

Reflexões acerca da etiologia e ontologia do Direito

Fernando Simões Garcia *

1) Introdução e Itinerário

Ao iniciar o estudo do fenômeno jurídico, algumas reflexões elementares, que formam os alicerces filosóficos do estudo do direito, devem ser levantadas: Em primeiro lugar, qual é a essência do direito, o que caracteriza o direito enquanto direito, enfim, um estudo acerca da ontologia do direito. E, num segundo momento, a reflexão sobre a existência do direito, ou seja, quando o direito surge no mundo cronotópico, e juntamente com esta alinha-se a questão da origem, ou se melhor pretender, a causa do direito, ou seja, seu estudo etiológico.

1.1) Considerações filosóficas preliminares.

Em princípio, faz-se mister esclarecer algumas considerações preliminares acerca da posição filosófica acolhida. Ora, alguns filósofos modernos afirmavam que a existência precede a essência. Ao prepararmos o estudo filosófico do direito estudando inicialmente a essência, e posteriormente a existência, nos colocamos em contraposto a essa afirmação moderna.

Por um raciocínio dialético, percebemos que todas as coisas finitas existem em uma medida exata, elas estão, na linguagem do filósofo Mário Ferreira dos Santos, condenadas à crise (crise) [1], o que, a modo claro, significa que são imanentes ao espaço-tempo. Dessa forma, o livro que está a minha frente tem a forma quadrangular, o que elimina a possibilidade (potencialidade) de ele ser

redondo, ou seja, ter a forma arredondada não está dentre as potencialidades de sua forma. Disto tira-se a conclusão de que as coisas finitas, como o próprio nome já diz, não podem ser a totalidade, elas estão, e não são; assim como um homicídio não é um estupro, o crédito não é débito, e o direito não é economia.

Mas como se pode chegar a essa conclusão? Como se pode perceber qual a quiddidade (quid; qualidade essencial), ou melhor, qual a semelhança eidética, o que sem o qual não se poderia existir, entre uma árvore localizada na Zâmbia e outra na Alemanha, entre um homicídio consumado por estrangulamento, e outro com uma arma de fogo? Assim, partimos do pressuposto que de não é necessário a percepção subjetiva para que o objeto tenha uma essência – a sua essência é objetiva, pertence ao próprio objeto e à sua forma. Desse modo, “homicídio”, como está inserido no Código Penal, é um conceito noético que tem como finalidade representar as propriedades formais-eidéticas do objeto em questão, isto é, do homicídio “em si”.

2) A essência do direito

Ora exposto, então, as preliminares, analisaremos as especificidades da essência do direito, num primeiro tópico.

O que deve haver, em princípio, que sem o qual o direito não existiria? Ora, na nossa cosmovisão o direito é num fenômeno natural, isto é, pertence à realidade objetiva, e não criação do espírito humano – isto, porém, não exclui a participação do homem na ontologia do direito – o homem é o responsável pela tradução do direito existente previamente no cosmos. Ora, é exposto, então, o primeiro ponto chave da essência do direito: o sujeito. Mas o sujeito, isoladamente, não pode constituir o direito, e então surge o segundo e o terceiro pressupostos: a relação do primeiro sujeito com um outro sujeito, envolvendo um objeto, ou apenas a relação de um sujeito com um objeto, a partir dessa relação, é importante ressaltar, baseando-se na doutrina do jurista belga Edmond Picard[2], que um quarto pressuposto existe: a proteção da relação jurídica, tendo como base a coação.

2.1) Sujeito

Não por menos o sujeito é o primeiro elemento essencial de todo direito. Ora, sem ele não seria possível existir os elementos psíquicos, como a relação e a proteção-coação. Além do mais, não há de se contrariar, a princípio, o velho *Ubi societas, ibi ius*. Sem o homem não existiria sociedade, não existiria vontade e consciência no plano sensível, e portanto, direito em ato puro.

2.2) Objeto

O homem não existe isoladamente no mundo cronotópico; ele é sujeito que se relaciona com variados predicados. Para esclarecer e prevenir futuros enganos, objeto não é sinônimo de corpo físico, de algo que se pode tocar ou ver. A matéria é apenas uma parcela do que se pode chamar de objeto, representam os objetos que estão condenados ao espaço e ao tempo. Assim, um livro, uma lâmpada e um cigarro existem dentro de certa espacialidade e temporalidade[3]. Diferentemente são os chamados objetos psíquicos, tendo como condição o espírito humano, estes não pertencem ao espaço, mas apenas ao tempo, são os objetos referentes ao estatuto pessoal. [4]

2.3) Relação

Não cabe ainda entrarmos na questão da fonte da relação, ou o que de externo que sustenta a legitimidade de João ter um imóvel, ou todos os cidadãos brasileiros terem a qualidade de serem livres. Cabe-nos, nesse constante, analisar que entre o primeiro elemento e o segundo existe uma relação, que é um símbolo, ou na lição de Edmond Picard, uma realidade invisível[5] que tutela e mune de eficácia a ação do sujeito sobre o objeto.

2.4) Proteção-Coação

Tendo como condição os três primeiros elementos, entra em voga a proteção da relação entre o sujeito e o objeto. Desse modo, quando um sujeito age injustamente há uma reação social, ou uma reação estatal que age para punir e

preservar o bem estar social. Ao Estado pertence o jus puniendi – e não aos indivíduos.

Não obstante, a proteção-coação é fundamento essencial para a formação da ontologia de todo direito – sem que ela exista, não se pode dizer que o direito realmente existe. Em concreto: sujeito A não pode ter propriedade de um imóvel se não há uma reação estatal que tenha em vistas repelir a ação de sujeito B, caso este atente contra o direito citado. Não se pode pretender que todos os cidadãos internalizem os princípios de boa convivência – isto está no âmbito moral, e não jurídico.

3) A origem do direito

Após definido a essência do direito, passamos então para a análise do surgimento do direito, do seu movimento (physis interna) intrínseco: a passagem de potência para ato puro. Com efeito, cabe-nos, nesse tópico, descobrir a causa primeira legitimadora do direito. Sabemos que o direito positivo é a causa primeira do direito prático. Mas, a questão que se propõe é: de onde vem a legitimação para que o homem aceite que aquele determinado direito dinâmico regule a sua vida? Qual a origem do direito prático? Quais são os baldrames que formam as conjecturas da sistemática jurídica positiva?

Postas as observações preliminares, cabe-nos entrar na questão ainda com mais afinco: o direito provém de Deus, ou do homem? O direito é fruto de um contrato social? Ele existe objetivamente na ordem cosmológica do universo, ou provém de uma estrutura interna do homem? Respostas à essas questões foram palcos de estudos de várias escolas do pensamento filosófico, e expô-las de modo geral é o objeto dos sub-tópicos a seguir.

A grosso modo, as teorias da origem do direito podem ser desenvolvidas em dois grandes tópicos antagônicos: a) Teorias transcendentais: consideram que o direito transcende o mundo cronotópico, não cabe aqui falar unicamente de um direito divino, pois o Divino deve ser objetivamente separado do mundo para que se possa falar em transcendência. b) Teorias imanentes: aquelas que

consideram o direito intrínseco à natureza humana. Não trataremos aqui das escolas representantes, pois isso engloba uma série de complicações, e não há exatidão acerca da posição tomada pelos vários filósofos de cada escola. Desse modo, trataremos de determinados filósofos, que pelo complexo de suas filosofias, fazem jus aos tópicos referentes.

3.1) Teorias Transcendentes

a) Platão

O núcleo da filosofia platônica só pode ser bem visto à luz do mito da caverna: quando um prisioneiro do mundo finito se livra das amarras da exclusividade de suas percepções primárias, isto é, da sua percepção estritamente voltada para as coisas sensíveis, para que enfim possa enxergar a realidade objetiva – ou metafísica. Às claras, isso significa que as coisas finitas são dotadas de características que não pertencem à essência da coisa concebida no seu invólucro de realidade – assim, duas casas não são identificadas como pertencente ao mesmo conjunto simbólico por terem as paredes brancas – elas não são brancas, elas estão – o que indica a influência de Parmênides na sua filosofia.

O homem só pode conhecer a coisa em si pelas idéias (noûs) – deste ponto, pela dialética, o homem concebe e consegue captar na realidade o que sem o qual a casa não poderia ser uma casa. A exemplo, como Platão nos demonstra em seu diálogo “Mênon”, onde Sócrates pede que Mênon defina virtude, este então, dá-lhe várias definições, citando as várias virtudes que um homem, uma mulher, uma criança podem ter. Sócrates, então, exclama: - “Uma sorte bem grande parece que tive, Mênon, se, procurando uma só virtude, encontrei um enxame delas pousado junto a mim”. [6] – Sócrates não procurava as múltiplidades de virtudes que Mênon à ele concebeu, mas sim o que, dentre todas elas, não poderia deixar de existir, para que se pudesse conceber a virtude como Ser, ou seja, como virtude objetivamente concebida.

Para esquivar-nos de enganos, as idéias, para Platão, não são impressões psicológicas – ou seja, a coisa concebida em si mesma não representa um processo gnoseológico subjetivo, as idéias tem subsistência extramentis, isto é, pertencem à metafísica, um plano de realidade objetiva, que é e cognoscível ao espírito humano.

Colocadas as premissas, à filosofia do direito!: Para Platão, apenas o filósofo consegue deixar essa percepção primária das coisas definidas para conhecer as coisas exatamente como elas são – apenas ele pode sair da caverna para ver a luz, a partir daí se reveste a legitimidade do Filósofo-rei. Ora, se apenas o filósofo é que pode enxergar as coisas em si, então ele é o único legitimado para dizer o direito positivo, o que é justo. Desse modo, a filosofia do direito em Platão é transcendente porque o legitimado à descobri-lo não tem como fonte de investigação às coisas múltiplas, – mas sim a coisa concebida como uno e imutável.

b) Aristóteles

A princípio, é importante frisar as diferenças gnosiológicas entre Aristóteles e Platão. De inverso, Aristóteles não considera que a essência das coisas são transcendentas à elas, para ele não existem dois mundos onde as coisas sensíveis imitam as coisas ideais. Ora, o palco de estudos de Aristóteles é o mundo físico, é a própria natureza, para ele a essência de uma maçã está na própria maçã, e podemos chegar às formas universais através da observação sensível.

A filosofia de Aristóteles tem seu núcleo nas quatro causas: a causa final, material, eficiente e formal. Assim, Vandyck Nóbrega exemplifica: “com referência à Polis: a causa material é a população; a causa formal é a organização política e social (...), a causa final no sentido teleológico da Polis é a vivência humana adequada aos parâmetros da harmonia social.”[7]

Nos ditames da filosofia do direito, Aristóteles considera que só se pode chegar ao justo a partir da observação da natureza. Assim, podemos conhecer as

essência dos objetos partindo dos sentidos, desse modo, o Estagirita ensina que os alicerces do direito natural, assim como toda a realidade, estão inseridos na natureza, e é pertencente à uma ordem cosmológica superior ao homem.

Enganam-se os juristas modernos ao considerar que o direito natural que Aristóteles nos propõe é imutável e antagônico ao direito positivo. Nos diz, ele, que o direito positivo é um complemento do direito natural, como leciona Villey: “A observação da natureza é incapaz de nos conduzir a soluções concretas; seu estudo é apenas um primeiro momento da elaboração do direito; fornece-nos apenas quadros vagos; em linguagem aristotélica, proporciona-nos apenas uma matéria, que ainda resta informar.”[8]

c) Tomás de Aquino

Aquino foi, não exagerariamos em dizer, o maior filósofo da escolástica. Ele absorveu os princípios da filosofia aristotélica e os desenvolveu à luz do gênese cristão. Foi ele a peça chave no desenvolvimento do realismo, o que, à modo claro, significa que os objetos de desenvolvimento do intelecto humano eram os independentes das interpretações subjetivas. Aquino concordou com Aristóteles no tocando ao processo do conhecimento: nós conhecemos as coisas inicialmente pelos sentidos, conhecemos a sua forma-eidética, e por um processo de desmaterialização e abstração construímos esquemas noéticos que são semelhantes à própria natureza da coisa.

A capacidade cognoscível humana, portanto, não se limita aos fatos particulares, o homem não consegue limitadamente perceber que aquele animal – cavalo - existe, mas também que ele está inserido em um conjunto (forma, espécie) que tem existência real. Assim, todos os cavalos, individualmente falando, têm determinadas diferenças, porém, por um processo de observação, percebemos que eles tem as mesmas potencialidades, isto é, pertencem à mesma forma universal.

Tomás concordou com Aristóteles que o mundo era obra de um primeiro motor, o que ele representou como sendo o Deus cristão. Para ele, portanto, Deus não age sobre os individuais, de inverso, “age por intermédio de causa segundas”[9]. A idéia central, neste ponto, é que existe uma ordem na cosmia do universo, e essa ordem é composta em primeiro lugar pelos universais (ou causas segundas, como por exemplo “homem” ou “direito”), e em segundo lugar pelos individuais (como João, ou “tal direito”).

Como concebera Aristóteles, não há antagonismo entre direito natural e direito positivo: e esse é o ponto principal da filosofia do direito do Aquinate. Ora, para ele, o homem deveria, através de um método experimental, conceber o que era natural (isso implica finalidade) e o que não era. Portanto, o justo natural não poderia conceber uma “ciência”, já que não é um dado exato e preciso, no direito positivo reside a precisão da norma. Sendo assim, o direito natural representa diretrizes gerais das quais o direito positivo deve se basear, seja através de uma aplicação direta dos conceitos naturais, ou seja através de um complemento da norma,

3.2) Teorias Imanentes

a) Guilherme de Ockham

Ockham não foi o criador do nominalismo, da “via moderna”, no século XIV, haviam outros filósofos, em séculos anteriores, como Pedro Auriolo e Abelardo. É necessário, antes de entrarmos na filosofia do direito propriamente dita, ressaltarmos alguns pontos particulares do nominalismo de Ockham.

Diferentemente do realismo tomista, o nominalismo não aceitava que as “causas secundárias” eram “ser”, isto é, Ockham transportou os universais – que para o realismo tinha existência objetiva, e portanto, eram “ser” – para o campo linguístico. Isto é, para o nominalismo só tem existência real aquilo que é individual, assim, como leciona Michel Villey: “Os gêneros, as “formas comuns” e as relações. Estes agora são apenas conceitos, instrumentos, etapas

no caminho do conhecimento de uma realidade exaustivamente singular, apenas um começo no conhecimento nebuloso dos indivíduos.”[10]

Em síntese, para o nominalismo, "homem" não pode ser objeto de conhecimento, pois não constitui um "ser", não tem existência na realidade objetiva - é apenas um conceito, uma ficção linguística. Portanto, nós só podemos conhecer João e Francisco, mas não a sua "forma" universal.

A filosofia do direito, para Ockham, não pode ser explicada sem antes colocar o que ele compreendia pelas leis divinas: os mandamentos de Deus, para Ockham, não existiam porque eram conforme a natureza, mas apenas porque eram produto do arbítrio divino. Assim, Deus colocou "não matarás" simplesmente porque isto era de sua vontade, mas poderia ter escolhido o inverso, caso desejasse. Não seria um erro transportar essa idéia para as leis jurídicas. Portanto, num primeiro momento, cabe-nos ressaltar que Ockham se desprende da concepção antiga de observação no justo natural. Jus, para Ockham, era sinônimo de lei positiva. Dessa forma, o único direito existente era aquele que provinha das "leis e expressões de vontade individuais"[11]

Num segundo momento, é necessário considerar seu direito subjetivo. Ora, ele elimina com a noção de "partilha" objetiva que existia das coisas para com os indivíduos da Pólis. O objeto do direito não era mais as coisas, objetivamente concebidas, mas sim os indivíduos. A sua concepção é a que deu ponto de entrada para a atual: a coisa pertence ao sujeito: o sujeito tem vontades e pode exercer o seu poder perante a coisa. Como leciona Michel Villey: "Somente o indivíduo é dotado de existência real, é o único centro e interesse, o único objeto autêntico de nossos conhecimentos. De modo tal que não pode mais haver ordem jurídica que não proceda da vontade individual. No mesmo sentido, toda atividade deve tender para o indivíduo.”[12]

b) Hugo Grócio

Dizem, os juristas modernos, ser Grócio o fundador do direito natural, mas a princípio, é necessário dizer: ele rejeitou toda a teoria do direito natural clássico

(de Aristóteles e Tomás de Aquino) no tocante à coisa justa ser objetiva, e transcendente ao homem. Foi ele inspirado pela escolástica espanhola, e pelo moralismo neo-estóico. A filosofia de Grócio tem como núcleo o desprendimento da concepção de Aquino, no que se refere à essência das coisas serem objetivas e derivadas do primeiro motor (Deus). Para ele, não existe a participação de Deus na realidade das coisas, sendo essas subsistentes por si mesmas.

Ora, partindo dessa premissa, Grócio constrói a filosofia do direito, sendo que este já não é mais encontrado pela observação da natureza, mas sim existente como ser imanente ao homem: é o homem quem dita o justo, e a razão é o imperativo, independentemente da vontade divina. Sendo assim, na linguagem do filósofo Javier Hervada: “A novidade em Grócio é a ausência da teoria da participação, substituída por uma imanente estrutura ontológica de Deus. Isto é, o ser não encontraria em Deus um exemplar de sua estrutura ontológica, mas o acharia em si mesmo.”[13]

c) Thomas Hobbes

Para entender a filosofia do direito de Hobbes, é necessário recapitular sobre a teoria do estado de natureza e o pacto social presente na filosofia política do autor. Ora, pra ele, o homem inicialmente se encontra em um estado de natureza, e a própria lei natural obrigou o homem a criar um pacto com os outros para formarem a sociedade civil.

Nesse ponto, Hobbes já contraria Aristóteles, pois este último dizia que a sociedade política era uma tendência natural do homem. Portanto, para Hobbes, a sociedade política não passava de um contrato, um pacto, entre os homens – em que abriam mão de uma parcela de sua liberdade para que pudessem viver harmoniosamente.

A filosofia do direito de Hobbes, portanto, se pauta principalmente no pacto entre os homens. Desse pacto, nasce a sociedade civil, e portanto, um poder central que tem por finalidade garantir aqueles direitos que – no estado de

natureza – eles não poderiam: tal como a segurança. Assim sendo, a única fonte das leis, para Hobbes, eram as leis expressadas pelo Estado, como salienta Michel Villey: “A lei da natureza é seu fundamento. Tudo parte dessa lei de razão, que obriga o homem a se preservar; e dessa outra lei, que o obriga, para a sua própria preservação, a abandonar suas liberdades; e, mais precisamente ainda, da que o obriga a observar os pactos uma vez estes consentidos: o pacto será fonte de toda justiça, no sentido próprio e novo da palavra; ele será o instrumento de transição, de mediação indispensável entre a natureza e o direito.”[14]

Portanto, Hobbes rompe de vez com a concepção do direito natural clássico, e do direito oriundo de um primeiro motor. Basta apenas que os homens consintam com o contrato para que surja todas as leis escritas, fruto do Estado, com a finalidade de garantir determinados direitos. O que é justo, portanto, é aquilo que o Estado dita, e não mais o que é encontrado na natureza das coisas.

4) Notas

[1] SANTOS, Mário Ferreira dos. Filosofia da Crise. 5^o edição. São Paulo: Logos, 1964. p. 12.

[2] PICARD, Edmond. O Direito Puro. 1^o edição. Campinas: Editora Romana, 2004. p. 70

[3] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20^o edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 178

[4] PICARD, Edmond. O Direito Puro. 1^o edição. Campinas: Editora Romana, 2004. p. 81

[5] PICARD, Edmond. O Direito Puro. 1^o edição. Campinas: Editora Romana, 2004. p. 86

[6] PLATÃO. Mênon. 1º edição. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 23

[7] ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. Fundamentos Aristotélicos do Direito Natural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 21

[8] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 57

[9] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 141

[10] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 231

[11] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236

[12] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 280

[13] HERVADA, Javier. Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 399

[14] VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 1º edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 739

5) Referências Bibliográficas

VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Hervada, Javir. Lições propedêuticas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Mario Ferreira dos. Filosofia da Crise. São Paulo: Logos, 1964

_____. Teoria do Conhecimento. São Paulo: Logos, 1960

PICARD, Edmond. O direito puro. Campinas: Editora Romana, 2004

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. Fundamentos aristotélicos do direito natural. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2008

* Estudante de direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba

Disponível em:

<http://jusvi.com/artigos/39684>

Acesso em: 10 mai.2009.