em última análise, o próprio modo de ser daquela sociedade, conforme explica, inclusive, KATHRIN ROSENFIELD, citada por PONTE:

> *"A Tragédia helênica, tal como a conhecemos como gênero dramático, teve seu momento único e áureo, sem sombra de dúvida, na Grécia Clássica do século V até meados do século IV a.C. onde sua função principal não era de um 'lazer' para os helenos, mas onde os cidadãos – durante as Grandes Dionisíacas (as festas anuais dedicadas ao deus Dioniso) – podiam vislumbrar o seu próprio modo de ser humano submetido aos desígnios dos deuses que conduziam de modo obscuro o curso de suas vidas e da pólis. Era algo que comportava um matiz religioso, mas também político e que relatava a necessidade de coesão social para manter a força da Pólis. [...].*
>
> *Tudo o que importava aos antigos helenos era, por meio de seus mitos repassados pela tradição oral desde os aedos, o educar-se por meio desta narratividade dialogada do drama a fim de receberem/refletirem 'os valores e regras fundamentais da sociabilidade. Eis porque, intimamente ligados aos mitos, são a própria manifestação da vida pública que, por sua vez, fornece o fundamento às instituições da cidade' (ROSENFIELD, 2002, p. 09). Enfim, o governo e as contradições do humano vislumbravam-se nos dramas que, repito, nada tinham de lazer individual ou familiar, nem com caráter de 'liturgia,' sequer 'cerimônia religiosa' como a entendemos. O governar, o humano, e a vida social possível eram contemplados por todos na Tragédia (ROSENFIELD, 2002, p. 09). No período clássico, era desta forma que eles se entendiam." (PONTE, 2010, p. 208-213)*

Refletindo a respeito da importância da cultura grega para o tema em exame, REALE (2002, p. 312) assevera que a "ideia de um Direito Natural, distinto do Direito Positivo, é muito antiga", sendo constatada nas "manifestações mais remotas da civilização ocidental a respeito do problema da lei e da justiça, o mesmo ocorrendo na cultura do Oriente"; no entanto, prossegue o professor REALE, é justamente entre os "pensadores gregos que a aceitação de um Direito Natural, como expressão de exigências éticas e racionais, superiores às do Direito positivo ou histórico, passa a ser objeto de estudos especiais, até se converter em verdadeira 'teoria'":

> *"A ideia de Direito Natural brilha de maneira extraordinária no pensamento de SÓCRATES para passar pelo cadinho do pensamento platônico e adquirir plenitude sistemática no pensamento de ARISTÓTELES, ordenando-se segundo estruturas lógicas ajustadas ao real. Seu conceito de lei natural, como expressão da natureza das coisas, não se esfuma em fórmulas vazias, mas tem a força de uma forma lógica adequada às constantes da vida prática. Sendo expressão da natureza humana, o Direito Natural é igual para todos os homens, não sendo um para os civilizados atenienses e outro para os bárbaros.*
>
> *É essa mesma correlação entre a ideia e os fatos que governa a doutrina dos filósofos estóicos, até o ponto de não fazerem qualquer distinção entre lei natural e lei racional. Seguir a natureza é o primeiro dever do homem, pois equivale a viver segundo a razão." (REALE, 2002, p. 312-313)*

SÓCRATES defendia que o justo era a obediência incondicional às leis da pólis. Afirmava que um cidadão de bem deveria obedecer também às leis más, para não encorajar o cidadão perverso a violar as boas, o que desagradava profundamente os Sofistas, que afirmavam que o bem, para os homens livres, era o mal para os escravos. Como se sabe, a opulência de Atenas no século V a.C. (o chamado século de PÉRICLES, quando floresceram a filosofia, a arte e o que viria a ser a ciência) foi conseguida por uma força de trabalho composta basicamente por escravos.

Em A República, de PLATÃO, a ideia do bem surge ligada estreitamente à noção de justiça. Para ARISTÓTELES, a ideia ou forma do bem não supõe univocidade, pois não existe uma única forma do bem para todos e para tudo. Já para os Sofistas, o bem (e o seu duplo, o mal) era uma questão de ponto de vista, pois 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 ideia de bem, ou uma ciência objetiva e universalmente válida. Donde se extrai a célebre frase de PROTÁGORAS: "o homem é a medida de todas as coisas".

No âmbito de uma perspectiva jusnaturalista na Antiguidade Clássica, recorda MONTORO (2011, p. 306) que ARISTÓTELES, opondo-se às reflexões de ARQUELAU, segundo o qual "o direito não existiria por natureza, mas somente em virtude de lei", afirmou que "o bem e o justo, objetos de que trata a ciência política, dão lugar a opiniões de tal forma divergentes e às

vezes de tal forma degradadas, que se chegou até a sustentar que o justo e o bem existem apenas em virtude de lei e não têm nenhum fundamento na natureza".

Em Ética a Nicômaco, Livro V, Capítulo VII, ARISTÓTELES alude a uma distinção entre Direito Natural e Direito Positivo:

> *"Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda na 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." (ARISTÓTELES, 1997, p. 16)*

BOBBIO, ao analisar o pensamento aristotélico no que concerne ao tema em foco, assevera que dois são os critérios por meio dos quais o grande filósofo grego estabelece a diferenciação entre Direito Natural e Direito Positivo:

> *"a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachoû) a mesma eficácia (o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.*
>
> *b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e más a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei." (BOBBIO, 1995, p. 17)*

Ademais, anota BOBBIO (1995, p. 15) que "a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre 'direito positivo' e 'direito natural'", diferença que, "quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino", não obstante "o uso da expressão 'direito positivo'" ser relativamente recente, posto que encontrado apenas nos "textos latinos medievais".

Ao traçar um quadro comparativo entre SÓFOCLES (precisamente em ANTÍGONA) e ARISTÓTELES, SGARBI (2007, p. 692-693) oportunamente

registra que o Direito Natural de SÓFOCLES apresenta-se um pouco diferente do de ARISTÓTELES, tendo em vista que neste a noção de justo (como força natural) encontra-se mais fortemente presente, enquanto que na tragédia ANTÍGONA o direito (natural) a que SÓFOCLES faz referência é uma vontade divina, ou seja, a vontade de ZEUS que deve ser obedecida, consignando, ainda, que tal perspectiva de Direito Natural enquanto vontade de Deus (notadamente o Deus Cristão) ressurgirá na Idade Média, por ocasião do advento do Jusnaturalismo de matiz teológico.

Em um determinado trecho de Retórica, ao tecer comentários à ANTÍGONA, ARISTÓTELES expressamente se refere à lei natural:

> *"A lei particular é aquela estabelecida pela comunidade e que se aplica a seus membros: pode ser em parte escrita e em parte não escrita. A lei universal é a lei da natureza (kata physin). Pois na realidade existem, como todos podem perceber, uma justiça natural e uma injustiça natural que se aplicam a todos os homens, mesmo em relação àqueles que não têm associação ou nenhum contrato (synthéke) uns com os outros. É a isso claramente que a ANTÍGONA de SÓFOCLES se refere quando defende que o funeral de POLINICES foi um ato justo (dikaion) apesar da proibição: ela quer dizer que foi justo por natureza (physei), [pois a lei segundo a qual agiu]: 'Não é de hoje, nem de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem.'" (ARISTÓTELES, fragmento de Retórica, citado por MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 30)*

3.2. O Direito Natural em Roma

MARCO TÚLIO CÍCERO (106-43 a.C.) é frequentemente recordado como aquele que promoveu a síntese entre a filosofia grega e a cultura romana. Além de possibilitar a divulgação da filosofia helênica, CÍCERO opera uma profunda fundamentação da concepção de Direito, com base no pensamento grego (SOARES, 2010, p. 147). Especificamente no que concerne ao Direito Natural em Roma, CÍCERO faz "apologia à lei natural", ou seja, aquela "que não precisa ser promulgada pelo legislador para ter validade". Ao contrário, é justamente a lei natural que "confere legitimidade ética aos preceitos da lei positiva, como ratio summa insita in natura; non scripta, sed nata lex; vera lex, recta ratio, naturae congruens" (REALE, 2002, p. 313).

Assim, ao iniciar uma abordagem a respeito do Jusnaturalismo em Roma, o primeiro personagem a ser rememorado passa necessariamente por MARCO TÚLIO CÍCERO, considerado um dos grandes representantes do pensamento político, filosófico e jurídico de Roma, cuja obra sofreu influências das filosofias que o antecederam, tais como a Sofística, o Socratismo, o Platonismo, o Aristotelismo e o Epicurismo:

> *"A ética estóica caminha no sentido de postular a independência do homem com relação a tudo que o cerca, mas, ao mesmo tempo, no sentido de afirmar seu profundo atrelamento com causas e regularidade universais. A preocupação com o conceito de dever (kathékon) irrompe com uma série de consequências histórico-filosóficas que haveriam de marcar nuances anteriormente inexistentes. Razão, dever, felicidade, sabedoria e autonomia relacionam-se com proximidade inusitada dentro da tradição romana, o que torna de relevo perceber qual foi o legado estoico para o universo intelectual romano. É com base nesse tipo de preocupação que CÍCERO haverá de solidificar algumas de suas preocupações nos campos filosóficos jurídico e jurídico." (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 173)*

Dissertando sobre a contribuição proporcionada pelo estoicismo para a filosofia do Direito Natural em Roma, relata REALE que "a doutrina estóica tem, para nós juristas, uma significação especial", sobretudo por ter influenciado fortemente "os juristas romanos, por intermédio especialmente de PANÊCIO e POSIDÔNIO, que propagaram o estoicismo no mundo romano, no século 1 a.C":

> *"Os princípios de ZENÃO e CRISIPO, sobre o dever que tem todo ser humano de viver de conformidade com a natureza e a razão, princípios esses que correspondiam à índole e às tendências do povo romano, passaram a informar a sua Jurisprudência. Panteístas que eram, os estóicos não faziam diferença entre as leis naturais e as que regem a conduta humana, compreendendo-se que o jurisconsulto ULPIANO tenha concebido o jus naturale como sendo aquele que a natureza ensinou a todos os animais (quod natura omnia animalia docuit)." (REALE, 2002, p. 313).*

Em Roma, de acordo com MONTORO, "os mestres da jurisprudência ensinavam que, além do direito próprio de cada Estado, existe um direito decorrente da natureza humana":

> *"O direito civil e o direito das gentes distinguem-se deste modo: todos os povos que se reagem por leis e por costumes usam em parte de um direito exclusivamente seu, e em parte do comum; portanto,*

> *o direito, que cada povo constitui para si mesmo, é exclusivo de uma cidade. O direito, porém, que a razão natural constitui entre todos os homens é observado do mesmo modo por todos os povos e chama-se direito das gentes, isto é, direito de que usam todos os povos. Semelhantemente o povo romano usa em parte de um direito exclusivamente seu e em parte do comum a todos os homens." (MONTORO, 2011, p. 306-307)*

Em De Legibus (Sobre as Leis), CÍCERO afirma que "a lei não pode simplesmente originar-se dos homens, que seriam demasiado frágeis e limitados para isso", razão pela qual "ela viria de um poder superior, no qual os homens, que compartilham algo desse poder, através de sua racionalidade, se baseiam para daí derivar suas leis, que devem consistir na promoção do bem e na proibição do mal e em sua punição quando este decorrer da fraqueza humana" (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 34).

REALE, ao analisar alguns "fragmentos fundamentais do Direito Romano", entre os quais a obra de CÍCERO, verifica que "em Roma se repete a distinção já posta na Grécia entre o Direito Positivo e o Direito Natural, ou melhor, entre o justo por natureza e o justo por lei ou convenção":

> *"Existem mesmo na obra de CÍCERO passagens de invulgar beleza, nas quais se tece a apologia da lex como expressão da ratio naturalis, sempre igual por toda parte, sempiterna, que determina o que deve ser feito e o que deve ser evitado. Bem poucas vezes a consciência da lei natural como momento essencial da Ética atingiu tamanha beleza e precisão como na obra ciceroniana." (REALE, 2002, p. 628)*

Destarte, a concepção de lei natural formulada por CÍCERO apresenta as seguintes características, assim resumidas por MONTORO:

> *"'Na base das leis positivas há uma lei verdadeira de ordem racional'; 'essa lei corresponde às exigências da natureza e à dignidade natural do homem'; 'não está escrita nos códigos, mas na consciência dos homens,' 'tem por autor o próprio Deus, criador da natureza'; 'é universal no tempo e no espaço.'" (MONTORO, 2011, p. 307)*

Sintetizando o Jusnaturalismo em Roma, mormente em CÍCERO, BITTAR e ALMEIDA lecionam que é precisamente na "ordenação cósmico natural que se pode encontrar o fundamento de toda ética e de todo conceito de justiça na teoria ciceroniana", sendo as leis naturais, em tal contexto analítico, "a ordenação do todo", de modo que o "direito natural passa a representar a única razão de ordenação da conduta humana na República":

> *"As virtudes são estimuladas pela lei natural, e os vícios são repreendidos por ela. É ela que, primeira, racional, pura, absoluta, imperativa [...] deve ser a escolta para os atos humanos, e não qualquer outro tipo de frágil convenção humana. É esse conjunto de preceitos que guia o homem na consecução de seus fins pessoais, que são, coincidentemente, também fins sociais. É a sociabilidade condição natural humana, de modo que a organização do Estado, das leis, da justiça são condições para a realização da própria natureza humana. Observando-se a natureza das coisas, a natureza humana haverá de atingir um grau de afinidade e harmonia com as leis que regem o todo, de modo a que tudo se governe de acordo com um único princípio, que se resume à razão divina.*

Dessa forma, o que se tem é uma ética do dever, constituída na base da lei natural, cuja finalidade reside em guiar e governar o todo. Dessa ética decorre a observância aos preceitos morais e jurídicos a um só tempo, dada a fusão em que se apresentam. Isso porque a sociabilidade humana é um mister, de modo que o Estado e as leis instrumentalizam esse mister, donde a felicidade humana decorre da própria harmonia de todos entre todos. É com a República que surge a felicidade humana.

O estoicismo lança o gérmen para que a filosofia cristã, que haverá de dominar o panorama da cultura ocidental por séculos, se implante e se desenvolva." (BITTAR e ALMEIDA, 2011, p. 187)

4. CONCLUSÃO

No denominado Jusnaturalismo Cosmológico, assim como nos demais (Jusnaturalismo Medieval e Jusnaturalismo Racional), nota-se que o Direito Natural, "antes de aceitar que o Direito é fruto do arbítrio do legislador", remete a "origem de todo direito a esquemas prévios" à própria vontade do Estado, cabendo a este, sob tal prisma, um "papel secundário", na exata medida em que "a função do legislador é servir de instrumento para a manifestação ou das leis do mundo natural, ou da natureza individual humana, ou da natureza sociopolítica humana", agindo, pois, "muito mais como observador do que criador" (BITTAR, 2001, p. 186).

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES; Ética a Nicômaco, Brasília, UnB, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. Direito Natural: Sentido Natural versus Sentido Cultural, Brasília, ano 38, nº 152, out./dez. 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. Curso de Filosofia do Direito, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito, comp. de Nello Morra, trad. e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 1995.

BUGALLO, Alejandro Alvarez. Teses Básicas do Positivismo e suas Críticas ao Jusnaturalismo, Lex Humana, nº 2, 2009.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. O Problema da Justiça, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

MASCARO, Alysson Leandro. Introdução ao Estudo do Direito, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2015.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. Textos Básicos de Filosofia do Direito – de Platão a Frederick Schauer, Rio de Janeiro, Zahar, 2015.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito, 29ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

PONTE, Carlos R. S. da. Da Importância da Tragédia: o Gênero Dramático e a Finitude Humana, Revista da Abordagem Gestáltica, XVI (2), jul./dez. 2010.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva, 19ª ed., 2002.

SGARBI, Adrian. Teoria do Direito – Primeiras Lições, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

SOARES, Ricardo M. F. Elementos de Teoria Geral do Direito, São Paulo, Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, António Braz. Sentido e Valor do Direito: Introdução à Filosofia Jurídica, Lisboa, INCM, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, Estado e Direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

As ideias fundamentais de John Rawls na reformulação da Teoria da Justiça como equidade[1]

Simone de Oliveira Souza[2]

Resumo: Considerando que em Uma Teoria da Justiça John Rawls parte da análise das sociedades capitalistas, defendendo a justiça como equidade, onde através de um consenso abrangente, os indivíduos, sob o véu da ignorância, utilizando-se da racionalidade e da razoabilidade pudessem definir os princípios basilares da justiça que seriam Liberdade e Igualdade. Considerando ainda que sua teoria foi largamente criticada, precipuamente pela sociedade pluralista existente no contexto democrático, o que não se alcançaria um consenso generalista, mormente pelas diversas doutrinas religiosas, morais e filosóficas que em muito se distanciam umas das outras. Objetiva-se demonstrar um pouco da vida do autor, notadamente do momento em que o mesmo despertara seu interesse pelo tema, e que o levou durante mais de duas décadas, não apenas refletir como reformular sua teoria, sem, contudo, romper com seu pensamento. Para tanto insere-se na análise de sua última obra, originalmente em inglês, traduzida e publicada em 2003 para o português "Justiça como equidade – Uma Reformulação". Desse modo torna-se possível observar os caminhos trilhados por Rawls em sua teoria da justiça, permitindo concluir que, também ele não pensara em uma teoria da justiça de forma metafísica, mas como uma teoria política.

[1] Este artigo refere-se ao trabalho apresentado como conclusão da disciplina Teoria do Direito oferecida no Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito-PPGSD/UFF ministrada pelos Profs. Dr. Joaquim Leonel de Rezende Alvim e Dr. José Fernando de Castro Farias no semestre de 2017/1.

[2] Mestranda pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Direito Processual Civil pela UNESA. Professora de Direito Processual Civil na UNISUAM. profcpcsimonesouza@gmail.com

Palavras-chave: John Rawls, Teoria da Justiça, Liberdade e Igualdade.

Abstract: Considering that in a Theory of Justice John Rawls starts from the analysis of capitalist societies, defending justice as equity, where through a broad consensus, individuals, under the veil of ignorance, using rationality and reasonability could define the basic principles of justice that would be Liberty and Equality. Considering also that his theory was widely criticized, precipitously by the pluralistic society existing in the democratic context, which would not reach a generalist consensus, mainly by the diverse religious, moral and philosophical doctrines that in a long way distance themselves from each other. It is intended to demonstrate a little of the author's life, especially when he had aroused his interest in the subject, and which took him for more than two decades, not only to reflect on how to reformulate his theory, without, however, breaking with his thinking . In order to do so, it is inserted in the analysis of his last work, originally in English, translated and published in 2003 for the Portuguese "Justice as Equity - A Reformulation". In this way it becomes possible to observe Rawls's paths in his theory of justice, allowing to conclude that he too had not thought of a theory of justice in a metaphysical way, but as a political theory.

Keywords: John Rawls, Theory of Justice, Liberty and Equality.

INTRODUÇÃO

Ouso iniciar este ensaio com as palavras de Francisco Otaviano, poeta do século XIX, vez que traduzem o mais singelo dos pensamentos de Rawls: a desigualdade.

"Morrer... dormir... não mais! Termina a vida,
E com ela terminam nossas dores;
Um punhado de terra, algumas flores,
E, às vezes, uma lágrima fingida!
Sim! Minha morte não será sentida;
Não deixo amigos, e nem tive amores!
Ou, se os tive, mostraram-se traidores,
- Algozes vis de uma alma consumida.
Tudo é podre no mundo! Que me importa
Que ele amanhã se esboroe e que desabe,
Se a natureza para mim é morta!

É tempo já que o meu exílio acabe...

Vem, pois, ó Morte ao nada me transporta...

Morrer... dormir... talvez sonhar... quem sabe[3]*?"*

Sonhar... Esperança a restar para muitos. Morrer... Desejo sentido por tantos daqueles que poucos talentos demonstram ou que trazem o maior deles: sobreviver.

Não seria mérito ser primogênito, tampouco nascer embalado em berço esplendido, por outro lado, tais fatos não teria o condão de fazer destes pecadores ou algozes daqueles que dividem sua filiação e embalam-se em moisés de palha ou cobrem-se em pequenos trapos... Apenas a vida não os presenteou com as mesmas oportunidades...

Seria coerente então que aquele mais talentoso, ou com maiores recursos, ou ainda de maior intelecto tivesse o peso da responsabilidade sobre o infeliz que o mesmo não lhe corresponde? Devesse talvez este mais abastado apiedar-se do necessitado e dividir-lhe todas as recompensas amealhadas pelos méritos alcançados?

Por certo poderíamos pensar que a visão do pobre miserável a quem pela morte clama se justifica pela da maioria a valer-se maximamente dos recursos havido. Afinal fica fácil ponderar o detrimento de poucos pelo benefício de muitos.

Essa a razão pelo qual refletiu por tantos anos o filósofo John Bordley Rawls.

Em 1971 John Rawls publicava o que viria a ser um marco a ensejar grandes debates. *A Theory of Justice* (Uma teoria da Justiça) trazia a proposta

[3] Francisco Otaviano de Almeida Rosa, advogado, jornalista, político, diplomata e poeta, nasceu no Rio de Janeiro, RJ, em 26 de junho de 1826, e faleceu na mesma cidade em 28 de junho de 1889. É o patrono da cadeira n. 13 da Academia Brasileira, por escolha do fundador Visconde de Taunay. Poeta desde menino, não se dedicou suficientemente à literatura. Ele mesmo exprimiu com frequência a tristeza de haver sido arrebatado à poesia pela política, por ele chamada de "Messalina impura", num epíteto famoso. Apesar da carreira fácil, respeitável e brilhante, cultivou sempre a nostalgia das letras. Sua obra poética representa uma espécie de inspiração do homem médio, mas não banal, o que lhe dá, do ponto de vista psicológico, uma comunicabilidade aumentada pela transparência do verso, leve e corredio. Em torno do eixo central de sua personalidade literária se organizam as tendências comuns do tempo, num verso quase sempre harmonioso e bem cuidado. Nas suas traduções de Horácio, Catulo, Byron, Shakespeare, Shelley, Victor Hugo, Goethe, revela-se também poeta excelente. Ficou para sempre inscrito entre os nossos poetas da fase romântica, como autor de duas ou três peças antológicas, mesmo que não tenha exercido a literatura com paixão, e o patriota que foi dá-lhe lugar entre os grandes vultos brasileiros do século XIX. Maiores informação vide <http://www.academia.org.br/academicos/francisco-otaviano/biografia> acesso 25/07/2017

de uma concepção de justiça então denominada por Rawls de "Justiça como Equidade", cujo ponto de vista era o de que os princípios de justiça mais razoáveis seriam aqueles que fossem objeto mútuo entre pessoas em condições equitativas, ou seja, princípios que articulassem uma concepção liberal ampla de direitos e liberdades básicas e que só admitiriam desigualdades de renda e riqueza quando houvesse vantagem para os menos favorecidos.

Assim, "Uma Teoria da Justiça" parte da ideia de um contrato social, defendendo Rawls a justiça como equidade como parte de uma visão liberal abrangente.

Na busca de se contrapor à teoria do utilitarismo que preconizava nos Estados Unidos, o pensamento de Rawls centra-se notadamente na ideia de um consenso abrangente onde, os indivíduos, sob o véu da ignorância, utilizando-se da racionalidade e da razoabilidade pudessem definir os princípios basilares da justiça quais sejam: o princípio da Liberdade e o princípio da Igualdade.

Um das questões que surge para reflexão de Rawls é o normal comportamento humano de se defender a própria posição em prol de outros, logo, o conflito existente entre a limitação dos recursos frente às ilimitadas necessidades dos indivíduos.

Rawls reconhece o talento natural e benefícios advindos naturalmente, o que para ele a igualdade permitiria o antagonismo apenas se fosse possível extrair dos mais beneficiados o maior benefício possível aos menos beneficiados, e para tal, vai trabalhar como subprincípio do princípio da igualdade o princípio da diferença.

Entende o teórico que a meritocracia não pode ser vista como resposta a maiores benefícios tendo em vista a ausência de iguais oportunidades, sendo outro ponto central de sua teoria.

O pensamento que traça na obra de 1971 para teorizar a justiça como equidade dá a percepção nítida da utilização do imperativo categórico de Kant, porém, sua teoria foi largamente criticada, precipuamente pela sociedade pluralista existente no contexto democrático, o que não se alcançaria um consenso generalista, mormente pelas diversas doutrinas religiosas, morais e filosóficas que em muito se distanciam umas das outras.

Diante das críticas recebidas, Rawls percebeu que, efetivamente, "seria razoável o leitor concluir que a justiça como equidade foi definida como parte de uma doutrina moral abrangente que poderia vir a ser desenvolvida posteriormente caso os bons resultados a isso convidassem4", motivo pelo qual durante mais de duas décadas, não apenas refletiu como reformulou sua teoria, sem, contudo, romper com seu pensamento.

No ano de sua morte, Rawls publicou sua última obra, originalmente em inglês, vindo a ser traduzida e publicada em 2003 para o português, "*Justice as Fairness – A Restatement5*". É em dita obra que se pode encontrar de forma organizada as modificações feitas por Rawls em sua teoria da justiça, de modo que torna fácil ao leitor perceber que, também ele não pensara em uma teoria da justiça de forma metafísica, mas como uma teoria política, o que já havia trabalhado em texto próprio no ano de 1985 sob o título "*Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*", e, ainda na obra Liberalismo Político de 1993.

A proposta do presente trabalho é trazer a lume as ideias centrais do pensamento de John Rawls no que concerne sua Teoria da Justiça como Equidade como teoria política, buscando demonstrar o motivo ensejador da mudança de seus argumentos, utilizando para tanto a ultima obra do autor publicada em vida conforme mencionada alhures.

No primeiro momento buscaremos aproximar o leitor do filósofo, traçando um pouco de sua vida e do contexto em que cresceu e desenvolveu seu amor pela filosofia, bem como suas influências.

Num segundo momento buscaremos pontuar os conceitos com os quais Rawls trabalhou na reformulação de sua teoria para ao final refletirmos acerca de como deve, então ser tratada e refletida a teoria da justiça como equidade.

Sem a pretensão de esgotar os pensamentos de Rawls, posto a necessidade de uma pesquisa mais aprofundada, esperamos poder ao final trazer à lume de forma compreensível as ideias de Rawls e como, efetivamente poderíamos vislumbrar uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais permanecendo profundamente divididos por doutrinas razoáveis de caráter religioso, filosófico e moral, questão que Rawls buscou elucidar por mais de quarenta anos de reflexão filosófica.

[4] Trecho extraído do prefácio da obra Justiça como equidade – Uma reformulação. John Rawls, 2003.
[5] Justiça como equidade – Uma Reformulação

1. JOHN RAWLS: CONCISA BIOGRAFIA

Em obra publicada por POGGE, "*John Rawls: His Life and Theory of Justice*" originalmente em alemão no ano de 1994, e traduzida para o inglês em 2007 por Michelle Kosch, o autor traz no primeiro capítulo minucioso trabalho acerca da biografia do filósofo, sido à época submetida inclusive a análise do próprio biografado.

O presente trabalho, contudo, não tem o condão de esgotar toda a biografia de Rawls, porém, entendemos que para tratarmos da teoria desenvolvida por um autor, é mister que primeiro se compreenda em que contexto este autor está inserido, motivo pelo qual faremos uso da obra supra mencionada para fins de situar o leitor a respeito de quem foi Rawls para então podermos adentrar o tema central da pesquisa.

John Bordley Rawls nasceu em 21 de fevereiro de 1921 em Baltimore, no Estado de Maryland, na região nordeste dos Estados Unidos, segundo de cinco filhos de Willian Lee Rawls (1883-1946) e Anna Abell Rawls (1892-1954) (2007, p.4).

Embora de família bem situada economicamente e com influência política, teve sua juventude marcada por dois eventos trágicos: a morte dos dois irmãos mais novos em virtude de doenças contraídas do próprio Rawls - difteria em um caso e pneumonia no outro (2007, p.5).

Seu primeiro contato com questões sociais se deu ainda na infância, por influência de sua mãe que atuava em prol dos direitos das mulheres, mas, inobstante o envolvimento dela com questões feministas, Rawls iniciou suas próprias reflexões ainda na tenra idade, acerca de questões de classe e raça, notadamente por pelo fato de Baltimore contar com uma grande população negra – aproximadamente 40 por cento -, sendo pelo menino percebido desde cedo que os negros viviam em circunstâncias muito diferentes e que as crianças negras frequentavam escolas separadas. Foi visível a Rawls o descontentamento de sua mãe quando soube de sua amizade com Ernest, um menino negro.

Foram essas e outras experiências vividas por Rawls, então menino - como o convívio com os nativos do sul de Blue Hill, local onde seu pai adquirira uma casa para passarem o verão, e ainda com moradores brancos

(pobres) do Brookline, que laboravam como caseiros nas casas de veraneio - o fizerem perceber as diferneças de condições e oportunidades destes frente à sua própria, impressões duradouras que lhe despertaram o sentimento de injustiça (2007, p. 6-7).

Com lembranças de infelicidade e improdutividade, posto em nada entender Rawls ter lhe estimulado intelectualmente, foram os anos de 1935 a 1939 passados na Kent School, no oeste de Connecticut. De severa educação religiosa, tratava-se de uma escola para meninos, cujas obrigações primordiais eram a realização das tarefas de casa e assistir a serviços religiosos seis dias por semana, havendo ainda dois serviços religiosos obrigatórios em domingos (2007, p. 8).

Em 1943, Rawls é admitido na Universidade de Princeton, ano em que eclode o ataque alemão na Polônia, e, ao contrário de muitos dos jovens ali presente que pensaram ser chamados para guerra, Rawls não se inscreveu para o treinamento dos oficiais de reserva, abrindo mão daquilo que lhe garantiria a oportunidade de um lugar no cargo de oficiais após a formatura. Até tentou seguir os passos de seu irmão Bill que tinha sido vencedor em três esportes (Futebol, luta livre, tênis) e ainda capitão da equipe de tênis, mas, embora tenha inicialmente tentado se dedicar aos esportes, a luta livre foi seu pior desafio, tornando-se cada vez mais avesso aos confrontos individuais, o que acabou por fazer com que se mantivesse apenas, e casualmente, perseguindo o beisebol.

Descreve POGGE que as áreas de interesse de Rawls variaram bastante, não tinha ele certeza do que seria importante para escolher. Tentou química, Matemática, música - ele era um crítico de música para The Daily Princetonian[6] por dois anos, abrangendo eventos musicais locais e de Nova York - e até mesmo história da arte. Contudo, não era suficientemente interessado ou talentoso para quaisquer desses assuntos, seguindo finalmente em filosofia (2007, p.10).

Os primeiros professores de Rawls em filosofia foram Walter T. Stace,

[6] Premiado periódico jornalista independente da Universidade de Princeton . Fundada em 1876 e diariamente desde 1892, o Princetoniano está entre os jornais universitários mais antigos do país. Seus ex-alunos buscaram carreira em jornalismo no The New York Times , The Washington Post , The Wall Street Journal e ganharam o Prêmio Pulitzer . O Daily Princetonian, apelidado de « Prince" , foi o segundo jornal da faculdade na América a publicar diariamente. O artigo, fundado em 1876 como uma publicação quinzenal intitulada The Princetonian , tornou-se The Daily Princetonian em 1892, quando se tornou um jornal diário. Existente até os dias atuais. Disponível in < http://www.dailyprincetonian.com/> acesso 26/07/2017

David Bowers e Norman Malcolm. No segundo ano, Rawls cursou filosofia moral com Stace, um utilitário, no qual utilizou do trabalho de base de Kant, o "utilitarismo" de John Stuart Mill, e, do próprio Stace "O conceito de Moral"[7] para serem discutidos.

A influência mais importante foi, no entanto, exercido por Malcolm, que era apenas 10 anos mais velho que Rawls. O primeiro encontro entre Rawls e Malcolm foi desagradável, ao menos para Rawls. No outono de 1941, Rawls deu a Malcolm um ensaio filosófico que ele próprio achou bom. Malcolm, no entanto, submeteu este ensaio a críticas muito severas pedindo a Rawls para "retomar" e pensar sobre "o que estava fazendo". Apesar de temporariamente desanimador, dita crítica acentuada contribuiu para aprofundar o interesse de Rawls em filosofia, e ele credita a Malcolm o exemplo pessoal de grande influência no desenvolvimento de sua própria maneira de fazer filosofia (POGGE, 2007, p.11).

Em 1943 Rawls chegou a pensar em entrar para o sacerdócio, contudo, foi convocado pelas forças armadas para combater na Segunda Guerra Mundial, e em junho de 1945, suas experiências na guerra do Pacífico levaram sua crença em ortodoxos e no cristianismo o fazendo rejeitar a ideia da supremacia de uma vontade divina, tirando-lhe qualquer desejo de entrar no ministério, o que se pode verificar no breve ensaio não publicado - *On My Religion*, composto por Rawls durante a década de 1990 (POGGE, 2007, p. 13-14, *apud* 1990).

Rejeitada a ideia dos estudos teológicos e desistindo da carreira militar Rawls deixa o exército em 1946 e começa os estudos de pós-graduação em filosofia retornando a Princeton. Após três semestres em Princeton, ele passou um ano (1947-1948) com uma bolsa na Universidade de Cornell, onde Malcolm e Max Black estavam trabalhando em Wittgenstein. No ano seguinte (1948-49), ele estava de volta a Princeton, escrevendo sua dissertação sob a supervisão de Walter Stace. (2007, p.14).

Ao completar sua tese no final de 1948, Rawls conheceu Margaret (Mardy) Warfield Fox com quem casou em junho de 1949 tendo com ela quatro filhos. Mardy exerceu um papel ativo no trabalho de Rawls, ajudando-o

[7] É possível acessar a obra através do link <https://archive.org/details/conceptofmorals029360mbp> acesso 26/7/2017

em todos os passos de suas publicações, trazendo ainda para dentro de casa a importância da igualdade de oportunidades para as mulheres, tendo em vista que seus pais haviam concordado que poderiam financiar uma faculdade e que Educação caberia apenas para seus dois irmãos, não para ela, pois aos meninos a educação era mais importante e se Mardy chegou ao diploma, o fez através de seu esforço para galgar uma bolsa integral, e conseguiu, com recursos adicionais através de renda de vários empregos, para pagar seu próprio diploma de bacharel. Assim, o jovem casal concordou que eles proporcionariam as mesmas oportunidades para suas filhas sobre seus filhos. E assim fizeram: os quatro. (2007, p.15).

A dissertação de doutorado de Rawls em 1950 demonstrou, no entanto, que ele não se contentaria em desconstruir nosso impulso de fazer perguntas metafísicas; em vez disso, ele se dedicou a tarefas filosóficas construtivas. Afastando-se do então programa influente de tentar analisar o significado dos conceitos morais, ele o substituiu pelo que era - para um filósofo - uma tarefa mais praticamente orientada: a de caracterizar um método geral de tomada de decisão moral. Parte desse trabalho de dissertação foi a base de seu primeiro artigo publicado, "Esboço de um procedimento de decisão para a ética[8]" em 1951.

Durante o ano de 1950 Rawls trabalhou principalmente fora do Departamento de filosofia. No período de outono, participou de um Seminário de Economia com Jacob Viner, e na primavera fez um seminário com Alpheus Mason sobre a história do pensamento político dos EUA e Lei constitucional, em que o texto principal era uma antologia editada por Mason, Free Government in the Making: leituras em política americana Pensamento. Neste seminário, Rawls estudou os pontos de vista mais importantes sobre Justiça política que havia sido articulada no curso da história dos EUA e experimentou desenvolver cada um deles de forma sistemática em Concepção de justiça (2007, p.15).

Rawls participou ainda de um seminário do economista William Baumol, e os debates de então continuaram na primavera seguinte com um grupo de estudo não oficial. Rawls também estudou Leon Walras's, *Elements of Pure Economics* e, John von Neumann e Oskar Morgenstern's, *Theory of Games*

[8] Disponível in <http://www.jstor.org/stable/2181696?seq=1#page_scan_tab_contents>

and Economic Behavior[9]. Ao mesmo tempo, fez amizade com J. O. Urmson, um filósofo de Oxford que estava como professor visitante em Princeton em 1950-1951 e é através dele que Rawls consegue passar os anos de 1952 e 1953 em um programa de convênio em Oxford, época que Rawls começa a elaborar sua ideia de justificar princípios morais de acordo com um processo deliberativo construído para este fim (2007, p. 16).

Depois da volta de Oxford, em 1953, Rawls foi nomeado professor assistente na Universidade de Cornell, onde também foi, em 1956, nomeado professor efetivo. É na Universidade de Cornell que Rawls se torna editor do famoso jornal *Philosophical Rewiew*.

Em 1959 Rawls teve a oportunidade de ir para Harvard como professor convidado. Neste mesmo ano o *Massachusetts Institute of Technology - MIT* lhe oferece uma vaga de professor efetivo. Rawls aceita, mas acaba se envolvendo com atividades muito burocráticas relacionadas com a formação da área de humanidades da universidade (2007, p. 17).

Em 1961, Rawls é convidado para ir dar aulas em Harvard, convite que aceitou de pronto, seguindo em 1962 após acabarem suas atividades no MIT, lá ministrando aulas até 1991, ano de sua aposentadoria.

Os anos seguintes, em Harvard, foram dedicados a acabar de escrever *Uma Teoria da Justiça* e às aulas sobre grandes autores da filosofia política.

No final da década de 60, Rawls faz parte de movimentos contra a Guerra do Vietnam. Toda essa polêmica levou Rawls a refletir sobre questões como a desobediência civil e sobre a ética nas relações internacionais.

Os anos de 1969 e 1970 Rawls passou no Centro de Estudo Avançados da Universidade de Stanford, acabando de escrever *Uma Teoria da Justiça*. Fato curioso: todas as anotações do livro de Rawls eram digitadas por uma secretária, Anna Tower, e guardadas no Centro. Em Abril de 1970 um atentado à bomba causou um incêndio no prédio do Centro, mas Rawls teve sorte e seu escritório apenas sofreu danos devido à água. As partes do livro foram apenas molhadas, e não queimadas, o que possibilitou a leitura. Se essas páginas tivessem sido atingidas pelo fogo, Rawls teria perdido oito meses de trabalho intenso (2007, p.21).

[9] Disponível in <http://press.princeton.edu/chapters/i7802.pdf>

Ainda em 1970 Rawls retorna a Harvard e torna-se chefe do Departamento de Filosofia, sendo para ele, o ano de trabalho acadêmico mais árduo, pois além de continuar o trabalho de revisão de seu livro, dedicava grande parte do tempo para resolver as divergências entre os professores.

Mas a década seguinte foi mais calma. Desde 1960 a família Rawls havia se mudado para Lexington, perto de Cambridge. Lá, Mardy Rawls dedica-se aos movimentos sociais locais e à pintura. Rawls trabalhava bastante em casa, mantendo uma rotina regular de exercícios físicos, que foi um pouco prejudicada em 1983, quando ele machucou um tendão ao pular corda (2007, p.22).

Em 1979 Rawls é promovido ao mais alto grau da carreira acadêmica, o de professor universitário. A cadeira ocupada por Rawls era a de James Bryant Conant University Professor, antes ocupada por Kenneth Arrow, ganhador do prêmio Nobel de economia (2007, p. 23).

Ao longo de sua carreira, Rawls dedicou uma atenção considerável aos seus ensinamentos. Em suas palestras sobre filosofia moral e política, concentrou-se meticulosamente sobre os grandes filósofos do passado: Locke, Hume, Rousseau, Leibniz, Kant, Hegel, Marx, Mill e outros, sempre se aproximando diferentemente deles e com um olho no que poderíamos aprender com eles. Mentor para inúmeros estudantes de pós-graduação ao longo dos anos, Rawls inspirou muitos que se tornaram intérpretes influentes desses filósofos.

Em 1995, Rawls sofre o primeiro de vários derrames que farão com que sua carreira acadêmica seja bastante prejudicada e, no dia 24 de novembro de 2002, um sábado, em sua casa, em Lexington, Massachusetts, John Bordley Rawls morre de insuficiência cardíaca.

A publicação inicial de *A Theory of Justice* em 1971 trouxe o renome considerável de Rawls, balizando grandes debates, mas, também críticas severas que o fez, ao longo de mais de duas décadas refletir e reformular sua teoria, trazendo novos conceitos sem, contudo, romper com o seu pensamento. Assunto do qual passaremos a tratar.

2. UMA TEORIA DA JUSTIÇA

Justiça como equidade foi o conceito tecido por John Rawls na tentativa de articular de forma contrabalanceada os valores de liberdade

e de igualdade introduzidos nas tradições que marcaram o pensamento democrático, quais sejam: a que valoriza as chamadas liberdades dos modernos, associadas a John Locke10, aqui incluídas notadamente as liberdades individuais e as liberdades dos antigos, associadas a Rousseau11, aqui incluídas as liberdades políticas iguais e de participação ativa na vida pública, partindo da acepção de contrato social. Como assevera o próprio Rawls "Meu objetivo é apresentar uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a concebida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant" (1997, p. 12).

De acordo com a concepção inicial proposta por Rawls os princípios de justiça mais razoáveis seriam aqueles que fossem objeto de acordo mútuo entre pessoas em condições equitativas, dando a mesma ideia de um contrato social. Assim, os princípios por ele articulados afirmavam uma concepção liberal amplia de direitos e liberdades básicos, só admitindo desigualdades de renda e riqueza que fossem vantajosas para os menos favorecidos.

O pensamento original de Rawls era que a igualdade, ou uma distribuição justa de vantagens, deveria ser abordada como uma questão de fundo por disposições constitucionais e legais que estruturam instituições sociais. Embora as instituições justas influenciassem as chances de vida de todos na sociedade, deixariam os indivíduos livres para exercer suas liberdades básicas, conforme entenderem dentro deste conjunto justo de regras, isto é, de reconhecerem e perceberem-se inclusos neste conjunto de regras.

Para levar a cabo esta ideia central, Rawls adota como objeto da teoria da justiça a estrutura básica da sociedade, definindo a forma como as principais instituições sociais se encaixam em um único sistema e como elas atribuem os direitos e deveres fundamentais a moldar a divisão das vantagens que surge através da cooperação social. Nesse sentido explica Rawls:

> *"O primeiro objeto dos princípios da justiça social é a estrutura básica da sociedade, a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação. [...] esses princípios devem orientar a atribuição de direitos e deveres nessas instituições e determinar a distribuição adequada dos benefícios e encargos da vida social" (1997, p. 57).*

[10] Melhores elucidações vide <http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/revistalable/numero1/jardel1.pdf>
[11] Maiores informações vide <http://www.unicamp.br/~jmarques/pesq/Liberdade.pdf>

A ideia proposta por Rawls impunha um retorno à posição original pautada por um véu da ignorância onde cada indivíduo, sem a percepção de sua posição específica dentro do contexto, tenderia a agir de forma mais coerente e parcimoniosa, vez que tenderia a pensar que após ele, haverá ele e não os outros, isto é, pensará que a regra recairá não apenas nos outros, mas nele próprio posto ignorar a posição que lhe caberia, o que o faria pensar de maneira mais igualitária, de modo que, qualquer que fosse a posição por ele assumida, seria um tanto quanto aceitável.

A teoria de Rawls, como ele mesmo afirma, tendeu a uma alternativa à teoria utilitarista que dominou por longo tempo a tradição anglo-saxã do pensamento político.

2.1 A OPOSIÇÃO AO UTILITARISMO

O utilitarismo surge sobre diferentes formas, dentre as quais o utilitarismo clássico da teoria do século XIX de Jeremy Bentham[12] e John Stuart Mill[13]. A ideia utilitarista, como Rawls enfrenta, é a de que a sociedade deve ser organizada de modo a maximizar a utilidade agregada ou o bem-estar esperado. Para tanto descreve o utilitarismo de Sidgwick por sua formulação mais clara e acessível:

> *"A ideia principal é a de que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os membros" (RAWLS, 1997, p. 25, apud SIDGWICK, 1907).*

Um dos objetivos de Rawls em "Uma Teoria da Justiça" foi opor-se à teoria utilitarista, vez que para ele, não se pode conceber a ideia de que o bem estar da maioria pudesse justificar a perda de liberdade de alguns, nesse sentido aduz:

> *"Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a*

[12] Para aprofundamento vide <http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-an-introduction-to-the-principles-of-morals-and-legislation> e <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/12_araujo.pdf>
[13] Sugere-se a leitura da obra do autor disponível in <http://docslide.com.br/documents/o-utilitarismo-john-stuart-mill-livro.html>

> *justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros" (1997, p. 4).*

Um das razões pela qual Rawls rejeita o utilitarismo é porque este seria perfeitamente compatível com qualquer esquema profundamente desigual, injusto, na medida em que enfatiza a maximização da utilidade social, motivo pelo qual anuncia que sua teoria seria uma alternativa à teoria utilitarista, tendo em vista sua preocupação com aqueles que tinham seus direitos e liberdades restringidas em prol da maioria, buscando dessa forma resgatar a dignidade do homem, independentemente de sua utilidade para a comunidade, questionando então o porquê de não se considerar aquilo que é racional para um único homem como justo para uma associação de seres humanos? (1997, p.24).

3. A REFORMULAÇÃO DE JOHN RAWLS

Com o objetivo de retificar o que considerou como falhas mais graves de "Uma Teoria da Justiça" e de reunir numa só formulação a concepção de justiça apresentada ao longo dos trinta anos Rawls publica "Justiça como equidade: Uma Reformulação", sua última obra, onde fideliza suas ideias, mas reorganiza seus argumentos.

Alguns questionamentos norteiam a reformulação de Rawls, e podermos assim afirmar que a questão central que busca solucionar, partindo da análise de certo tipo específico de sociedade – as democracias modernas – é a de que "como é possível haver e sobreviver uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais permanecendo profundamente divididos por doutrinas razoáveis de caráter religioso, filosófico e moral"?

A investigação de Rawls é por ele delimitada no sentido de concentrar na estrutura básica o objeto primário da justiça, deixado de lado questões de justiça local. Não considera a justiça como equidade uma doutrina moral abrangente, mas concepção política, no sentido de que possui um alcance muito mais restrito que doutrinas morais filosóficas abrangentes, restringindo ao político, uma parte do campo da moral. (2003, p. 19)

Outra limitação definida é a preocupação com a natureza e o conteúdo da justiça para uma sociedade bem-ordenada e outra das limitações trazidas,

referindo-se à discussão da questão como teoria da aquiescência estrita, ou seja, aquela em que todos, ou quase todos concordam submetendo-se aos princípios de justiça por ela determinados (2003, p. 17).

Há ainda um terceiro limite pelo qual se submete a investigação do teórico. Não discutir as relações justas entre os povos, sendo esta preterida privilegiando uma definição de justiça política para uma sociedade bem-ordenada (2003, p.19).

Para tanto, reformulando as noções anteriores e partindo de uma concepção política da justiça como equidade, Rawls trabalhará a ideia de Sociedade como sistema equitativo de cooperação, a ideia de sociedade bem-ordenada, a ideia de estrutura básica, a ideia de posição original, a ideia de cidadãos livres e iguais e por fim a justificação pública.

Essas ideias que são traçadas como fundamentais pelo teórico passam agora a ser objeto de nosso estudo.

3.1. A IDEIA DE UMA SOCIEDADE COMO SISTEMA EQUITATIVO DE COOPERAÇÃO

Uma das metas praticáveis da justiça como equidade segundo Rawls é fornecer uma base filosófica e moral aceitável para as instituições democráticas e, assim, responder à questão de como entender as exigências da liberdade e da igualdade (2003, p. 6).

Voltado para a cultura política pública de uma sociedade democrática, e tomando como elemento a auto representação vez que baliza as possibilidades de combinação dos valores básicos dessa sociedade, parte das ideias familiares, vinculando-as ao senso comum da vida cotidiana, supondo a noção implícita das ideias de concepção política dos cidadãos.

Considerando como ideia organizadora central para uma concepção política da justiça voltada ao regime democrático, a sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para outra é elaborada conjuntamente com duas outras ideias fundamentais, quais sejam, a ideia de cidadãos como pessoas livres e iguais e a ideia de

uma sociedade bem-ordenada, tendo como característica ser efetivamente regulada por uma concepção pública (2003, p. 7).

A ideia de cooperação social defendida por Rawls a partir de três aspectos essenciais, sendo o primeiro deles a necessidade de se diferenciar a cooperação da simples coordenação por uma autoridade central. A cooperação envolve regras e procedimentos publicamente reconhecidos e aceitos pelos participantes, ou seja, aqueles que cooperam aceitam como apropriados para reger sua conduta, não por uma caracterização de austeridade ou ordenança.

O segundo aspecto volta-se para a reciprocidade, diz respeito à equidade presente na cooperação, ou seja, cada participante pode razoavelmente aceitar certas condições desde que valham para todos os demais e, o terceiro aspecto volta-se para a noção de vantagem racional que tende a justificar o esforço de cada um e a sua sujeição a certo conjunto de normas.

Outro aspecto a envolver a ideia fundamental da sociedade como sistema equitativo de cooperação social reside na razoabilidade e racionalidade, vez que pessoas razoáveis são aquelas dispostas a propor, ou a reconhecer quando outros os propõem, os princípios necessários para especificar o que pode ser considerado por todos como termos equitativos de cooperação, honrando tais princípios ainda que à custa de seus próprios interesses desde que os outros também os honrem (2003, p. 9).

Por outro lado, ao pensar na existência daqueles detentores de poder ou de posições mais afortunadas, ainda que ditas posições não afaste a condição de igualdade, poderia, contudo, ser racional à eles buscarem vantagens a partir de suas situações. Desta forma, Rawls vai asseverar que o senso comum considera o razoável, mas, em geral, não o racional como uma ideia moral que envolve sensibilidade moral (2003, p. 10).

Para o teórico, a função dos princípios de justiça como parte de uma concepção política é definir os termos equitativos de cooperação social, especificando os direitos e deveres básicos que devam ser garantidos pelas principais instituições políticas e sociais, regulando a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social e distribuindo os encargos necessários para mantê-las. Uma vez que os cidadãos de uma sociedade democrática - e

dessa concepção não podemos nos afastar - são considerados pessoas livres e iguais, logo ditos princípios devem especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos assim concebidos.

Desta feita, à ideia de cooperação social corresponde uma noção de pessoa, especificada também por atributos fixados na tradição do pensamento democrático; pessoa concebida como alguém que pode ser um membro plenamente cooperativo da sociedade exercendo sua cidadania ao longo da vida, conceito que trabalharemos em mais adiante.

A ideia de Rawls ao definir como ideia organizadora central a sociedade como sistema equitativo de cooperação social visa estabelecer os critérios definidores a serem seguidos pelas pessoas num contexto de reciprocidade, aquiescendo com tais regramentos por sentirem-se pertencentes à eles, e não apenas, por terem ainda a concepção de que se o fazem outros também o fazem, encontrando nesse agir uma noção de vantagem racional a justificar o esforço de cada um diante do todo.

3.2 A IDEIA DE UMA SOCIEDADE BEM-ORDENADA

A ideia de uma sociedade bem-ordenada está associada à ideia organizadora central de sociedade como um sistema equitativo de cooperação. Nesse sentido pauta-se em três significados, quais sejam:

1) Implícito na ideia de uma concepção pública de justiça trata-se de uma sociedade na qual cada um aceita, ciente de que os demais também aceitam a mesma concepção política de justiça. Trata-se de um conhecimento mutuamente reconhecido, ou seja, as pessoas sabem tudo o que saberiam se sua aceitação de tais princípios tivesse resultado de acordo público (2003, p. 11).

2) Implícito na ideia de regulação efetiva por uma concepção pública de justiça onde todos sabem, ou por bons motivos acreditam, que a estrutura básica da sociedade respeita esses princípios de justiça.

3) Implícito também na ideia de regulação efetiva tem-se que os cidadãos possuem um senso normalmente efetivo de justiça, isto é, um senso que lhes permite entender e aplicar os princípios de justiça publicamente

reconhecido e, de modo geral, agir de acordo com o que sua posição na sociedade o exige (2003, p. 12).

Tratada como considerável idealização por Rawls, a concepção pública de justiça numa sociedade bem-ordenada tende a fornecer um ponto de vista aceito por todos. Saber se, e em que medida ela pode desempenhar a função de concepção de justiça pública e mutuamente reconhecida quando a sociedade é vista como um sistema de cooperação entre cidadãos livres e iguais geração após geração é uma das questões importantes a serem trabalhadas.

A ideia de uma sociedade bem-ordenada ajuda a formular o critério de adequação e a especificar a ideia organizadora central de cooperação social, sendo à ela conferido dois significados: a) geral, no sentido de uma sociedade efetivamente regulada por alguma concepção pública/política de justiça e b) particular, no sentido de que cada membro da sociedade aceita e sabe que todos os outros aceitam a mesma concepção política de justiça.

Contudo, essa acepção particular da sociedade bem-ordenada esbarra na questão do fato do pluralismo razoável existente nas sociedades democráticas o que permite pensar que não há como existir numa sociedade bem-ordenada a aceitação de todos os seus membros pautados na mesma doutrina abrangente. Nesse contexto Rawls defende que cidadãos democráticos ao defenderem diferentes doutrinas abrangentes podem pôr-se de acordo sobre concepções políticas de justiça (2003, p.13).

3.3 A IDEIA DA ESTRUTURA BÁSICA

A ideia da Estrutura básica é introduzida pelo teórico para apresentar a justiça como equidade com uma unidade adequada junto a uma ideia de posição original, ou seja, a estrutura básica somada à posição original torna-se necessárias para a compreensão de outras ideias a nortear a teoria por ele apresentada.

O conceito da estrutura básica trazida por Rawls traduz-se na maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a visão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo (2003, p.13).

Tendo por foco principal a estrutura básica como objeto da justiça política e social, esta compreende a Constituição política com um judiciário independente, as formas legalmente reconhecidas de propriedade, a estrutura da economia e seus sistemas de mercados competitivos, bem como a família.

É importante salientar que ao tratar da estrutura básica de uma sociedade democrática, Rawls chama a atenção para sua não regulamentação interna, ou seja, a estrutura básica tende a regular uma concepção política de justiça e não os aspectos internos e específicos de instituições, associações ou famílias.

> *"Não se deve presumir de antemão que rincípios que são razoáveis e justos para a estrutura básica também o sejam para instituições, associações e práticas sociais em geral. Embora os princípios de justiça como equidade imponham limites a esses arranjos socais da estrutura básica, a estrutura básica e as associações e formas sociais que nela existem são governadas, cada qual, por princípios distintos devido a seus objetivos e propósitos diferentes e sua peculiar natureza e exigências singulares A justiça como equidade é uma concepção política, não geral, de justiça: aplica-se primeiro à estrutura básica e considera que essas outras questões de justiça local, assim como questões de justiça global, exigem considerações de mérito independentes"(2003, p. 15).*

De dentro para fora o autor elenca três níveis de justiça: a) Local, a tratar de princípios que se aplicam diretamente a instituições e associações, b) Doméstica, a tratar dos princípios que se aplicam à estrutura básica da sociedade, com o qual trabalha e c) Global, a tratar dos princípios que se aplicam ao direito internacional. Partindo da justiça doméstica, tende a depois estender-se para a global, mas prioritariamente a limitar e coagir os princípios da justiça local, sem, contudo, determinar por si só seus princípios mais adequados (2003, p.16).

Parte, pois, de uma caracterização vaga daquilo que é inicialmente uma ideia embrionária para depois considerar as especificidades, no sentido de que todos possam se reconhecer e respeitar ditas regras.

3.4 A IDEIA DA POSIÇÃO ORIGINAL

O que nos leva à posição original e por quais razões deve ser utilizada? Esse o questionamento a ser esclarecido por Rawls.

Partindo-se da premissa de que os termos equitativos de cooperação devam ser estabelecidos para que se possa alcançar uma sociedade bem-ordenada na forma definida pelo autor, mister saber como estes termos seriam determinados. Seriam eles determinados por um poder externo de indivíduos? Seria conveniente busca-los numa ordem normativa independente da sociedade partindo-se da referência de uma ordem moral de valores como a intuição racional ou à lei natura ou ainda da lei divina? Seria, então, mais adequado estabelece-los por meio de um iniciativa comum das pessoas que deverão submeter-se à esses termos de cooperação?

À luz do pensamento de Rawls, o estabelecimento dos termos por meio de uma decisão das pessoas que deverão submeter-se às regras é a única resposta a se compatibilizar com a concepção de pessoas livres e iguais habilitadas a cooperar socialmente. Daí justificar o uso do contrato social[14] para especificar as condições de uma sociedade bem-ordenada.

Este contrato, que pressupõe um acordo, contudo, deve ser celebrado sobre certas condições para que seja válido do ponto de vista da justiça política, condições estas que devem coadunar com uma sociedade democrática. Donde é possível asseverar que particularmente, este acordo deve situar-se de modo equitativo às pessoas livres e iguais, não sendo imaginável permitir que entre a negociação se verifique posições mais vantajosas que outras, excluindo-se qualquer tipo de ameaça de força e coações.

A teoria da justiça como equidade de John Rawls confia o alcance do acordo justo à estrutura básica, o que permitirá o reconhecimento das pessoas e a respectiva cooperação. Contudo uma grande dificuldade é apontada: é preciso determinar um ponto de vista a partir do qual se possa concentrar um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, sendo certo que dito ponto de vista deva ser distanciado das características e circunstâncias particulares da estrutura básica existente e não ser distorcido por elas (2003, p. 21).

A ideia de contrato para a celebração dos termos equitativos pressupõe segundo Rawls, a necessidade de se conceber a posição original dessas pessoas livres e iguais no momento desta celebração. E o ponto de vista

[14] O Contrato social aqui é tratado como um objeto conceitual para ajudar a compreender a história política e pensar as instituições. Trata-se de um instrumento de interpretação, um artifício de representação a demonstrar o vínculo que surge entre as pessoas.

peculiar é trazido como característica dessa posição original, qual seja, o "véu da ignorância".

A posição original pensada pelo autor é o método utilizado para se chegar ao conteúdo da teoria da justiça, e para tanto se entende que seus participantes devem estar cobertos por um desconhecimento de posições e vantagens que lhes possam ser galgado, ou seja, não devem aqui levar em consideração etnia, classe social, raça, crenças e etc., devendo abster-se de qualquer informação que lhes permitam aferir vantagens ou identificar possíveis vantagens.

> *A partir dos conhecimentos e crenças dessas pessoas, de seus desejos e interesses, e das opções que lhes são oferecidas, bem como das prováveis consequências que elas esperam de cada opção, podemos imaginar o que elas decidirão, ou com que concordarão, a não ser que cometam um erro de raciocínio ou, por algum motivo não ajam de modo sensato. (Rawls, 2003, p. 114)*

A ideia da posição original permeada pelo véu da ignorância, numa concepção política, parte da situação na qual seus membros, com vistas à sociedade bem-ordenada, se encontram em posição ideal. Inteiramente livres conscientes e isentos de qualquer influência externa. Ignorando todas as diferenças existentes entre eles para fins de decidir os princípios norteadores de uma coletividade, vez que devem partir "da ideia organizadora de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais" (Rawls, 2003, p. 20). E é nesse sistema de cooperação, diante do véu da ignorância numa posição original que os indivíduos devem agir em conformidade com suas faculdades de racionalidade e razoabilidade. (Rawls, 2003, p. 115).

Um dos motivos pelos quais na posição original deve-se abstrair as contingências da estrutura básica é o fato de que as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios primeiros de justiça para aquela estrutura têm de eliminar as posições vantajosas de negociação que, com o passar do tempo, inevitavelmente surgem em qualquer sociedade como resultado de tendências sociais e históricas cumulativas.

Dita proposta vem em resposta à questão de como entender a ideia de um acordo equitativo voltado para um acordo sobre princípios de justiça política para a estrutura básica (Rawls, 2003, p. 22).

Rawls reconhece que a posição original é ainda mais abstrata porque o acordo deve ser visto como hipotético, na medida em que nos perguntamos o que as partes poderiam acordar ou acordariam e não o que acordaram; e ahistórico na medida em que não supomos que o acordo tenha sido concertado alguma vez ou venha a ser celebrado. Significando dizer que é preciso determinar por análise quais os princípios com que as partes concordariam (2003, p. 23).

Nesse sentido, a relevância da posição original se pauta no objetivo do contrato especificar a estrutura básica da sociedade, incluindo nesse conjunto as normas Constitucionais, os procedimentos legais e judiciais, a propriedade, as regras de produção e de mercado, a instituição familiar e demais regras que sejam estruturais. Daí, para que esse conjunto de normas e práticas interconectadas possa atender a requisitos equitativos é preciso que a posição dos contratantes esteja sujeita a certas restrições, o que estabelece um sentido ao véu da ignorância proposto, uma vez que estar em posição que qualquer outro poderia ocupar, os colocam num sentido de conceber um desenho tal que, estando ele em qualquer posição, esta seria ao menos tolerável.

Assim, a posição original, deve ser caracterizada de modo que o acordo final possa ser deduzido racionalmente a partir de como as partes estão situadas e são descritas, das alternativas de que dispõem e das razões e informações com que contam, o que permitirá, com vistas à estrutura básica, uma organização central de uma sociedade como sistema equitativo de cooperação.

Partindo do referencial retro comentado Rawls enuncia os princípios de justiça destinados a orientar os arranjos básicos da sociedade, o que permitiria a mais ampla realização dos valores da liberdade e da igualdade.

3.4.1 OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA BÁSICOS DE UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Partindo da premissa de que a justiça como equidade é moldada para uma sociedade democrática, como expostos por Rawls, dois são os princípios construídos a partir da posição original a ser trabalhado, o da liberdade e o da Igualdade.

Nesse contexto o primeiro princípio assevera que cada pessoa deve ter direito ao sistema mais largo de liberdades e bases iguais para todos compatível com um sistema similar para todos os outros, querendo dizer com isso que deve vigorar para todos e ainda individualmente os direitos humanos fundamentais, tais como direito de participação política, de reunião, de religião, entre outros.

Já o segundo princípio afirma que as desigualdades sociais e econômicas devem ser tais que nos limites de um justo princípio de poupança garanta a maior vantagem possível ao menos favorecido, ou seja, de acordo com Rawls,

> *"[...] as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: primeiro devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todo em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença)" (2003, p. 60).*

Ao analisar o segundo princípio, vez que causa maiores debates, é possível observar que não trata apenas de conferir condições de igualdade e de oportunidade, mas, de condições de igualdade equitativa. Está a referir-se à distribuição de bens materiais, à repartição equilibrada de bens primários e encargos públicos, dentre outros.

Rawls explica que

> *"sua função volta-se para corrigir os defeitos da igualdade formal de oportunidades no sistema da chamada liberdade natural, exigindo que não só cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance equitativa de ter acesso a eles" (2003, p. 61).*

O princípio das liberdades básicas tem prevalência sobre o segundo e a primeira parte do segundo princípio tem precedência sobre a seguinte (2003, p. 67), que é descrita como o Princípio da Diferença, que pode ser entendido como uma aceitação fácil das desigualdades de um regime de mercado sempre que os incentivos proporcionados por esse regime às pessoas mais bem situadas possam resultar em benefício para os demais.

A desigualdade é aceitável na medida em que seja funcional, ou seja, que produza não apenas efeitos de eficiência, mas, também vantagens

proporcionais para aqueles que estiverem em condições menos favoráveis, o que tende a corrigir as injustiças, sendo indispensável, antes de qualquer outra consideração quanto ao sistema distributivo, que as condições de igualdade e oportunidade sejam preenchidas, posto serem básicas.

O primeiro princípio de justiça estabelece as condições mais amplas para o exercício de todo jogo político, o que explica sua prevalência sobre o segundo princípio. Contudo as liberdades não são consideradas abstratamente como se estivessem a indicar um valor absoluto e evidente. Rawls especifica as liberdades iguais e básicas que deve ser levada em conta ao formular as regras, vejamos (2003, p. 62): a) Liberdade de pensamento e de consciência; b) Liberdade de Participação política; c) Liberdade de Associação; d) Direitos e Liberdades vinculadas à preservação da Integridade Física e Psicológicas; e) Direitos e Liberdades abarcadas pelo Estado de Direito.

Dita lista não é resultado de um registro histórico e, embora os seus elementos façam parte da cultura democrática tradicional, seus componentes são selecionados analiticamente posto corresponderem à condição necessária ao desenvolvimento e ao exercício das duas capacidades morais indicadas na concepção de pessoa: senso de justiça e concepção do bem, quinta ideia fundamental proposta por Rawls da qual passaremos a nos ocupar.

3.5 DA IDEIA DE PESSOAS LIVRES E IGUAIS

Como visto alhures a ideia de cooperação social corresponde uma noção de pessoa especificada também por atributos fixados na tradição do pensamento democrático. Uma pessoa é concebida como alguém passível de ser membro plenamente cooperativo da sociedade.

Nesse sentido, como participante livre e igual de um sistema equitativo de cooperação social as pessoas têm duas capacidades morais que as habilitam cooperar, quais sejam: o senso de justiça e a capacidade de concepção do bem, isto é, de formar, rever e racionalmente perseguir o que lhe pareça vantajoso.

Perceba-se que ao ser considerado pelo teórico que as pessoas são detentoras de ambas as faculdades morais, o faz no sentido de que

são possuidoras destas capacidades não apenas para envolver-se numa cooperação social mutuamente benéfica, mas, também para honrar os termos equitativos dessa cooperação por si mesmos.

Por senso de justiça a ilação de Rawls é no sentido de ter a pessoa capacidade de compreender e aplicar os princípios de justiça política que determinam os termos equitativos de cooperação social, e de agir a partir deles e não apenas de acordo com eles. Por outro lado, a capacidade de formar uma concepção do bem é uma família de fins últimos que determinam a concepção que uma pessoa tem do que tem valor na vida humana ou, em outras palavras, daquilo que se considera uma vida digna de ser vivida, donde seus elementos fazem parte de, e são interpretados por, certas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes à luz das quais vários fins são ordenados e compreendidos (2003, p. 26).

O que pretende Rawls dizer ao afirmar que as pessoas são livres e iguais?

Sendo a teoria da justiça como equidade uma concepção política esboçada para o caso especial da estrutura básica, não se está propensa a ser uma doutrina moral abrangente, e nesse sentido, a concepção de pessoa

> *"é elaborada a partir da maneira como os cidadãos são vistos na cultura política pública de uma sociedade democrática, em seus textos políticos básicos (constituições e declarações de direitos humanos) e, na tradição histórica da interpretação desses textos. Para encontrar essas interpretações não olhamos somente para os tribunais, partidos políticos e homens de estado, mas também para a literatura sobre direito constitucional e jurisprudência, e para os escritos mais duradouros de todo tipo relacionados com a filosofia política de uma sociedade" (2003, p. 27).*

Se a noção de pessoa é vista a partir da normatividade, outro é o parâmetro utilizado para encontrar o sentido de cidadãos iguais. Aprioristicamente são tidos como iguais a partir da consideração de que, todos são possuidores, num grau mínimo essencial, das faculdades morais apontadas alhures, necessárias ao envolvimento na cooperação social e na participação da sociedade, sendo essas faculdades, nesse grau mínimo, consideradas por Rawls como a base da igualdade entre eles.

Desta feita, a igualdade dos cidadãos na posição original é formalizada

pela igualdade de seus representantes, vez que estão estes simetricamente situados naquela posição possuindo direitos iguais no que tange aos procedimentos que adotam para chegar a um acordo (Rawls, 2003, p. 28).

Convém aqui traçar um alerta: não se confundem na teoria da justiça como equidade os valores e faculdade da estrutura base com os de associações em suas mais diversas faces (igrejas, universidades, comunidades, etc.). Como assevera Rawls

> *"Para a justiça como equidade, uma sociedade política democrática não possui tais valores e objetivos comuns, afora aqueles que fazem parte ou estão ligados à própria concepção política de justiça. Os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada afirmam a constituição e seus valores políticos tal como se realizam nas instituições, e compartilham o objetivo de fazer justiça uma ao outro, como o exigem os arranjos da sociedade" (2003. P. 28).*

Inobstante a consciência de igualdade entre os cidadãos é inerente à assertiva do autor ter a noção ainda do sentido em que esses cidadãos livres.

Sem esquecer que a proposta de Rawls volta-se para uma teoria da justiça como equidade numa concepção política, é possível assegurar que os cidadãos são vistos como pessoas livres em dois sentidos, ou seja, no que concerne a identidade pública e sua identidade privada.

No que tange a identidade pública, são livres na medida em que se consideram a si mesmos e aos demais como detentores da faculdade de ter uma concepção do bem, não significando que devam comprometer-se *ad* eterno com a concepção do bem num dado momento, muito pelo contrário, como cidadãos livres poderão rever essa concepção quando desejarem. Trata-se de uma liberdade maior que a especificidades das escolhas.

> *"Na qualidade de pessoas livres, os cidadãos reivindicam o direito de que suas próprias pessoas sejam consideradas como independentes de qualquer concepção do bem específico ou de qualquer esquema específico de fins últimos, e de não ser identificados a alguma dessas concepções" (2003, p. 30).*

De outro lado, a identidade privada, denominada por Rawls de não-legal ou moral, que se volta para o modo de vida. Encontra-se no contexto considerado em si mesmo pelo cidadão, como livre na condição de fontes de

reivindicações legítimas que se autenticam por si mesmas. Aqui, volta-se para as doutrinas abrangentes quer morais, religiosas ou filosóficas. Nesse caso

> *"As reivindicações que os cidadãos consideram baseadas em deveres e obrigações oriundos de sua concepção do bem e da doutrina moral que defendem em sua própria vida também devem, para nossos propósitos aqui, ser entendidas como demandas que se autenticam por si mesmas" (2003, p. 32)*

Certo é que tais definições correspondem a ideias presumivelmente implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática. Não são descrições objetivas do que são as pessoas, são descrições utilizadas por John Rawls como conceitos que buscam ajudar a esclarecer o que para ele é uma questão fundamental da justiça política. São, portanto, elementos presente implícita ou explicitamente na formulação do seu problema. Devendo ainda ser acrescidas às faculdades morais anteriormente dispostas, a razão, a inferência e o julgamento, posto necessárias para seu exercício e para a prática das virtudes (2003, p.34).

3.6 DA IDEIA DA JUSTIFICAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrar a ideia da justificação pública, Rawls relaciona as cinco ideias anteriores como um introito para o surgimento desta sexta, que se refletirá nas noções de equilíbrio reflexivo e do consenso sobreposto, fechando as ideias fundamentais para a concepção da teoria da justiça como equidade; agora reformulada.

Para o teórico as cinco ideias fundamentais[15] mostram íntima relação quando expostas na sequência, e nesse contexto, parte da ideia organizadora da sociedade como sistema equitativo de cooperação, que se especifica à medida do surgimento de uma sociedade bem-ordenada, à qual aplica-se a uma estrutura básica, cujos termos equitativos de cooperação são determinados pelas partes na posição original por pessoas engajadas na cooperação consideradas como cidadão livres e iguais (2003, p. 34).

Assim, a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação não é uma derivação ou uma dedução, mas, determina-se em conjunto com as demais, podendo ser justificada por sua própria razoabilidade intrínseca.

[15] Sociedade como sistema equitativo de cooperação, sociedade bem-ordenada, estrutura básica, posição original e cidadãos livre e iguais.

Relacionada com o equilíbrio reflexivo, o consenso sobreposto e com a razão pública, a justificação pública como ideia fundamental descrita por Rawls, tem por objetivo "a justificação de maneira apropriada a uma concepção política de justiça para uma sociedade caracterizada, como uma democracia o é, pelo pluralismo razoável" (2003, p. 37).

Dita ideia vem junto com a ideia de sociedade bem-ordenada, vez que tem por significado a base comum característica essencial de uma sociedade bem-ordenada.

A justificação origina-se de um consenso, de premissas comuns que todas as partes, mesmo em desacordo, uma vez livres, iguais e racionais, podem endossar razoavelmente. Nesse sentido

> *"Justificar nossos juízos políticos para outros é convencê-los por meio da razão pública, isto é, por meio de raciocínios e inferências condizentes com questões políticas fundamentais, e recorrer a crenças, motivos e valores políticos que é razoável que os outros também aceitem" (2003, p. 38).*

Óbvio que se traduziria em ingenuidade acreditar ser possível, ainda mais em uma sociedade circundada pelo pluralismo, característica da democracia, um acordo sobre tudo, entretanto, a meta reside na redução dos desacordos, ao menos em relação às controvérsias mais irreconciliáveis, e, em especial nas relativas aos elementos constitucionais essenciais. Nesse contexto Rawls aponta como mais urgente o consenso

> *"nos princípios fundamentais que determinam a estrutura geral de governo e seu processo político; as prerrogativas dos poderes executivo, legislativo e judiciário; os limites da regra majoritária e os direitos e liberdades básicas iguais da cidadania que as maiorias legislativas têm de respeitar, como o direito de votar e participar da política, a liberdade de pensamento e associação, a liberdade de consciência, bem como as garantias do estado de direito" (2003, p. 39).*

Podemos então afirmar que o justificar politicamente implica dizer que pauta-se na existência de uma base comum a partir da qual os cidadãos livres e iguais justificam uns para os outros seus juízos políticos, cada qual cooperando politica e socialmente com o demais diante dos termos aceitos por todos como justos.

A justiça como equidade almeja pôr de lado antigas controvérsias religiosas e filosóficas afastando-se da visão abrangente. Procura, pois, utilizar a justificação pública procurando moderar conflitos políticos irreconciliáveis e determinar as condições para uma cooperação social equitativa entre cidadãos e, para tanto, tende a elaborar, partindo das ideias fundamentais implícitas na cultura política, uma base pública de justificação onde todos os cidadãos, considerados razoáveis e racionais, possam apoiar a partir de suas próprias doutrinas abrangentes (2003, p.40).

De acordo com a doutrina de Rawls, uma vez concretizada a justificação pública, teremos um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis e, com ele, a concepção política asseverada em equilíbrio reflexivo, temas dos quais passamos a tratar.

3.6.1 DA NOÇÃO DE EQUILÍBRIO REFLEXIVO

Entender a noção de equilíbrio reflexivo pressupõe partirmos da ideia de cidadãos livres, iguais e notadamente racionais e eivados de senso de justiça que envolve uma faculdade intelectual vez que seu exercício na elaboração de juízos suscita as faculdades da razão, imaginação e julgamento.

Naturalmente os juízos tendem a ser distintos e muitas vezes conflitantes, não apenas diante dos outros como dentro de nós mesmos. Contudo, ao analisarmos o juízo apontado, e seus argumentos, é possível que ao refletirmos sobre ele encontremos um ponto de convergência.

A teoria da justiça como equidade considera todos os nossos juízos, independente do nível de generalidade, como passíveis de terem para nós certa razoabilidade intrínseca. E nesse sentido, Rawls vai trabalhar o equilíbrio reflexivo amplo e restrito (2003, p. 42).

No que concerne o equilíbrio reflexivo restrito, este encontra sua base na conformidade e alinhamento dos outros juízos do observador a partir da aceitação diante da apresentação e da explicitação dos argumentos que foi adotado, encontrando a concepção de justiça política com menor grau de revisões dos juízos iniciais. Nesse sentido aduz Rawls

> *"O equilíbrio é restrito porque, embora as convicções gerais, os princípios fundamentais e os juízos específicos estejam alinhados,*

> *procurávamos que a concepção de justiça que exigisse menos revisões para ganhar consistência, e nem concepções distintas de justiça nem a força dos vários argumentos que sustentam essas concepções foram levadas em conta pela pessoa em questão (2003, p. 43).*

Por outro lado, o equilíbrio reflexivo amplo implica uma análise e consideração mais cuidadosa de outras concepções de justiça, assim como acerca da força dos argumentos a sustentar o juízo emitido. Assim prossegue o autor:

> *"entendemos por equilíbrio reflexivo amplo (ainda no caso de uma pessoa) o equilíbrio reflexivo alcançado quando alguém considerou cuidadosamente outras concepções de justiça e a força dos vários argumentos que as sustentam. Mais exatamente, essa pessoa considerou as principais concepções de justiça política encontradas em nossa tradição filosófica (inclusive visões críticas do próprio conceito de justiça – há quem pense que a visão de Marx é um exemplo disso), e pesou a força das diversas razões filosóficas e não-filosóficas que as sustentam. Nesse caso, supomos que as convicções gerais, os princípios fundamentais e os juízos particulares dessa pessoa estão ali alinhados; mas agora o equilíbrio reflexivo é amplo, dadas a reflexão abrangente e as várias prováveis mudanças de opinião que o precederam".*

Em suma podemos asseverar que a noção de equilíbrio reflexivo reside no quanto e quão profundo será a ponderação e a analise intelectual no encontro de convergência entre juízos de valores que no mais das vezes estarão pautados em doutrinas morais, filosóficas e religiosas abrangentes.

Rememorando o fato de uma sociedade bem-ordenada ser efetivamente regida por uma concepção pública de justiça, ao se pensar em cada cidadão, nessa sociedade, alcançando o equilíbrio reflexivo amplo, ao reconhecerem que afirmam a mesma concepção pública de justiça política, alcançado estará também o equilíbrio reflexivo geral, sendo possível, portanto, numa sociedade assim, não só existir um ponto de vista público a partir do qual todos os cidadãos possam arbitrar suas pretensões, como ainda, todos reconhecerem que esse ponto de vista é por eles afirmado em pleno equilíbrio reflexivo (Rawls, 2003, p. 44).

Desta feita, para a teoria de Rawls o equilíbrio reflexivo pleno caracteriza-se por seu objetivo prático, uma reflexão racional, e seu aspecto não-fundacionalista, satisfazendo, dessa forma, a necessidade de uma base

para a justificação pública em questão de justiça política, vez que tudo que se exige para o objetivo prático de alcançar um acordo razoável em matéria de justiça política é coerência entre convicções refletidas em todos os níveis de generalidade e em equilíbrio reflexivo amplo e geral.

3.6.2 DA NOÇÃO DE CONSENSO SOBREPOSTO

Embora em uma sociedade bem-ordenada todos os cidadãos afirmem a mesma concepção política, as razões para tal afirmação podem ser consideravelmente distintas, uma vez que cada um afirma a partir de suas próprias doutrinas, "o que não impede que a concepção politica seja um ponto de vista comum a partir do qual podem resolver questões que digam respeito aos elementos constitucionais essenciais" (Rawls, 2003, p. 45).

Assim, não é possível afirmar, numa noção realista de sociedade bem-ordenada, que a concepção pública política desta sociedade se funda pela afirmação dos cidadãos a partir da mesma doutrina abrangente. Isto seria uma falácia, notadamente pelo fato do pluralismo razoável que nega a existência de doutrina onde haja a possibilidade, ainda que parcial, de que todos os cidadãos possam concordar para decidir questões fundamentais de justiça política. A *contrário sensu*, o que se afirma é que a concepção política, dentro de uma sociedade bem-ordenada é afirmada pelo consenso sobreposto razoável.

Na teoria da justiça encontramos três características de uma concepção política que tende a auxiliar na obtenção do apoio de um consenso sobreposto razoável, quais sejam: a) suas exigências limitam-se à estrutura básica da sociedade; b) sua aceitação não pressupõe nenhuma teoria abrangente específica; c) suas ideias fundamentais são familiares e extraídas da cultura política pública.

De acordo com os apontamentos do teórico, a atribuição de um lugar importante para a ideia de consenso sobreposto assume como condição permanente de uma sociedade democrática o fato do pluralismo razoável.

O fato do pluralismo razoável, considerado por Rawls como um fato das sociedades livres às quais, nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e

perdurar uma grande diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, sendo uma característica permanente de uma cultura democrática livre. (Rawls, 2003, pp. 47).

Nesse sentido, Rawls conclui que duas observações devem ser feitas para fins de evitar entendimentos equivocados acerca da noção de consenso sobreposto. A primeira, dadas as visões abrangentes verdadeiramente existentes na sociedade, independente do conteúdo, não haverá garantia certa de que a justiça como equidade, ou qualquer concepção razoável para um regime democrático, possa granjear o apoio de um consenso sobreposto e, assim, subscrever a estabilidade de suas instituições políticas (2003, p. 51).

A segunda observação a ser feita de acordo com Rawls, ainda no sentido de um consenso sobreposto é a de que, partindo-se da convicção de que um regime democrático constitucional é razoavelmente justo e exequível, logo merece ser defendido. Contudo, dado o pluralismo razoável, tentou-se elaborar sua defesa de forma a granjear a adesão de pessoas razoáveis a obter um apoio amplo, não se considerando as doutrinas abrangentes, que de fato existem, para em seguida ser possível montar uma concepção política capaz de conseguir um ponto de equilíbrio entre elas e que fosse expressamente elaborada para obter sua adesão (2003, p. 52).

Rawls conclui no sentido de que, partindo-se da premissa do desconhecimento total acerca da visão abrangente das pessoas, e sem se criar quaisquer obstáculos desnecessários à aceitação da concepção política por elas, conduz à ideia de uma concepção política de justiça que não implique nenhuma visão abrangente específica, podendo consequentemente ser apoiada por um consenso sobreposto de doutrinas razoáveis que seja duradouro, se as circunstâncias forem favoráveis e houver tempo suficiente para que ela conquiste apoio.

3.6.3 DA NOÇÃO DE RAZÃO PÚBLICA

É preciso ainda asseverar o que seria a razão pública a se relacionar com a justificação pública. Trata-se de condição do consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes razoáveis que quer estabelecer um mínimo político em uma sociedade bem-ordenada, priorizando a justiça em relação ao bem,

à utilização da razão pública, traduzida na a razão dos cidadãos enquanto compartilham a situação de cidadania e seu objeto é o bem público em uma concepção pública de justiça que tem uma base pública de justificação. Rawls reinterpreta o conceito de razão

Segundo Rawls é uma forma de argumentação apropriada para cidadãos iguais que, com um corpo coletivo, impõem normas uns aos outros apoiados em sansões do poder estatal. Diretrizes comuns de discussão e de métodos de argumentação tornam a razão pública, ao passo que a liberdade de expressão e de pensamento torna essa razão livre (Rawls, 2003, p. 130).

A razão pública não atua com as ideias de verdade ou correção que seriam deduzidas de doutrinas abrangentes, mas, antes, utiliza-se da ideia do politicamente razoável afirmando valores morais-políticos normativos a partir do critério de reciprocidade: dever de civilidade, que alude a defesa da virtude de amizade cívica, e de um ideal de cidadania democrática, que toma por base a legitimidade da lei, significando dizer a defesa dos princípios de tolerância e liberdade de consciência, assegurando os direitos, liberdades e oportunidades básicas dos cidadãos na estrutura básica da sociedade.

CONCLUSÃO

Publicada em 1971, "Uma Teoria da Justiça" abriu o leque para diversos debates e críticas acerca das ideias de John Rawls que se esforçou para dar conta das objeções apontadas. Assim, considerando as observações dos mais atentos, Rawls ao longo de mais de vinte anos rediscutiu e reviu as teses expostas na teoria da justiça por ele proposta inicialmente, reconsiderou e mudou alguns aspectos fundamentais de seu pensamento que já se verificava na publicação originalmente em 1993 da obra "O Liberalismo Político".

Em 2002, ano de sua morte, publica a obra que organiza toda sua teoria agora já trazendo todas as modificações galgadas ao longo dos anos. "Justiça como Equidade: Uma reformulação" foi a obra elaborada por Rawls com o intuito de retificar o que ele denominou de falhas graves que obscureceram as principais ideias da justiça como equidade.

Utilizando a ultima obra do autor, foi possível observar pontos sensíveis de mudança, notadamente a rejeição a doutrinas abrangentes, o que serviu

de fundamento para o esclarecimento acerca da concepção política e não metafísica conferida à teoria da justiça como equidade.

A preocupação de Rawls é com um tipo historicamente determinado de sociedade, tendo por interesse discutir as condições de existência e de sobrevivência de uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas razoáveis de caráter religioso, filosófico e moral.

Assim, tem por objeto de sua teoria as sociedades democráticas modernas, caracterizadas pelo pluralismo, pela valorização pública da tolerância, da autonomia do indivíduo e da igualdade quanto a certos direitos considerados básicos.

A partir de seis ideias fundamentais descritas após a reformulação de sua teoria, Rawls ira buscar justificar a concepção política de sua teoria da justiça a partir da organização central da sociedade como um sistema equitativo de cooperação, a partir de uma sociedade bem-ordenada que apontará uma estrutura básica a partir de princípios e termos fundamentais a ser desenvolvido por cidadãos livres e iguais.

E aí encontramos o ponto cerne da teoria de Rawls: partindo da premissa da realização de um novo contrato social, através da ideia hipotética de uma posição original ele busca abstrair as pessoas envolvidas de suas posições atuais para uma posição onde estarão circundadas por um véu de ignorância, no sentido de que desconhecendo seus papeis ou posições sociais, tenderão a manterem-se imparciais para fins de elaborarem regras e princípios universais e justos eivados de efetiva igualdade, tendo em vista a possibilidade de sobre essas mesmas pessoas poderem recair.

Outra ideia fundamental é trazida por Rawls como meio de legitimar sua teoria, trata-se da justificação pública relacionada com o equilíbrio reflexivo voltado para o encontro do ponto comum de convergência em uma sociedade bem-ordenada circundada pelo pluralismo razoável, onde o aprofundamento e a extensão da análise configura o mais consistente ponto base de uma concepção política pública, traçado ainda a possibilidade de encontrarmos estas convergências, apesar de mais difícil, diante das várias doutrinas abrangentes cuja raiz poderiam partir de pontos comuns caracterizando um consenso sobreposto.

Diante de um critério objetivo de reciprocidade seria possível construir, tendo por base uma razão comum de todos os cidadãos que assumem um forte compromisso público com ideais e valores políticos, os princípios de justiça que estabelecem a defesa da igual liberdade, da igualdade equitativa de oportunidades e da diferença. E nesse contexto, diretrizes comuns de discussão e de métodos de argumentação tornariam a razão pública a ratificar a justificação pública que sustenta uma sociedade como um sistema equitativo de cooperação a partir de uma sociedade bem-ordenada pautada numa estrutura básica de princípios e regras fomentadas por termos desenvolvidos por cidadãos livres e iguais.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Biografia de Francisco Otaviano de Almeida Rosa. Disponível em <http://www.academia.org.br/academicos/francisco-otaviano/biografia> acesso 25/07/2017

POGGE, Thomas. John Rawls: His Life and Theory of Justice. Translated by Michelle Kosch. Oxford: University Press, 2007.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. Uma teoria da Justiça. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SIDGWICK, Henry. The Method of Ethcs. 7ª ed. Londres, 1907. apud Rawls, John. "Uma teoria da Justiça". Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. In Filosofia Unisinus. N. 10. Jan/Abr 2009. pp. 65-78. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd =2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiL9pv7rPnVAhVD2yYKHcnRBJ0QFggtMAE&url=http%3A%2F%2Frevistas.unisinos.br%2Findex.php%2Ffilosofia%2Farticle%2Fview%2F5005%2F2258&usg=AFQjCNHElOmYjOlYAsGOwb-zqzerDYJI-g acesso em 24/08/2017.

STACE, Walter T. The concept of morals. London: ST. Martin's Street, 1937. Disponível em <https://archive.org/details/conceptofmorals029360mbp> acesso 26/7/2017.

Esboço sobre a relação entre ética e política através da ideia de justiça, segundo Aristóteles

Wellington Trotta[1]

Resumo: Este esboço é o resultado de alguns anos de pesquisa sobre o pensamento ético-político de Aristóteles, especificamente no que tange à reflexão aristotélica acerca da justiça. Vale ressaltar que a ideia central de justiça, para Aristóteles, significa virtude total, ou melhor, moralidade pública. Porém, cabe destacar que o conceito de justiça no pensamento do filósofo é polissêmico, pois assume diversos significados conforme o campo específico de ação política.

Palavras-chave: Aristóteles. Política. Ética. Justiça. Bem.

Abstract: This paper is the result of several years of research on the ethical-political thought of Aristotle, specifically concerning the Aristotelian reflection about justice. It is noteworthy that the central idea of justice for Aristotle means total virtue, in other words, public morality. However, it is worth noticing that the concept of justice of the philosopher's thought is polysemic, since it assumes different meanings depending on the specific field of political action.

Keywords: Aristotle. Policy. Ethics. Justice. Well.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste texto é rascunhar os resultados provisórios da investigação sobre o pensamento ético-político de Aristóteles, ressaltando o

[1] O autor tem Graduação de Direito (UGF) e Filosofia (UERJ), Mestrado em Ciência Política (IFCS-UFRJ), Doutorado (IFCS-UFRJ) e Pós-Doc (IFCS-UFRJ). Leciona Filosofia na UNESA, além de ser responsável pelo Núcleo de Pesquisa de Ciências e Jurídicas Sociais da UNESA-Cabo Frio.

significado e relevância da ideia de justiça, considerando que esse conceito é nuclear na abordagem do estagirita acerca da vida comunitária e suas exigências determinadas pela concepção de felicidade.

Este trabalho foi dividido em três partes e uma conclusão. A primeira parte, denominada de *Elementos do pensamento aristotélico*, trata de analisar a relação entre o plano teorético com o prático, sinalizando ao leitor o detalhe de que o olhar ético-político decorre da visão teorética do filósofo. A segunda parte, intitulada *O bem como princípio ético-político, segundo Aristóteles*, estuda a ideia de felicidade e o bem comum como finalidades políticas, ressalvando que a vida em sociedade está no marco das ações nobilitantes. Por último, a terceira parte investiga, especificamente, as elaborações teóricas de Aristóteles sobre o que é justiça no Livro V de sua *Ética a Nicômaco*. No final, uma conclusão reflexiva no lugar de um simples resumo.

1 – ELEMENTOS DO PENSAMENTO ARISTOTÉLICO

Aristóteles elaborou seu método de pesquisa através da análise dos problemas filosóficos, examinando, pormenorizadamente, as opiniões de seus antecessores e coetâneos, privilegiando, essencialmente, suas críticas às concepções filosóficas de Platão.[2] O filósofo entende o conhecimento como processo cumulativo, partindo da sensação (sentidos) em direção à memória (retenção dos dados), em seguida à experiência (capacidade de estabelecer relações entre os dados sensoriais), alcançando o nível da teoria-ciência que chamou de *episteme* (conhecimento de conceitos e princípios).[3] Esse conhecimento, segundo o livro VI da *Metafísica*, estaria subdividido em áreas de concentração, a saber: *conhecimento prático* (*práxis*), campo em que estão as reflexões sobre ética e política; *conhecimento produtivo* (*poíesis*), no qual são examinados os problemas da arte produtiva (poética); *conhecimento teórico* (*theoría*), dividido em física (aborda o mundo natural), matemática (trata da quantidade e do número) e metafísica, que analisa o ser primeiro ou as causas primeiras – ciências das essências (Met. 1025a). [4]

[2] Pode-se dizer que Aristóteles, além de formular o seu método de investigação a partir de leituras e críticas sobre sistemas anteriores ao seu, nesse sentido, foi o primeiro historiador da filosofia.

[3] "No exame da alma, é necessário, ao mesmo tempo em que se expõem as dificuldades cuja solução deverá ser encontrada à medida que se avança, recolher as opiniões de todos" (DA. 403b).

[4] Essa tripartição do conhecimento aristotélica opõe-se à da Academia: lógica, filosofia da natureza e ética.

Para Aristóteles, a realidade sensível é também inteligível, sendo o entendimento humano capaz de descobrir, por meio da abstração, o significado oculto dos objetos (Da. 424a, Da. 431b, Met. 1061a e S. anal. 81b). De acordo com essa inteligibilidade da realidade sensível, ele formulou sua teoria teleológica segundo a qual todas as coisas existem para um fim e alcançam a perfeição na medida em que cumprem esse *thelos* (Met. 996b). Essa ideia baseia-se no princípio de que o todo é anterior às partes, pois cada objeto só é compreensível em função do todo que o pressupõe, ideal finalista que influenciou sua teoria ético-política (Met. 980a-983b - Pol. 1253a).

O pensador italiano Enrico Berti aborda a relação entre teoria e prática no pensamento aristotélico ao asseverar que a filosofia *"prática, portanto, tem em comum com a filosofia teorética o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como são efetivamente as coisas, e também a causa de como são, ou seja, o fato de ser ciência"* (2002, p. 116). [5] Segundo a filosofia teorética, o fim é a verdade em si mesma sem consequências imediatas, a filosofia prática busca a verdade como um meio para atingir fins na ordem da ação; estuda o porquê de uma determinada ação, pesquisa o valor de uma conduta, indaga sobre o sentido dos costumes e suas implicações antropológicas etc. É um meio para atingir outro meio (PERINE, 2006, p. 83).

Vale ressaltar que essa ação visa um tempo, e esse tempo presente a modifica para fins válidos no espaço político, por isso a *"denominação de prática deriva do objeto desta ciência, constituído pelas coisas praticáveis, isto é, pelas ações, pela 'práxis', que têm princípio na escolha, na iniciativa do homem"* (BERTI, 2002, p. 117). A filosofia prática consiste na pesquisa do sentido das ações humanas, sua escolha e seus motivos, ou seja, ela leva em conta as perspectivas do indivíduo e do cidadão, tanto pela reflexão ética como pela análise política, ou econômica, considerando a domesticidade como interesse imediato (BARRERA, 2007, p. 51).

A ação é objeto da filosofia prática por ter como propósito a transformação e o aperfeiçoamento do estado de coisas no espaço da convivência humana. Essa modificação da realidade, ou estado de coisas, é tudo aquilo que concerne ao homem como agente político. Aristóteles defende a ideia de que o fim do homem é a felicidade (eudaimonia) como um bem, e esse bem só é possível no plano da convivência humana. Dessa forma, segundo Berti a:

[5] "Ora, não conhecemos a verdade sem conhecer a causa" (Met. 993b).

> *Filosofia prática é tudo menos 'neutra', 'calculadora', nas relações com a realidade (humana), mas ao contrário, julga o valor desta última, avalia o que nela é bom e o que é mau, a fim de melhorá-la. Ao fazê-lo, no entanto, não renuncia em conhecer a verdade, isto é, a ser ciência, a verificar não apenas como estão as coisas, mas também quais são suas causas (2002, p. 118).*

Em última instância, a filosofia prática se desdobra em duas perspectivas: a primeira, como ciência-arte, ao descrever o sentido das ações e os meios para materializá-las socialmente no escopo do bem comum; a segunda, como ciência, ao inquirir as causas de sua existência e o seu sentido, ou seja, os princípios. Logo, ela é uma área do conhecimento que, ao buscar os fins e os meios de transformação, melhora e corrige a estrutura social em que vive o homem. Por isso, Berti salienta que a filosofia política não é neutra, uma vez que valora e deseja compreender para agir.[6] Na *Ética a Nicômaco,* como na *Política*, Aristóteles nomeia a ciência política como campo do saber destinado a analisar os meios institucionais para o bem comum, além de determinar como e onde se deve estudar as outras ciências, pois uma vez que tudo visa um bem, as ações humanas não poderiam ser diferentes, visto que também se determinam por um bem, o que Berti chama de *"objeto do desejo"* (2002, p. 118).

Levando em consideração a noção de "ato e potência" (Met.1048b), esse bem se torna realizável por meio de mecanismos que a ciência política pode disponibilizar.[7] Esse bem a que Aristóteles direciona sua pesquisa, se dá na esfera coletiva ao desdobrar-se na esfera individual, constituindo a alma da cidade.[8] Logo, a ciência política tem dois objetivos, a saber: conhecer o bem necessário e importante à vida, e disponibilizar as condições de materializá-lo, pois a:

> *Ciência Política não tem somente o objetivo de conhecer o que é o bem supremo, mas propõe-se também a realizá-lo; ou melhor,*

[6] Nesse particular, Aristóteles se afasta do intelectualismo-ético socrático (EE, 1216b). Sua teoria leva em conta a vontade, ao passo que Sócrates compreende que toda ação estaria subordinada a um rigor intelectual que a determinaria. Logo, a vontade estaria submetida à razão. Mais tarde essa tese é retomada por Kant ao elaborar o imperativo categórico como comando das exigências da moral baseada na razão. Não se pode olvidar, contudo, as influências cristã e estoica sobre a obra moral kantiana.

[7] "Esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum" (Pol. 1283a).

[8] A justiça, como identificação política, representa a esfera da moralidade pública, levando em conta o bem para os cidadãos, por isso o objeto central da teoria da justiça é a equidade, sem esquecer que ela é um bem público. Outra ideia de justiça retirada das reflexões aristotélicas pode ser pensada como virtude total. Numa comunidade que busca a equidade nas relações sociais, a *Ética* preocupa-se em estudar os princípios do bom homem, ao passo que a *Política* investiga o bom cidadão.

> *diz Aristóteles, o conhecimento dele tem grande importância justamente, porque, mirando-o como a um alvo, como fazem os arqueiros, conseguiremos realizar melhor o que deve ser (BERTI, 2002, p. 119).*

Segundo Berti, a ciência política é legisladora porque tanto conhece o bem em sua determinação como o ordena por meio de legislação necessária ao bem-estar da *pólis*, seja o bem como causa (o que se deve conhecer) ou o bem como ordenação (o dever-ser). Por conta disso, a ciência política se constitui, epistemicamente, através do método que não procura ser tão exato como o da metafísica, visto que a pesquisa só *"será adequada se tiver a clareza compatível com o assunto, pois não se pode aspirar à mesma precisão em todas as discussões, da mesma forma que não se pode atingi-las em todas as profissões"* (EN 1094b). Esta passagem da *Ética a Nicômaco* é complementada, para Berti, por outra nos *Tópicos*, em que o filósofo afirma que;

> *Tomemos o que ficou dito como uma descrição sumária dos diferentes tipos de raciocínio. Em termos gerais, estas são as distinções que pretendemos estabelecer quanto ao que atrás ficou dito e quanto ao que diremos em seguida, porquanto não é nosso propósito fazer uma exposição exaustiva sobre nenhum desses tipos, mas apenas fazer-lhes referência de forma sumária; entendemos ser mais do que bastante, segundo o método proposto, sermos capazes de distinguir de algum modo cada um dos tipos de raciocínio (101a).*

Conforme Berti, o objetivo não é tomar da metafísica sua expressão mais exata ou mesmo a precisão do conhecimento perfeito, mas o conteúdo de sua exposição como inspiração quanto ao método da ciência política. Não se trata de transportar métodos, pois os objetos são diferentes, e sim buscar orientação de conduta naquele que é mais preciso. A exposição, na ciência teorética, tem um fim em si mesmo que é diferente da ciência prática, visto que a precisão não chega à exaustão causal, bastando apenas entender determinada ação, porque *"não é necessário exaurir o argumento até os detalhes, pois a exposição não é um fim em si mesmo, mas é em vista de outro"* (BERTI, 2002, p. 120).

No entendimento de Richard Bodéüs, *"a Política está estritamente ligada às Éticas"* (2007, p. 13) pelo fato de o filósofo ter pensado primeiro no que seria o homem, sua condição, valores, fins etc., para depois cogitar como esse homem pode organizar a cidade para materializar os fins da existência. Aliás,

Aristóteles afirma, no final da *Ética a Nicômaco* (1181b), que passará ao estudo das constituições, pontuando a *Política* como análise de estrutura institucional.

Logo, pensar felicidade é concebê-la humanamente, porquanto, para Bodéüs, *"a ideia de felicidade é, pois, o que permite que o filósofo passe a procurar um gênero de atividade que seja racionalmente o fim último da existência humana."* (2007, p. 13). Se o fim último dos indivíduos é a felicidade, bem-estar ou prosperidade, ele também é o da cidade, refletindo nos indivíduos que a compõem. Pode-se considerar a política como uma ação humana que, para ser consciente, necessita de uma formação teórica que a ciência política forneceria para a organização institucional da cidade, a partir daquilo que ficou definido como soberano bem para o cidadão através da reflexão ética. Segundo observação de Bodéüs, *"essa convicção, no filósofo, explica por que as questões de que ele trata nas Éticas, de maneira a estabelecer de modo crítico em que consiste o soberano bem do homem, são questões que ele apresenta com a cor de uma busca explicitamente chamada de política"* (2007, p. 14).

Após refletir sobre ser a felicidade o bem perseguido pelo cidadão e pela cidade, Aristóteles investiga a possibilidade de um projeto institucional capaz de materializar esse sumo bem. Assim, tanto a *Política* como a *Ética* são tratados sobre o *polites* (cidadão) que deseja agir. É, nesse sentido, que Aristóteles trata o homem como ser político, dotado de condições para ser um bom governante e um bom governado em virtude da excelência moral (Pol. 1253a).

Dessa forma, a felicidade é, ao mesmo tempo, o bem que o indivíduo visa para si no seio da cidade, e o que deseja o governo para ela como totalidade articulada. Como o indivíduo procura um fio condutor que dê sentido à sua vida em meio a multiplicidade de objetos e interesses, o homem público deve buscar esse fio condutor para a cidade, onde o projeto governativo consistiria *"em coordenar todas as atividades diferentes da cidade em função de uma meta última"*. (BODÉÜS, 2007, p. 13). Nesse caso, um outro significado de justiça, para o filosofo, consiste na publicidade da educação para os *politikói* – cidadãos (Pol. 1337a).

Um dos sentidos da política é a ação, e toda ação precisa ser compreendida como um fim, perseguida como um bem no intuito de segurança da cidade e do bem-estar dos seus cidadãos. Assim, o indivíduo é a própria razão necessária da existência da cidade, ela só existe porque

é um produto racional da vida nobilitante como necessidade. Por isso o homem é ser gregário por dois motivos: primeiro por buscar a satisfação e o desenvolvimento de suas aptidões; depois, na ordem lógica, essas aptidões só se desenvolvem socialmente pela educação como necessidade política. [9]

Aristóteles pondera, ainda, que na *Ética a Nicômaco* (1184b) que a *Política* tem por princípio o estudo dos costumes que envolvem os homens e, por conseguinte, a cidade. É obvio que, ao procurar compreender ou pensar uma cidade, deve-se partir dos elementos substantivos: os indivíduos associados e os valores que os identificam, pois estes constituem o núcleo central do homem como ser racional e potencialmente político. Segundo Aristóteles, todos aqueles que estudam a natureza dos governos e suas formas deveriam fazer a pergunta: *"o que é uma cidade?"* Assim, Aristóteles nos remete ao sentido do que é um bem, a que ele se destina e qual a função da cidade. É evidente que a pergunta implica uma série de raciocínios possíveis, dentre os quais aquele de que os membros de uma comunidade, formada por homens iguais em liberdade, possuem talentos que levem o bom cidadão a ser o homem de bem por excelência (Pol. 1277b).

Investigando a natureza do cidadão para saber o que significa a cidadania e suas implicações, Aristóteles assevera que *"um cidadão integral pode ser definido por nada mais nada menos que o direito de administrar justiça e exercer funções públicas"* (Pol. 1275b), o que, por sua vez, legitimaria uma administração de natureza rotativa. Se uma cidade é definida pela constituição que adota, tal constituição é legítima por estar conforme o povo e, nesse caso, cidadão é aquele que expressa essa legitimidade no exercício das funções públicas, elegendo como grande fim político a preocupação com a segurança da cidade, que estará relacionada com a boa condução de sua administração. O cidadão é posto como homem público, pois aquele que está preparado para obedecer encontra-se também em condição de saber mandar. Um bom governante é bom cidadão simplesmente por querer segurança para cidade, bem em vista da justiça (Pol. 1277a). Esse princípio caracteriza-se como ato de justiça porque o bom cidadão deve, além de conhecer, ser capaz de governar e ser governado, ou seja, o bom cidadão reconhece que um governo de homens livres sobrepõe-se às paixões, reconhecendo os seus limites. Assim, *polites*:

[9] "A justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura ordem na comunidade social" (Pol. 1253a).

> *É o homem que partilha os privilégios da cidade. Mas, deve-se observar que quem é excluído dos privilégios da cidade, é como um estrangeiro domiciliado na mesma. Em certas cidades, todavia, esta exclusão é dissimulada, com o objetivo de permitir que as classes privilegiadas enganem os seus habitantes (Pol.1278b).*

Esta passagem de a *Política* apresenta um alto grau de realismo com respeito ao sentido de cidadão, pois, se o objetivo da vida comunitária é o melhor para todos, estabelecendo-se um governo com fins a perseguir esse melhor, os princípios essenciais de justiça devem ser estruturados numa constituição (governo, legislação) cujo escopo é o bem comum, fundamento de uma cidade, que *"deve ser uma comunidade de homens bons"* (Pol. 1279a). Destarte, a meta da vida comunitária é satisfazer necessidades por meio de uma solidariedade que contemple a todos, tendo a constituição como organização institucional. Logo, uma cidade não seria apenas aliança de interesses, mas uma relação social em que se almejaria a justiça enquanto laço integrador, devendo *"existir para a prática de ações nobilitantes, e não somente para a convivência"* (Pol. 1281a).

Um dos critérios mais importantes para o bom cidadão é a excelência moral, disposições naturais que os homens guardam como possibilidades, e que, através da educação, tornam-se hábitos. Aristóteles alerta que *"muitas vezes se reconhece uma disposição de alma graças a outra contrária, e muitas vezes as disposições são identificadas por via das pessoas nas quais elas se manifestam"* (EN 1129a).

2 – O BEM COMO PRINCÍPIO ÉTICO-POLÍTICO, SEGUNDO ARISTÓTELES

No início do seu tratado ético-político-epistemológico, a *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define com precisão sua preocupação no campo da pesquisa das ações humanas ao afirmar que *"toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam"* (1094a). Essa perspectiva ficou convencionada como *ética dos fins*, a que busca o bem; e Aristóteles dedica-se a estudar que bem é esse, considerando que os bens são os resultados a que as atividades visam. [10]

[10] "Esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum" (Pol. 1283a).

As reflexões aristotélicas levam em consideração o interesse de um e de todos ao mesmo tempo. Esse *um* é a Cidade enquanto totalidade dos interesses, ao mesmo tempo em que *todos* são os indivíduos e suas múltiplas expectativas. Porém, o escopo da Cidade é superior ao propósito do homem isolado. Se o homem é um ser social ou político como acentua o estagirita (EN 1097b - Pol.1253a), seu fim é viver em sociedade e através dela conseguir a *vida melhor* (Pol. 1278b).

Nesse caso, a vida boa na cidade visa condições apropriadas para os indivíduos que nela vivem comunitariamente, guardando, obviamente, a liberdade, entendida como condição de o homem poder deliberar sobre si (EN 1113a – Met. 982b). Logo, o objeto de investigação da *Ética a Nicômacos* é o bem individual-coletivo na vida citadina, sendo seu objetivo compreender os costumes e os princípios que os homens estabelecem entre si a partir de valores integradores, pois, no mundo grego, o indivíduo não se dissocia do meio social em que vive, já que dele se sente devedor pelas imensas vantagens de viver em grupo (MACINTYRE, 2001, p. 145-146).

Uma vez que a *Ética a Nicômacos* investiga o fato de *"todo conhecimento e todo propósito visarem a algum bem"* (EN 1095a), e como esse bem se busca pela atividade, pelas ações justas, elas têm na ciência política o instrumento que as pode legitimar. Nesse sentido, a suprema ciência política organizaria a vida social com vista à felicidade como supremo bem (EN 1098b), pois, sendo a *"felicidade uma atividade da alma"* (EN 1102a), constituindo o princípio dos bens (fins) como algo perfeito, torna-se, então, a preocupação central da política a melhoria intelectual e moral do cidadão por meio de suas ações e, consequentemente, torná-lo racionalmente obediente às leis como princípio do bem comum (EN 1099b).

Tanto o esforço pessoal como o conjunto das instituições da cidade devem *"desenvolver nossas atividades de uma maneira predeterminada, pois nossas disposições morais correspondem às diferenças entre nossas atividades."* (EN 1103b). Aristóteles assevera, nesse particular, que nossas disposições morais resultam das atividades correspondentes às mesmas, ou seja, do *"princípio de mudança ou de movimento que se encontra em outra coisa ou na própria coisa enquanto outra"* (Met. 1019a), depreendendo, assim, que as disposições morais devem ser pensadas como possibilidades de aprimoramento da faculdade associativa porque, em última instância, o

escopo da *Ética* não é só conhecer o conteúdo intelectual da excelência moral, mas conhecer para tornar o indivíduo melhor (EN 1104a). A partir dessa reflexão, Aristóteles enfatiza o sentido de excelência moral como meio termo, isto é, aquilo que nos coloca *"equidistantes em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens; por 'meio termo em relação a nós' quero significar aquilo que não é nem demais nem muito pouco, e isto não é único nem o mesmo para todos"* (EN 1106a).

A excelência moral se caracteriza, portanto, pela disposição do indivíduo impor a si mesmo moderação pelo justo meio, elemento geométrico pelo qual o homem virtuoso se colocaria entre os extremos, evitando as imposições do excesso e também fugindo às angústias da carência. Nota-se quanto Platão influencia o pensamento de Aristóteles através da concepção da temperança como virtude cardial e norteadora da vida política. Essa temperança pode ser pensada como mediania, que visa *"às situações intermediárias nas emoções e nas ações"* (EN 1109a).

Para Ingemar Düring, a pergunta fundamental da *Ética a Nicômaco é* a seguinte: *"Qué es bueno y cómo se sabe es bueno?"* (1990, p. 671). Essa pergunta implicará na sistematização de toda filosofia prática aristotélica, uma vez que o bem que perseguimos pode ser um ou muitos, mas, mesmo assim, ele ou eles só existem no mundo político, no plano das relações concretas entre os indivíduos; assim, Aristóteles afirma *que "de fato o bem do exército está na ordem [como] todas as coisas são coordenadas a um fim único"* (Met. 1075a), ou se *"há um fim visado em tudo o que fazemos, este fim é o bem atingível pela atividade, e se há mais de um, estes são os bens atingíveis pela atividade"* (EN 1097a). O sentido de bem está associado à finalidade da ação, diferenciando-se do bem platônico, que seria algo em si a dirigir todas as demais virtudes como um centro solar.

Segundo Düring, *"la tesis central de la ética aristotélica é que esos tres valores juntos fundan a felicidad de la vida"* (1990, p. 672), a saber: o bem compreendido filosoficamente, a virtude "moral" e o prazer. Esse bem entendido filosoficamente é a compreensão de que toda ação deve ter um fim,[11] logo a intenção dos atos responsabiliza seus autores, contraindo obrigação por parte dos agentes no seio da comunidade, ao passo que a

[11] "Chamamos geralmente de bens pertinentes à alma de bens no verdadeiro sentido da palavra e no mais alto grau, e atribuímos à própria alma as ações e atividades psíquicas" (EN 1098b).

virtude intelectual age no sentido de compreender o caráter deliberativo das ações. Desse modo, a virtude ética (moral) é uma totalidade que irmana os princípios do conhecimento com os da intenção, culminando no prazer supremo que é a vida justa. Dessa forma, Düring alerta que:

> *Hoy día distinguimos entre ética individual y ética social, según que se refiere a un solo individuo o a la sociedad humana. Mas, según Aristóteles, el objetivo es idéntico para el individuo y para el Estado, y se manifiesta más claramente en el Estado (1990, p. 672).*

Ainda, segundo Düring, a concepção ética aristotélica é social por se tratar de uma filosofia da consciência humana, pois as lições de Aristóteles apelam para a noção de relação entre indivíduos, e do indivíduo com o Estado.[12] A filosofia moderna e, decorrente dela, sua filosofia política, separou a ética da política, transferindo aquela ao mundo subjetivo e privado como um valor moral, liberando a política de certas implicações para que fosse criado o seu próprio estatuto de legitimação prática. Düring acentua que na filosofia política aristotélica um e muitos não estão dissociados. Nessa linha de raciocínio, David Ross afirma que *"a ética de Aristóteles é, sem dúvida, social, e a sua política é ética. Na Ética, não se esquece de que o homem individual é essencialmente um membro da sociedade. Nem, na Política, que a virtude do estado está conforme a virtude dos seus cidadãos"* (1987, p. 193).

Isso significa que a *Ética* preocupa-se em estudar os princípios que substanciam a ação do bom homem, ao passo que a *Política* investiga as atividades do bom cidadão. Essas *lições* de Aristóteles estão preocupadas com uma ordem institucional que leve em conta a lei como princípio valorativo, desdobrada do costume estudado pela racionalização filosófica, pois *"os primeiros princípios da ética encontram-se muito profundamente imersos nas circunstâncias da conduta para serem, desse modo, deslindados, e a substância ética consiste, precisamente, em deslindá-los"* (ROSS, 1987, p. 195).

Para Ross, a ética aristotélica estuda a natureza do bem partindo dos fatos e não do princípio do dever *a priori*; ocupa-se com coisas contingentes, objetivando a aquisição de um saber prático sobre as consequências imediatas das ações. A ética de Aristóteles, obviamente, pauta-se por

[12] "A cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (...) E um homem incapaz de integrar-se numa comunidade, ou que seja autossuficiente a ponto de não ter necessidade de fazê-lo, não é parte de uma cidade, por ser animal selvagem ou um deus" (Pol. 1253a).

princípios, mas toda sua análise é empírica, pois trabalha ao modo do estudo de casos,[13] e tem um caráter antropológico; começa por analisar as opiniões existentes e depois as examina, comparando umas com as outras pelo exercício do intelecto.

De outro modo, Düring aborda o fato de que contemporaneamente se fala de olhar ético, agir ético etc., como se ética fosse uma técnica de conduta, um padrão moral. Ética é parte da filosofia prática que investiga a natureza dos atos morais, fins e objetos. Pode-se dizer que a Ética estuda a natureza do bem, a conduta e o caráter humanos. *"Aristóteles pode hablar sobre proposiciones 'éticas' y no rara vez emplea el adjetivo 'ético'; mas nunca habla de una technẽ ética. Sus escritos éticos y los escritos que fueron reunidos em su Política se conectan de cerca por seo objeto"* (DÜRING, 1990, p. 673). Se o homem é um ser que pensa, fala e age, distinguindo-se de outras espécies, seu fim (ato) é efetivar sua perfeição que consiste na felicidade como possibilidade realizável na *polis* que é *"sólo em la comunidad urbana"* (DÜRING, 1990, p. 674). Assim, a felicidade do indivíduo está associada à sua posição no Estado e, para o filósofo, a felicidade é a vida contemplativa, pois:

> *Su filosofía ética desemboca en la tesis de que el ser-bueno, la moralidad y la virtud se llevan a afecto mediante la interacción del elemento espiritual que reflexiona, y del elemento ético, para quien arregla su vida según este principio, ella le será rica en alegría; claridad de entendimiento, carácter y un gozoso ser-activo fundan em común la dicha de la vida" (DÜRING, 1990, p. 676-677).*

Logo, o especular ético sobre como o ser humano deve agir passa pelo crivo de uma vida rica em compreender seu ambiente natural, que é a convivência social. Corroborando Düring, John Morral sustenta que, historicamente:

> *Um antigo equívoco sobre o tratamento dado à política por Aristóteles é o de que se trata de um campo de pesquisa separado do seu sistema ético, ainda que a ele estritamente ligado. Na verdade, não existe qualquer texto escrito que apoie a crença de que Aristóteles reconhecesse uma ciência ética separada (2000, p. 41).*

O próprio Aristóteles, no final da *Ética a Nicômacos*, esclarece que aquele

[13] "Todos adquirem o saber desse modo: procedendo por meio de coisas naturalmente menos cognoscíveis na direção das que são por natureza mais cognoscíveis. E como nas ações devemos partir daquelas que são bens para o indivíduo e fazer com que o bem universal se torne bem para o indivíduo, assim também no saber devemos partir das coisas que são mais cognoscíveis para o indivíduo..." (Met.1029b).

trabalho é o preâmbulo do que se desdobra na *Política* (EN, 1481b). Isso indica que as bases de uma discussão sobre a natureza da vida comunitária estão na investigação sobre a natureza dos bens, do homem, do valor, da justiça, da amizade, da felicidade, da virtude etc. Aliás, Aristóteles pensa sistemas políticos a partir dos indivíduos que os compõem socialmente, pois o bem individual tem seu valor considerado na dimensão do bem coletivo que o toma e o abarca concomitantemente. Segundo Morrall, deve-se buscar mais na experiência que na dedução a explicação dos problemas ético-políticos. Tais problemas devem ser estudados sem prescindir da experiência, pois a explicação deve ser fruto da observação sobre o mundo político, até porque *"o conhecimento é posterior à aprendizagem"* (Ret. 1362a). [14]

Morral ainda observa que "*a interconexão entre a ética e a política é demonstrada pela proeminência em ambas da faculdade de phronésis, ou prudência prática"* (1987, p. 42), ou seja, a sabedoria com a finalidade de agir sensivelmente, ou ponderadamente. Com mais cuidado, Morral atenta para o aspecto de que a *Ética* é uma investigação sobre a justiça como meio termo.

> *A phronêsis, a virtude suprema tanto na política quanto na ética, se apoia na aplicação de um padrão central de sanidade em meio a um milhão de circunstâncias variáveis e imprevisíveis. Não é possível formular regras rígidas; mas o caminho da salvação está no treinamento do intelecto prático mediante a experiência e o hábito de escolher o curso correto de ação em cada caso específico que ocorra (1987, p. 43).*

Observa-se que a ciência política determina-se pelo objeto ação que surge como um processo desde a intenção, passando pela eleição até atingir a decisão, levando em consideração que qualquer ação é sempre uma dimensão individual em meio ao mundo coletivo, já que vivemos gregariamente. Então, pode-se considerar que o bem como atividade é um dado que o indivíduo não pode olvidar. Atividade que em si se constitui como um fim necessário, pois as deliberações só o são quando têm o propósito de atingir o fim determinado; é com razão que a ética aristotélica, como sua política, também é denominada de teleológica. É justificada que sua filosofia

[14] "Como há um fim único para a cidade toda, é óbvio que a educação deve ser necessariamente uma só e a mesma para todos, e que sua supervisão deve ser um encargo público, e não privado" (Pol. 1337a). Para Aristóteles, a educação é pensada como elemento de justiça com fim de preparar os cidadãos para a mediania. Essa mediania consiste no elemento sensível de um agente público preocupado com a segurança da cidade, que não é outro senão a realização das disposições naturais dos seus cidadãos.

prática se ocupe dos fins como bem, já que se vive no mundo dos homens, e se pensa e age a partir da convivência humana. Por isso, o filósofo acentua a *phronêsis* como virtude prática, sabedoria que se definiria no mundo da *práxis*, determinando em que medida o agir deve partir da reflexão necessária de um homem prudente. Salienta-se que Aristóteles, elegendo a *phronêsis* como síntese do saber agir, ensejou ao agente uma categoria conceitual de análise que lhe possibilita identificar as circunstancias desse saber-agir.

3 - O SENTIDO DE JUSTIÇA COMO BEM ÚLTIMO

Ao estudar o problema da justiça, antes de defini-la, Aristóteles orienta seu raciocínio para a necessidade de conhecê-la através daqueles que promovem tanto os atos justos como os injustos. Justiça e injustiça estão relacionadas com suas respectivas ações, isso implica considerar que, *"com vistas à justiça e à injustiça, devemos indagar quais são as espécies de ações com as quais elas se relacionam, que espécie de meio é a justiça."* (EN 1128b). Então, em primeiro lugar, com o critério estabelecido pelo filósofo, o termo injustiça se define pelos atos injustos baseados na ilegalidade quando infringem a lei, desmedidos ao ambicionar acima do direito e eivados de iniquidade quando incorretos (EN, 1129a).

Para Aristóteles, a justiça se fundamenta nos atos justos consoantes à legalidade, à justa medida e à equidade entre os homens na cidade. Portanto, obviamente, a justiça se constitui como medida primordial no cenário das ações humanas. Nesse particular, os atos injustos assumem sua condição de injusto por materializar o que se tem por socialmente desmedido. Logo, a excelência moral enseja a justiça como fundamento racional a partir da noção de império da lei. Essa legalidade, que em si não é suficiente para caracterizar a justiça, encontra seu critério de legitimidade ao tomar por princípio uma lei oriunda dos melhores costumes da sociedade, nesse caso, a justiça se caracteriza como virtude, ação fundada na excelência moral do hábito (AUBENQUE, 2008, p. 69).

Essa excelência moral que Aristóteles tanto enaltece é o fio condutor do homem probo que decide a partir de uma razão objetiva (reta razão), e, aqui, Aristóteles apela para a etimologia dos termos que pretende como

necessários a sua ideia de justiça. O filósofo elabora seu conceito de igual para relacionar justiça à equidade:

> *O igual é o meio termo entre a linha maior e a menor de acordo com a proporção aritmética. Esta linha é a origem da palavra díkaion (= justo); ela quer dizer dikha (= dividida no meio), como se devesse entender esta última palavra no sentido díkaion; e um dikastés (= juiz), é aquele que divide ao meio - dikhastés (EN 1132a).*

O justo é equidistante porque se coloca no centro em relação aos extremos e na condição de homem comprometido com atitudes pautadas pela prudência. O homem equânime (AUBENQUE, 2008, p. 76) se comporta como juiz porque é virtuoso em razão do exercício do justo meio nas atividades privadas e públicas, pois, realizando atos justos, torna-se justo, adquirindo a virtude da justiça, cuja explicação metodológica Aristóteles busca na aritmética, muito embora sua origem, segundo Agnes Heller, estivesse no mundo econômico, passando pela dimensão moral e social, encontrando o seu apogeu no plano estético, antes de vigorar como valor na dimensão do trabalho (1981, p. 305).

Aristóteles adota a tese de que justiça e injustiça estão relacionadas à disposição da alma para fazer, agir e desejar o justo e o injusto, respectivamente, pois *"uma disposição da alma que leva a certo resultado não pode levar ao resultado contrário"* (EN 1129a). A disposição de uma alma pode ser reconhecida pela sua ação contrária, dessa forma a justiça é tomada pelos atos justos, assim como a injustiça é tomada pelos atos injustos. Logo, justiça e injustiça são termos ambíguos com seus respectivos significados. A ambiguidade ocorre quando um termo tem dois ou mais sentidos semelhantes, mesmo que imperceptíveis no primeiro momento. Para Aristóteles, justiça e injustiça, a partir dos seus conteúdos opostos, podem ser percebidas respectivamente como *Legalidade, Justa medida e Equidade; Ilegalidade, Desmedida (Ambição) e Iniquidade*.

As pessoas injustas, além de nunca se conformarem com os bens repartidos, são injustas porque não respeitam as normas e por não terem o sentido de medida, ao passo que a justiça, excelência na sua plenitude, impõe a prática de certos atos e proíbe outros. A justiça será perfeita quando o justo praticá-la na sua completude (EN 1130a). Por outro lado, uma pessoa é injusta porque tem uma deficiência moral como, por exemplo, a ambição, mas, por

outro, não é perversa ou ímproba. E as diversas formas de injustiça manifestam-se *"na convivência entre as pessoas"* (EN 1130b). Isso implica considerar que a injustiça é uma ideia tirada da vida política e que é estudada pela *Ética*.

Se o princípio essencial da justiça é a relação entre lei e igualdade, Aristóteles compreende que uma cidade determina-se pela proporcionalidade dos bens em seu interior, nesse caso, lembra que a relação entre bens produzidos, negociados etc., deve ser ajustada por padrão. Por isso, a justiça se efetiva quando **Ω** não dá a si mesmo além do que oferece a **β**, ou quando **Ω** não oferece menos a **β** do que ofereceria a si mesmo, assinalando a justiça como proporção, medida e equivalência (EN 1134b). Assim, a pesquisa sobre a justiça consiste em investigar o justo no sentido estrito das relações sociais e o justo político na estrutura institucional da cidade.[15] Dessa análise decorre a necessidade de retomar a *Política* para refletir sobre a melhor forma de comunidade associada ao interesse em promover as melhores condições de governo da cidade, pois, para Aristóteles, a alternância no governo é importante como sentido de igualdade e critério de diversidade (BODÉÜS, 2007, p. 61-79). Assim, Aristóteles, através do seu realismo, diz que uma das causas do insucesso administrativo que incita à injustiça são:

> *As revoluções, aliás, são causadas não somente pela distribuição desigual de bens, mas também pela de honrarias, embora os dois motivos atuem de maneiras opostas – as massas manifestam descontentamento se os bens são desigualmente distribuídos, e os mais favorecidos se as honrarias são igualmente distribuídas (Pol. 1267a).*

Segundo Aristóteles, as revoluções só são extremos por serem reações a extremos, por isso só podem ser debeladas por governos cujos cidadãos se comprometem com a justiça, e se se comprometer com essa excelência moral é se ater à profunda compreensão da vida política. Aristóteles entende, assim, que todos os problemas são políticos, e, como tais, devem ser resolvidos politicamente pela relação governado-governante (Pol. 1277a).

Após ter estudado inúmeras legislações de sua época, Aristóteles observa que a "*constituição é a forma de organização dos habitantes de uma*

[15] Aristóteles faz considerações importantes na EN quanto à troca de bens, trabalho e tomando o dinheiro como equivalência (o que será retomado por Marx, em O capital, no capítulo referente à mercadoria). Essa ilação leva o autor a ponderar quanto à possibilidade de um ponto axial como padrão de justiça (1133a–b).

cidade" (Pol. 1275a) porque o governo das leis deve sobrepor-se ao governo dos homens por medida de estabilidade das relações dos indivíduos na comunidade. O governo das leis, por princípio, teria como meta direcionar a vida social em segurança, na qual seria estabelecida uma associação de homens bons para fins nobilitantes (Pol. 1279a). Nesse sentido, *"o discernimento é a única qualidade específica de um governante*" (Pol. 1277b) a serviço de todos, inclusive da segurança da cidade, pois os bens deveriam ser regulados por leis que determinem que cada um usufrua daquilo que lhe pertence sem se lançar sobre os bens alheios, pois, segundo Aristóteles, *"justiça é a virtude, pela qual cada um possui os seus bens em conformidade com a lei"* (Ret. 1366b).

Segundo Denis Silveira, é possível perceber, no pensamento de Aristóteles, certa complementaridade entre as *éticas da virtude e do princípio*,[16] pois, para ele, os princípios de justiça estão na relação direta entre igualdade-liberdade, sendo a justiça natural orientadora da justiça política. Conforme o autor, Aristóteles realiza uma identificação *"entre a justiça universal e o ordenamento legal, pois o que é determinado pela lei visa a atender ao interesse comum da comunidade política, tanto em relação aos interesses de todos os indivíduos quanto aos interesses de grupos específicos"* (2007, p. 38). A justiça, como identificação política, representa a esfera da moralidade pública, levando em consideração que, para os indivíduos, a justiça é vista como um bem na comunidade, por isso o objeto central da teoria da justiça aristotélica é a garantia da equidade nas relações sociais, visto que os problemas relacionados à justiça identificam-se com os problemas intersubjetivos referentes à honra, à segurança e aos bens.

Para cada sentido de justiça, há um justo meio específico, vale dizer, uma mediania correlata. É sensato pensar dessa forma porque, do ponto de vista aristotélico, inclusive, a esfera pública contempla o indivíduo. Se a justiça é o plano do público, pensando justiça como ordem pública a partir de instituições que possibilitem o bem comum, esses indivíduos, governantes e governados, devem agir virtuosamente como homens da cidade: *"a lei*

[16] "Sendo bom, é agradável porque é bom. E se isto é belo, então a virtude é necessariamente bela; pois sendo boa, é digna de louvor. A virtude é, como parece, o poder de produzir e conservar os bens, a faculdade de prestar muitos e relevantes serviços de toda a sorte e em todos os casos" (Ret. 1366a). "Aquilo que produz um bem por si mesmo é preferível ao que o produz por acidente, como sucede com a virtude em relação à sorte" (Top. 116b).

deve garantir o princípio da igualdade-liberdade e o princípio da diferença. É por isso que, nas relações públicas, quem deve possuir primazia é a lei e não um indivíduo isolado" (SILVEIRA, 2007, p. 47).

Essa análise é coerente já que assinala o aspecto de que tanto os indivíduos quanto o coletivo estão limitados pela dimensão essencial da justiça como ordem legal-moral, assim como estão também limitados pelo plano da contingência, interesses do coletivo e do indivíduo, sendo o direito natural ideia orientadora do direito positivo. Outro detalhe relevante da complexa teoria da justiça em Aristóteles, destacado por Silveira, é o seu caráter antropológico, considerando que, mesmo existindo um justo natural que seria válido em qualquer sociedade, ela leva em conta a possibilidade de que o justo legal se determine, também, a partir da constituição histórica de cada povo, ou seja, Aristóteles considera a cultura como valor ao sentido de justiça. *"Este espaço de ação da justiça legal é o espaço de indeterminação da justiça natural, de forma que as regras de justiça passam a ter um caráter procedimental"* (p. SILVEIRA, 2007, p. 50). Nesse caso, o direito natural seria uma ideia orientadora, porque é pensado como *princípios gerais de justiça*.

Segundo Agnes Heller em sua obra *Aristóteles y el mundo antiguo*, o filósofo se distingue dos que o antecederam por um detalhe peculiar: o estagirita analisa os fatos a partir da lógica de que um ato é desdobramento de uma possibilidade como causa, empiricamente, ou seja, o plano concreto da existência e das possibilidades existentes são perfeitamente possíveis na relação dialética ((HELLER, 1981, p. 176). Segundo a autora, o pensamento de Aristóteles pôde captar com agudeza os diversos planos da realidade dos objetos, vide o exemplo da justiça que, estudado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, é tomada desde excelência moral como virtude, até o sentido de conjunto de instituições, além de determinar a relevância da justiça corretiva como subcaso de justiça particular. Conforme Heller, em *Para além da justiça*, Aristóteles teve o mérito de descobrir:

> *O caráter polissêmico da noção de 'justiça' e distinguiu claramente os diferentes usos desse termo. Entretanto, dentre essas distinções ele preservou intacto o conceito ético-político de justiça. Justiça enquanto 'a soma total das virtudes' é o conceito de justiça (certeza), que tem sua contraparte política, o sistema. É na política, o estado*

> *justo, que a virtude do bom cidadão e aquela do bom homem coincidem (1998, p. 111).*

De acordo com Heller, Aristóteles manteve o sentido ético-politico de justiça por considerar que os atos justos se constituem no seio da comunidade política, e, nesse caso, cada ação deve corresponder ao interesse previamente determinado pelos costumes enquanto um valor bom. Esse valor bom é aquele que pode harmonizar o direito de um com o direito de todos. Entretanto, o pensamento de Aristóteles se torna complexo quando enfatiza que o justo é, na medida do razoável, a coincidência entre o bom cidadão e o bom homem.

Na perspectiva de Cornelius Castoriadis, a justiça, na concepção aristotélica, visa o todo da cidade: justiça total. A justiça não é parte da virtude, ela é a virtude perfeita, pois é legal porque é sempre lei, portanto "*a justiça total é constituição-instituição da comunidade, e de acordo com o fim dessa instituição, sua mais pesada parte é a que concerne a Paidéia, a formação do indivíduo tendo em vista sua vida na comunidade, a socialização do ser humano*" (CASTORIADIS, 1987, p. 366).

Castoriadis observa a importância das instituições como mecanismo de viabilização da vida citadina, dessa forma ressalta que a cidadania é uma condição cultural a partir da vida urbana. Violar a justiça é violar a igualdade, pois esta é parte importante da justiça, que possibilita a liberdade do cidadão e a *"desigualdade é sempre violação da lei"* (1987, p. 368). Violar a igualdade é violar o sentido estrito da lei. A justiça deve separar e reunir o partilhável e o participável, constituí-los e instituí-los, pois, dessa forma, a justiça é a instituição por excelência da sociedade que transforma homens em cidadãos porque, sendo a totalidade da cidade, faz com que o cidadão participe do partilhável, cujo fundamento é a justiça como igualdade e proporcionalidade, visto que na *"justiça distributiva igualdade significa proporcionalidade geométrica, na justiça corretiva trata-se de 'proporção aritmética' de igualdade quantitativa no sentido corrente"* (CASTORIADIS, 1987, p. 380).

A socialização da lei segue ao fato de que o *logos* deve ser percebido como espaço ocupado pelos iguais. Segundo leitura da passagem acima, Aristóteles manteve o sentido ético-politico de justiça por considerar que os atos justos se constituem na comunidade política, e cada ação deve

corresponder ao interesse previamente determinado pelos costumes enquanto um valor bom. Esse valor é aquele que contempla o direito de cada cidadão e da cidade em conjunto, o que, para Ross, revela que o entendimento de justiça no mundo grego era identificado com a totalidade daquilo que está certo, de maneira que:

> *Aristóteles pensa que a lei deveria controlar a totalidade da vida humana, bem como assegurar, senão a moralidade, uma vez que esta é importante para assegurar que os homens ajam no sentido de salvaguarda do nobre, pelo menos as ações apropriadas a todas as virtudes [...] O termo justiça refere-se ao caráter social, implícito a toda a virtude moral, enquanto o termo virtude não chama a atenção para este caráter (ROSS, 1987, p.215).*

Esse cuidado de Aristóteles em elevar a lei à condição de síntese da totalidade articulada no espaço das ações políticas, deve-se à preocupação do estagirita com o caráter impessoal da ordem pública, levando em consideração o fato de que o governo da cidade não deve ficar somente afeto ao mais preparado dos cidadãos, mesmo que esse cidadão seja um filósofo como pensou Platão na *República*. Para o estagirita, é extremamente importante e necessária que as:

> *Leis bem feitas determinem tudo com o maior rigor e exatidão, e deixem o menos possível à decisão dos juízes. Primeiro, porque é mais fácil encontrar um ou poucos homens que sejam prudentes [...] Segundo, porque as leis se promulgam depois de uma longa experiência de deliberação (Ret. 1354a).*

Esse cuidado em limitar a discricionariedade dos juízes se baseia no princípio de que a cidade deve ser estruturada a partir de leis que direcionem as decisões conforme o bem comum. Tanto os magistrados como os que deliberam leis devem se submeter ao império da noção de lei como ordem necessária da cidade, a qual, do contrário, sucumbiria pelo interesse da particularidade que destruiria o sentido de comunidade política. Dessa forma, a justiça, para Aristóteles, é bem por excelência em razão de ser o esteio da sociedade, elemento de coesão social. Se o homem busca sua felicidade como fim a que sua natureza tende, a justiça é o elemento central ao constituir-se como meio-fim. Meio, por organizar os mecanismos políticos

de ordem jurídico-administrativa; fim, em razão de ser a excelência moral, e, nesse caso, a justiça é uma ordem legal-moral ao assinalar o compromisso dos cidadãos com a cidade (EN. 1130a).

CONCLUSÃO

Na teoria ético-política de Aristóteles, o sentido da vida em sociedade é uma arte e os indivíduos devem conhecê-la com vista à felicidade, em que pese esse conceito ser polissêmico na sistemática aristotélica. Talvez esse amplo leque de significados esteja relacionado à sua dificuldade conceitual, pois não é tarefa das mais fáceis definir o que possa ser bom para todos. Nesse contexto, o filósofo procurou passar em revista os principais aspectos concernentes à felicidade, desde o sentido de prosperidade imediata à complexa perspectiva de sua associação à vida contemplativa. Essa vida associativa implica a felicidade não ser pensada somente pelo ângulo subjetivo, pois, no pensamento do estagirita, consoante aos elementos culturais do mundo grego, o débito do indivíduo para com a sociedade é refletido na figura do outro como condição de comunidade política, visto que a sociedade só é um valor na medida em que precede ao indivíduo, não o excluindo como condição de sua própria e factual existência.

A noção de alteridade, fundamental ao pensamento político grego, sobretudo aos impulsos da discussão sobre o valor da democracia, é um conceito de justiça que tem início com Sócrates e é levado adiante pelas análises de Platão e Aristóteles, porque, sendo a justiça virtude total, sua prática está em relação com o outro de modo consciente, pois se destina à realização do seu elemento fundamental: a igualdade. Essa dimensão do *outro*, observado como ser racional e fundamental para a realização da justiça, afigura-se como fazer o bem dentro da ordem coletiva. Esse ato de justiça exige a mediação da vontade que só se realiza conscientemente. Hoje essa noção de alteridade parece estar perdida em meio ao complexo mundo das relações de troca, por conta de uma concepção valorativa que enseja, por sua vez, uma lógica individualista que desconsidera a dimensão humana total.

Aristóteles refletiu, ainda, sobre a importância de mudanças políticas por meio da educação, tomando-a como esforço político e a situou dentro

do interesse público como dever do Estado, entendendo que transformações estruturais só são possíveis mediante reformas individuais e sociais, implicando tomada de consciência por parte dos agentes da administração comunitária.

Se a vida é um complexo biossocial, o bem, que de imediato parece ser a felicidade humana na *polis*, torna-se suplementar quando se pensa em como efetivar esse *supremus bonus* numa ordem em que todos devam ser levados em consideração. O problema da justiça, na concepção de Aristóteles, não pode ser tomado como uma reflexão do homem isolado como pensam aqueles que defendem a tese do individualismo, segundo a qual os homens participam da vida coletiva unicamente para a satisfação de necessidades vitais como defesas da propriedade, da segurança, da vida etc. Segundo o que parece, Aristóteles pensou a sociedade como uma forma de organização capaz de possibilitar àqueles que a compõem, o pleno desenvolvimento de suas disposições naturais (possibilidades), acreditando em suas respectivas perfectibilidades como motor excelente da vida.

Essa perfectibilidade, que obedece ao princípio de movimento posto pela concepção de *ato e potência*, vislumbra o raciocínio de que as sociedades também se modificam, e para melhor, uma vez que a própria comunidade se reúne com a responsabilidade de, por meio da educação, levar em consideração o outro como dimensão de justiça, desenvolvendo as qualidades intelectuais e morais dos seus membros. Essa construção teórica faculta a compreensão de que os homens não só são responsáveis pelos seus atos como também são capazes de superar as dificuldades postas pela diversidade da vida comunitária. Logo, Aristóteles é original por elaborar respostas satisfatórias aos múltiplos conflitos da vida citadina, elevando a política à condição de instância mediadora.

Ao se defender a tese de que a justiça é o grande bem, conforme leitura realizada do sistema ético-político elaborado por Aristóteles, julga-se poder compreender porque o filósofo elege a relação necessária entre igualdade e liberdade como princípio-chave do seu pensamento político. A liberdade que o estagirita imagina está circunscrita ao ideal de uma comunidade onde todos possam encontrar o significado de suas respectivas vidas, ao passo que a liberdade imaginada hoje deixa escapar a responsabilidade com o outro.

Talvez esta seja a escolha dos dias atuais: liberdade que ignora a equidade como critério de justiça.

Os elementos que compõem o conceito de justiça, para Aristóteles, são harmonia da *polis*, o outro, a consciência do ato, a legalidade e o bem comum. Esses elementos tornam-se inseparáveis se levarmos em consideração que a legalidade só tem sentido em uma organização comunitária onde o bem comum seja o eixo em torno do qual os indivíduos se agrupam para a vida em comunidade. Esta vida é a condição da existência simultânea do indivíduo e do cidadão, em que o eu é remetido ao outro em cadeias sucessivas de relações integradoras. Pode-se apreender do pensamento de Aristóteles o aspecto de que toda comunidade é uma associação de homens livres na qual se trocam necessidades por satisfações; assim como que a convivência se destina à prática de ações nobilitantes. Portanto, se é verdadeiro que a justiça é o maior dos bens a ser perseguido pelos homens em razão de sua condição de *zoon politikós*, ela constitui-se como essência moral da vida humana, sem a qual nos assemelharíamos aos animais e as suas necessidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2007. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Banedetti.

ARAÚJO, Vandyck N. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: UNB, 1997. Tradução de Mário da Gama Kury.

_____. *Ética*. Brasília: UNB, 2001. Tradução de Mário da Gama Kury.

_____. *Metafísica*. SP: Loyola, 2002. Tradução de Marcelo Perine.

_____. *De anima*. São Paulo: Editora 34, 2007. Tradução de Maria C. Gomes dos Reis.

_____. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2007. Tradução de Levi Condinho.

_____. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2008. Tradução de Manuel Alexandre etti elli.

AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. SP: Paulus, 2008. Tradução de Marisa Lopes.

BAILLY, A. *Dictionarie grec-français*. Paris: Hachette, 1950.

BARRERA, Jorge M. *A política em Aristóteles e Santo Tomás*. Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2007. Carlos Ancêde Nougé.

BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002. Tradução de Dion David Macedo.

BITTAR, Eduardo C.B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BODÉÜS, Richard. *Aristóteles: a justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário.

CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2013. Tradução Magda Lopes.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto – 1*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de Carmen Sylvia Guedes e Rosa Maria Boaventura.

DÜRING, Ingmar. *Aristóteles*. México/DF:UNAM, 1990. Traducción de Bernabé Navarro.

FARIA, Maria do C. B. *Direito e ética* – Aristóteles, *Hobbes e Kant*. São Paulo: Paulus, 2007.

HELLER, Agnes. *Aristóteles y o mundo antiguo*. Barcelona: Ediciones Península, 1983. Traducción José Francisco Yvars e Antonio Prometeo Moya.

_____. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Tradução de Savannah Hartmann.

JAEGER, W. *Aristóteles*. México/DF: Fondo de Cultura, 1992. Traducción de José Gaos.

KREMER-MARIETTI, Angèle. *A ética*. São Paulo: Papirus, 1989. Tradução de Constança Marcondes Cesar.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de que? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991. Tradução de Marcelo Pimenta Marques.

_____. *Depois da virtude*. Bauru: Edusc, 2001. Tradução de Jussara Simões.

MORRAL. John B. *Aristóteles*. Brasília: UNB, 2000. Tradução de Sérgio Duarte.

OLIVEIRA, Manfredo A. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993.

RICKEN, Friedo. *O bem-viver em comunidade:* a vida boa segundo Platão e Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2008. Tradução Inês Antônia Lohbauer.

ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987. Tradução de Luiz Felipe Ferreira.

SILVEIRA, Denis C. *Complementaridade entre uma ética das virtudes e dos princípios na teoria da justiça de Aristóteles*. V.52, nº 2. Porto Alegre: Veritas, 2007, p. 35-55.

URBINA, José M. P. S. de. *Diccionario Manual Griego clásico-Español*. Barcelona: Vox, 2009.

VAZ, Henrique C.L. *Antropologia filosófica*. Vol. I. São Paulo: Loyola, 1993.

VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1998.

VERNANT, Jean–Pierre. *As origens do pensamento grego*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1992. Tradução de Ísis Borges B. da Fonseca.

ZINGANO, Marco. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Paulus e Discurso Editorial, 2009.

WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. São Paulo: Edições Loyola, 2010. Tradução de Enio Paulo Giachini.

Impressão e acabamento:
COPGRA/ACOI
TRF 2ª Região

Rua Acre, 80 - 22º andar ◆ Centro ◆ Rio de Janeiro ◆ RJ
☎ (0xx21) 2282-8788 ◆ 2282-8530 ◆ 2282-8599 ◆ 2282-8465
Fax: 2282-8449 ◆ http://emarf.trf2.jus.br/site