

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA - UNESP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
DOUTORAMENTO EM DIREITO**

**FUNDAMENTAÇÃO NATURAL E MORAL
DAS OBRIGAÇÕES**

José Carlos Garcia de Freitas

**FRANCA-SP
2000**

JOSÉ CARLOS GARCIA DE FREITAS

**FUNDAMENTAÇÃO NATURAL E MORAL
DAS OBRIGAÇÕES**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca, para a obtenção do título de Doutor em Direito (Área de Concentração: Direito das Obrigações).

Orientador: *Professor Doutor*
CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE.

**FRANCA-SP
2000**

DADOS CURRICULARES

JOSÉ CARLOS GARCIA DE FREITAS

Nascimento: 04/09/1949 – Batatais-SP

Filiação: Ubirajara Alves de Freitas
Iraydes Garcia de Freitas

Graduações:

Ciências Jurídicas e Sociais (1970/1974) – Faculdade de Direito de Franca (Municipal) – SP;

Filosofia (1990/1992) – Faculdades Claretianas de Batatais-SP (Habilitações: Filosofia, Psicologia da Educação, História Geral e História do Brasil/Sociologia);

Teologia (1993/1995) – Centro de Estudos da Arquidiocese de Ribeirão Preto (CEARP) - Ribeirão Preto-SP;

Letras (1996/1998) – Faculdades Claretianas de Batatais-SP (Habilitações: Língua e Literatura Portuguesas e Língua e Literatura Inglesas).

Pós-graduação:

Mestre em Direito (Área de Concentração: Direito das Obrigações) pela Universidade Estadual Paulista – UNESP.

Atividade Profissional:

Advogado com inscrição na OAB (SP) sob o n.º 43.195.

Procurador Municipal (Município de Batatais-SP).

Atividade Docente:

Professor Voluntário de Filosofia Geral e Jurídica e de Direito Romano na Faculdade de História, Direito e Serviço Social – Universidade Estadual Paulista - UNESP - Campus de Franca-SP;

Professor de Filosofia Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Franca (Municipal) – SP;

Professor de Ética, Ontologia, Filosofia no Brasil e Filosofia Política do Curso de Filosofia das Faculdades Claretianas de Batatais-SP;

Professor de História da Igreja do Curso de Teologia das Faculdades Claretianas de Batatais-SP;

Professor de Direito Educacional (Curso de Pós-graduação) da Faculdade Unificada São Luís – Jaboticabal-SP.

*À memória de Ubirajara Alves de Freitas
(meu pai). Temos, ainda, um novo encontro
na Eternidade, porque, nunca mais, é tempo
demais.*

À minha mãe, Iraydes Garcia de Freitas.

*Às minhas irmãs Maria Aparecida, Maria Rita
e Terezinha de Fátima.*

Dedicatória Especial.

*À minha esposa, Marta Mariúcia, e às minhas
filhas, Raíssa Helena e Rebeca Eugênia.*

Agradecimentos acadêmicos.

A todos os Professores da UNESP - Campus de Franca-SP, pelo constante incentivo e pelo valioso apoio.

Agradecimento especial.

Professor Doutor Christiano José de Andrade.

Uma paternidade espiritual acadêmica de extraordinária importância. Sabedoria, prudência e humildade são as suas maiores virtudes. É muito gratificante tê-lo em minha trajetória acadêmica. O meu reconhecimento pelas sábias lições.

SUMÁRIO

Introdução.....	1
1 A Origem do Direito.....	5
1.1 Histórico.....	5
1.2 Voluntarismo.....	14
1.3 Naturalismo.....	22
1.4 Ecletismo.....	37
2 Ontologia e Axiologia.....	44
2.1 Teoria dos objetos.....	44
2.2 Objetos físicos e psíquicos.....	47
2.3 Objetos ideais.....	53
2.4 Os valores e o mundo do “dever ser”.....	55
2.5 Os valores e o Direito.....	60
3 Direito, Ética e Moral.....	65
3.1 Direito e Moral na Grécia e em Roma.....	65
3.2 Direito e Moral na Idade Média.....	76
3.3 Direito e Moral na Época Moderna.....	83
4 O Direito Positivo.....	93
4.1 Os fundamentos históricos do Direito Positivo.....	93
4.2 Direito Positivo e Política Social.....	96

4.3 Direito Positivo e Estado Democrático de Direito.....	100
5 Conceito de Obrigação.....	103
5.1 Histórico.....	103
5.2.Distinção: natural, moral e civil.....	108
6 Fundamentação Natural das Obrigações.....	116
6.1 Histórico.....	116
6.2 O mundo da natureza.....	121
6.3 Fato Social.....	122
7 Fundamentação Moral das Obrigações.....	125
7.1 Moral e Ética.....	125
7.2 O conceito axiológico.....	131
7.3 Direito Natural Transcendental Axialógico.....	134
8 Obrigações e Teoria dos Valores.....	139
8.1 A ação humana e os seus valores.....	139
8.2 Os valores e as Obrigações.....	144
9 Obrigações e Filosofia do Direito.....	150
9.1 O culturalismo jurídico.....	150
9.2 Interpretação da norma jurídica.....	154
10 Obrigações e Equidade.....	161
10.1 O conceito jurídico.....	161
10.2 Equidade no Direito moderno.....	165

10.3 Eqüidade, teoria da imprevisão e cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	169
11 Eqüidade e Jurisprudência.....	173
11.1 A fundamentação moderna no Direito.....	173
11.2 Obrigações e jurisprudência.....	177
11.3 Jurisprudência e Ética.....	180
12 Direito e Justiça.....	184
12.1 Fundamentação moderna.....	184
12.2 A problemática dos valores na relação obrigacional.....	188
12.3 Valor, princípio e sistema.....	191
Observações Finais.....	195
Bibliografia.....	199

RESUMO

FUNDAMENTAÇÃO NATURAL E MORAL DAS OBRIGAÇÕES

A característica fundamental do ser humano é a inteligência. Isto o torna profundamente consciente dos seus respectivos valores. Neste sentido, o homem produz cultura constantemente.

Particularmente, no mundo do Direito, o ser humano tem duas vertentes distintas: o Direito Natural e o Direito Positivo. O primeiro é uma herança arquetípica, o segundo corresponde a uma conquista empreendida em seu “habitat” natural. E apesar da evidente distinção, há uma relação cultural presente entre o Direito Natural e o Direito Positivo.

Estruturalmente, o Direito Positivo tem a sua verdadeira origem na Ética. É o resultado de um processo lento. Todavia, sempre dinâmico. Para todos os efeitos doutrinários, temos que a Ética é a essência da Moral.

A presente tese de Doutorado corresponde à Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

A verdadeira essência do Direito Natural é a Ética que está presente na dignidade original do ser humano. Conseqüentemente, temos a efetiva influência da Ética nos mais recônditos fundamentos do Direito Positivo.

Este trabalho acadêmico, portanto, demonstra a influência marcante da Ética na Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

A temática Obrigações é a mais extensa do nosso Código Civil. Há juristas que defendem a idéia de um Código das Obrigações, considerando a complexidade que envolve a sua discussão problematizada no mundo do Direito.

No princípio era a Ética e a Ética se fez no Direito. E o Direito se perpetua na Justiça, que sempre será a Ética.

RÉSUMÉ

FONDEMENT NATUREL ET MORAL DES OBLIGATIONS

L'intelligence c'est la caractéristique fondamentale de l'être humain. Cela lui fait devenir fort conscient de ses valeurs. Dans ce sens, l'homme fait toujours produire de la culture.

En particulier, au monde du Droit l'homme est répandu dans deux sommets distincts: Le Droit Naturel et le Droit Positif dont le premier est un héritage archétypique et le deuxième s'agit d'une conquête entreprise dans son "habitat" naturel. Malgré la distinction évidente il y a une relation culturelle entre le Droit Naturel et le Droit Positif.

Concernant la structure, le Droit Positif a vraiment tiré son origine dans la Science de la Moral. C'est le résultat d'un lent procès, cependant tout à fait dynamique. Enfin, par tous les effets doctrinaux la Science de la Moral est l'essence de la moralité.

Cette soutenance de Thèse au Doctorat s'agit du Fondement Naturel et Moral des Obligations.

La Science de la Moral est la vraie essence du Droit Naturel. Elle est toujours présente dans la dignité originelle de l'être humain. En conséquence, cette Science influe sur les fondements du Droit Positif les plus secrets.

Ce travail académicien démontre donc la forte influence de la Science de la Moral sur le Fondement Naturel et Moral des Obligations.

"Des Obligations" c'est le sujet le plus étendu de notre Code Civil.

En considérant la complexité qui engage la discussion polémique dans les domaines du Droit, il y a des juristes qui défendent même l'idée d'un Code des Obligations.

Au début c'était la Science de la Moral . La Science de la Moral a été fondée dans le Droit. Le Droit est perpétué dans la Justice qui sera toujours la Science de la Moral.

RIASSUNTO

FONDAMENTO NATURALE E MORALE DELLE OBBLIGAZIONI

La caratteristica fondamentale dell'essere umano è l'intelligenza. Questo lo torna profondamente cosciente dei suoi rispettivi valori. In questo senso, l'uomo produce cultura costantemente.

Particolarmente, nel mondo del Diritto, l'essere umano ha due vertenti distinte: il Diritto Naturale e il Diritto Positivo. Il primo è una eredità archetipica, il secondo corrisponde a una conquista intrapresa nel suo "habitat" naturale. E, malgrado la evidente distinzione, esiste una relazione culturale presente tra il Diritto Naturale e il Diritto Positivo.

Strutturalmente, il Diritto Positivo ha la sua vera origine nell'Etica. È il risultato di un processo lento. Tuttavia, sempre dinamico. Per tutti gli effetti dottrinari, l'Etica è l'essenza della Morale.

La presente tesi di Laurea corrisponde al Fondamento Naturale e Morale delle Obbligazioni.

La vera essenza del Diritto Naturale è l'Etica che è presente nella dignità originale dell'essere umano. Conseguentemente, abbiamo la effettiva influenza dell'Etica nei più reconditi fondamenti del Diritto Positivo.

Questo studio accademico, pertanto, dimostra l'influenza marcante della Etica nel Fondamento Naturale e Morale delle Obbligazioni.

Il tema Obbligazioni è il più esteso del nostro Codice Civile. Ci sono giuristi che difendono l'idea di un Codice delle Obbligazioni, considerando la complessità che involve la sua discussione problematizzata nel mondo del Diritto.

Al principio era l'Etica e l'Etica si fece nel Diritto. E il Diritto si perpetua nella Giustizia, che sempre sarà l'Etica.

APRESENTAÇÃO

O ser humano é efetivamente pluridimensional em sua realidade ontológica. Neste mundo, a sua meta primordial é a constante procura pela Verdade, mesmo sabendo que a própria Verdade não admite a Verdade.

O homem, em termos de conhecimento, está adstrito a dois mundos essencialmente distintos: o mundo da realidade e o mundo que ele constrói a partir dos seus próprios valores.

O que é o ser humano? Qual é a sua origem? Qual seria a sua destinação espiritual? São questionamentos constantes que fazem parte integrante da realidade intelectual do homem. O ser humano tem uma herança cuja origem é desconhecida mas que está sempre atuante em sua essência espiritual: os arquétipos. Isto faz o homem ter uma intuição dinâmica a respeito da sua destinação histórica.

Antropologicamente, o homem é capaz de produzir cultura e produz em todas as dimensões do saber porque possui inteligência. A inteligência é a sua característica fundamental no mundo dos valores.

O bem faz parte da natureza essencial do ser humano e é por isso que ele tem uma dimensão profundamente ética.

O homem existe em relação a si mesmo e coexiste intimamente em relação ao seu semelhante. Este princípio conhecido como alteridade se constitui na causa essencial da existência do vínculo.

No mundo da essência da natureza do homem nós temos o vínculo ético-moral e no mundo do Direito nós temos efetivamente o “vinculum juris”. Dois mundos distintos e dois vínculos também distintos. Todavia, profundamente relacionados com a existência do ser humano.

A presente tese de Doutorado corresponde à Fundamentação Natural e Moral das Obrigações. Temos que a Ética nos obriga pela consciência, enquanto que o Direito nos obriga em decorrência do “vinculum juris”.

No princípio era a Ética e a Ética se fez no Direito. E o Direito se perpetua na Justiça, que sempre será a Ética.

Ser ético significa promover a Justiça em sua plenitude ontológica.

Esta tese de Doutorado incursiona no mundo da Filosofia do Direito, onde não há Verdade, mas constantes reflexões.

E estas reflexões procuram pela demonstração de que a Fundamentação Natural e Moral das Obrigações tem o seu princípio na Ética, que é a primeira manifestação cultural do Direito.

INTRODUÇÃO

A característica fundamental do ser humano é a inteligência. Isto o torna profundamente consciente dos seus respectivos valores. Neste sentido, o homem produz cultura constantemente.

Particularmente, no mundo do Direito, o ser humano tem duas vertentes distintas: o Direito Natural e o Direito Positivo. O primeiro é uma herança arquetípica, o segundo corresponde a uma conquista empreendida em seu “habitat” natural. E apesar da evidente distinção, há uma relação cultural presente entre o Direito Natural e o Direito Positivo.

Estruturalmente, o Direito Positivo tem a sua verdadeira origem na Ética. É o resultado de um processo lento. Todavia, sempre dinâmico. Para todos os efeitos doutrinários, temos que a Ética é a essência da Moral.

A presente tese de Doutorado corresponde à Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

A verdadeira essência do Direito Natural é a Ética que está presente na dignidade original do ser humano. Conseqüentemente, temos a efetiva influência da Ética nos mais recônditos fundamentos do Direito Positivo.

Este trabalho acadêmico, portanto, demonstra a influência marcante da Ética na Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

A temática Obrigações é a mais extensa do nosso Código Civil. Há juristas que defendem a idéia de um Código das Obrigações, considerando a complexidade que envolve a sua discussão problematizada no mundo do Direito.

O Direito é um fenômeno pluridimensional, complexo, e, portanto, complexa é a sua metodologia.

Como consequência efetiva, temos um sincretismo metodológico, tendo em vista a aplicação de métodos indutivos, dedutivos, dialéticos, comparativos, intuitivos, etc.

Os pressupostos teóricos deste trabalho é a Teoria Geral das Obrigações e a Filosofia do Direito, no que concerne, pois, à Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

O material utilizado para a elaboração da presente tese de Doutorado foi: legislação, doutrina – nacional e estrangeira – e jurisprudência.

É imperativo destacar a predominância, neste trabalho, do método histórico-comparativo, porque, em termos de uma verdadeira visão geral e linhas teóricas, há a preocupação histórica inerente à evolução do pensamento filosófico até os nossos dias, procurando pontuar a atuação de alguns autores, demonstrando a importância e a contribuição do Direito Natural, certamente, em relação ao Direito Positivo.

Nesta vertente, temos os pressupostos e as características do Direito Natural e a sua efetiva contribuição na formação do Direito Moderno.

Assim, pois, sendo o Direito Moderno o resultado de um processo ético legalizado, temos, portanto, que não é somente Ética, mas Ética legalizada, para os efeitos doutrinários

A modernidade tem experimentado um processo de retorno ao estudo do Direito Natural e a consciência nítida de sua influência na estrutura social. Neste sentido, temos o pensamento do jusfilósofo Luis Recaséns Siches, ao elaborar o Prólogo da obra *“El fundamento filosofico del Derecho Natural”* de Rigoberto Lopez Valdivia, quando diz: *“(...) porque en nuestros días estamos viviendo un segundo*

*renacimiento, muy vigoroso y de larguísimo alcance, de las concepciones iusnaturalistas”.**

O processo Ética + Direito tem por finalidade a Justiça, em uma visão dialética. Porque, neste sentido, não é apenas Ética e não é apenas Direito, mas é Ética Legalizada. Conseqüentemente, a Ética como tese, o Direito como antítese e a Ética Legalizada como síntese.

Esta tese de Doutorado é um trabalho filosófico, baseado em reflexões diversificadas, com o intuito de elaborar, efetivamente, mais uma contribuição para a Filosofia do Direito. Sendo o Direito uma obra aberta, comportando várias interpretações, mais ainda é a Filosofia do Direito que constantemente depende de reflexões cada vez mais aprofundadas, visando, portanto, alcançar outras dimensões, ainda ignotas, do Direito.

A proposta consagrada do Positivismo Jurídico relacionada à simples interpretação das normas não satisfaz. Portanto, há necessidade de incursões cada vez mais aprofundadas no mundo da Filosofia para que haja uma explicação clara de cada conceito jurídico-legal.

Neste sentido, houve o socorro constante de pensadores cristãos e não-cristãos. Para o entendimento do Direito Moderno, neste trabalho acadêmico, houve o recurso de uma verdadeira leitura transversal.

Enfim, houve uma opção por um sincretismo metodológico com a intenção de se chegar a uma conclusão mais satisfatória e sem nenhum reducionismo a respeito do tema escolhido: Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

* SICHES, Luis Recaséns. Prólogo da obra “El fundamento filosofico del Derecho Natural”. Rigoberto Lopez Valdivia. Cuarta Edición. México: Editorial Tradicion S.A., 1973. p. V.

CAPÍTULO 1

A ORIGEM DO DIREITO

Sumário: 1.1 Histórico - 1.2 Voluntarismo - 1.3 Naturalismo - 1.4 Ecletismo.

1.1 Histórico

O pensamento jurídico não é exato; é problemático. O discurso jurídico, como o discurso estético, é obra aberta que admite várias interpretações¹. O universo da cultura humana – o homem é o único animal que é capaz de produzir cultura – se desenvolve intensamente. A destinação histórica do ser humano é pensar e procurar descobrir a própria essência de sua natureza cósmica. Assim, pois, o Direito se nos apresenta como sendo uma extraordinária conquista cultural do gênero humano.

Durante a trajetória da civilização, dois fatores do mundo dos valores e do conhecimento sempre marcaram de forma rigorosa e vigorosa a sua presença indiscutível: a Filosofia e o Direito.

A civilização grega ensinou o homem a pensar, a procurar pela verdade, porque tinha plena consciência de que o conhecimento na sua expressão pluridimensional permite a libertação em relação aos seus próprios preconceitos. A sabedoria é dinâmica e abrangente, não pode ser estática e reducionista. A verdade sempre foi o objetivo do homem que procura pela efetiva essência do conhecimento. O mundo grego é o exemplo histórico da odisséia do ser humano que procura a verdade constantemente.

¹ VIEHWEG, Theodor. Topica e Giurisprudenza. Milano: Giuffrè-Editore, 1962. p. 31-46.
SICHES, Luis R. Introducción al estudio del Derecho. México: Editorial Porrúa S.A., 1974.
p. 260-262.

Evidentemente, seria extremamente temerário procurar descrever de uma forma relativa, com muita parcimônia, a posição da Grécia na história da educação humana². O problema da verdade realmente perturba o espírito humano. Vale destacar que é o problema sem solução do “*homo viator*”, segundo Gabriel Marcel, grande existencialista cristão. É sem dúvida, também, o problema sem solução de Sartre, com o seu existencialismo ateu, que definiu como única verdade o fato de o homem ter nascido apenas para a morte. Eis, pois, a angústia de Sartre, diante do mundo e do homem.

O problema da verdade angustia o homem!

Por mais que o homem procure defini-la, ele nunca saberá o que é a verdade!

“*Quid est veritas?*”.

Foi a pergunta de Pôncio Pilatos!

“*Est Vir qui adest!*”.

Poderia ter sido a resposta de Jesus Cristo para Pilatos!

Porém, prevaleceu o silêncio de Jesus Cristo, diante de Pôncio Pilatos.

Foi o misterioso desígnio de Deus que levou Cristo a permanecer em silêncio ou induzir Pilatos a adentrar no templo romano da justiça para que o diálogo não tivesse o prosseguimento indispensável para elucidar o problema referente à definição da verdade. Uma resposta que o homem, constantemente, continuará aguardando com ansiedade.

Portanto, um problema ainda sem nenhuma solução efetiva e satisfatória.

Os grandes filósofos sempre enfrentaram a problemática inerente à verdade.

² JAEGER, Werner. Paidéia – A formação do Homem Grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 7.

Por causa da verdade, Sócrates foi obrigado a ingerir a cicuta; Platão foi vendido como serviçal, sendo posteriormente resgatado por um discípulo; Aristóteles, acusado, foi obrigado a fugir, para morrer longe da sua pátria intelectual.

E tudo isto aconteceu naquela Atenas, onde a preocupação eloqüente era conhecer a verdade. Naquela Atenas, onde havia uma hostilidade até doentia contra o homem que estivesse interessado em desvendar para o outro homem a problemática alusiva à verdade.

A Idade Antiga, a Idade Média e a Idade Moderna conheceram o problema da verdade e foram totalmente impotentes para defini-la. Inclusive, a dificuldade ainda persiste na Idade Contemporânea.

Nem mesmo Santo Agostinho, “Doutor da Graça” e Mestre do Direito Natural, conseguiu desvendar o enigma da verdade para os homens.

Nem mesmo Santo Tomás de Aquino, o “Pai da Escolástica”, denominado “Doutor Angélico” e partidário do jusnaturalismo, também, soube desvendar para o mundo do conhecimento a definição da verdade.

O enigma da pirâmide é o enigma da verdade!

A civilização romana ensinou para o homem o conceito do Direito.

Até, então, prevalecia a noção do sagrado, como fundamento efetivo para a solução dos conflitos humanos. Não é excessivo destacar, para uma maior elucidação desta expressão do pensamento, que a Moral pode ser considerada, certamente, como sendo a primeira manifestação da intenção consciente da elaboração do Direito. A Moral sob uma visão crítica faz o ser humano conceber a Ética para que venha a ser fundamento ontológico do Direito. A constante problematização do Direito faz o homem procurar pela Filosofia. Direito e Filosofia se unem na consciência humana para que o objetivo específico seja a Justiça.

O Código de Hamurabi e o Código de Manu representam, para todos os efeitos, um avanço na sistemática da cultura humana. Dois momentos históricos de suma importância para uma visão cultural que já vislumbrava a perspectiva inicial do Direito. É bem verdade que preceitos morais e religiosos se fazem presentes nestes dois monumentos da cultura humana. Todavia, o ser humano já demonstra uma nítida preocupação com a elaboração de um ordenamento jurídico. Certamente, podemos concluir que se trata de uma questão no mundo cultural que é inerente à realidade arquetípica. O Direito, como produto da cultura humana, nasce em Roma.

A fonte primordial do Direito brasileiro, verdadeiramente, é o Direito de Roma. Este tem o seu nascedouro na antiga “Lei das XII Tábuas”.

Historiadores do Direito ensinam que o conhecimento humano possui três principais famílias jurídicas: a família “romano-germânica”, a família denominada “*common law*” e a família dos “direitos socialistas”.³

O Brasil alinha-se com a tradição “romano-germânica” (tendo como fonte mediata o Direito Romano e como fonte imediata as Ordenações do Reino).

Abelardo Lobo⁴, célebre romanista, dizia e com segura propriedade que dos 1.807 artigos do Código Civil Brasileiro, 1.445 artigos “*são produtos de cultura romana*”.

O gênio romano sempre esteve preocupado com a organização do Direito. Indispensável lembrar que os romanos distinguiram o Direito da Moral. Não havia nenhuma confusão. Aliás, faziam esta distinção com muita segurança. A própria “Lei das XII Tábuas” bem demonstra a preocupação do romano em ter um

³ DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo. Lisboa: Meridiano, 1972. p. 30.

⁴ LOBO, Abelardo. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Tipografia de Alvaro Pinto, 1931. p. LI.

conjunto de leis perfeitamente distinto das normas morais, e, até dos princípios religiosos.

Com isto, Roma começou a organizar o Direito!

Pode-se concluir que a partir do momento em que o Direito passou a ser organizado pelos romanos, houve um marco assaz significativo na história da humanidade. A problemática do binômio certeza-segurança, tão afeita ao Direito, desde então vem experimentando um processo consciente de desenvolvimento para o constante aperfeiçoamento das nossas instituições. O Direito, portanto, é um produto da cultura humana, que está sendo submetido a um processo dinâmico e efetivo de plena consciência, em relação às transformações que ocorrem no meio social, com a mais estrita observância inerente aos valores humanos mais positivos.

O mundo da cultura está em constante processo de motivado aperfeiçoamento. O homem, na proporção de sua evolução espiritual, promove transformações do mais profundo alcance social.

O Direito é uma realidade arquetípica na mais recôndita condição do ser humano. Ele está latente, na plenitude pluridimensional do homem, porque sendo um produto originário e original do mundo das idéias, na proporção efetiva em que a humanidade vai descerrando o véu de Ísis referentemente ao seu inconsciente coletivo, o Direito vai se transformando em uma realidade consciente. Quanto mais se torna claro na consciência de um grupo social, mais ocorre o aperfeiçoamento em sua manifestação para o próprio homem. Desta maneira, muito antes de ser escrito na pedra ou no papiro, para o conhecimento do grupo social, o Direito já estava pois estigmatizado na consciência cósmica do ser humano. É o Direito Natural existindo muito antes do Direito Positivo.

Assim, então, o Direito é uma criação humana para garantir, verdadeiramente, a estabilidade social.

Celso definia o Direito como sendo de certa maneira, para efeitos pedagógicos, “*ars boni et aequi*”⁵. Evidentemente, uma identificação entre a Moral e o Direito.

Ulpiano ensinava que o Direito estava supedaneado em preceitos – “*honeste vivere*”, “*alterum non laedere*”, e, “*suum cuique tribuere*” – também envolvendo o fator da moralidade e o fator da legalidade.⁶

Por sua vez, o jurisconsulto Paulo nos deixou a célebre máxima: “*non omne quod licet honestum est*”.⁷

Tais conclusões bem demonstram, na sua essência, que o povo romano não tinha a Moral e o Direito como expressões sinônimas. Eram conceitos nítidos em sua respectiva e inconfundível concepção. Ainda mais: o “*fas*” estava profundamente relacionado com o espírito da religiosidade, e, o “*jus*”, conseqüentemente, pertencia ao saber do ser humano.

A histórica “*Lex Duodecim Tabularum*” pode ser considerada, efetivamente, como sendo o pródromo do Direito Positivo. Praticamente, é o nascimento do Direito. É o momento, indubitavelmente, em que as primeiras reflexões passam a fazer do Direito esta monumental obra aberta. Com isto, a fase histórica do “*jus non scriptum*” vai cedendo espaço efetivo para a concretização da idéia de justiça social. O “*Corpus Juris Civilis*” foi a consumação máxima do esforço do romano em promover a organização do Direito.

Em função disto, Hermogeniano disse, com propriedade concisa, que “*a ordem jurídica é estabelecida no interesse dos homens*”.⁸

⁵ DIGESTO. I, 1,1, pr. e § 1.

⁶ DIGESTO. I, 1,1. Institutas, I, 1, 3.

⁷ DIGESTO. 50, 17, 144, 1.

As transformações sociais têm garantido, através dos séculos, o processo sempre dinâmico que é inerente à formação do Direito. Obviamente, se o Direito fosse uma realidade estática, não haveria a doutrina e não haveria, ainda, a jurisprudência. Tudo se resumiria ao enunciado legal.

Praticamente, a hermenêutica não teria como fundamento a arte de problematizar o Direito.

O gênio romano pôde, assim, proporcionar para a nossa civilização o resultado de um extraordinário trabalho de pesquisa e de organização, com a preocupação fundamental do aperfeiçoamento das instituições. O intuito maior do romano era no sentido de que a civilização fosse motivada e protegida por um sistema de enunciados com a destinação de estabilidade social e econômica. Como produto fundamental de um processo cultural, o Direito tem a finalidade de proporcionar o binômio certeza-segurança para o ser humano, independentemente de sua própria localização histórica. Possível é a conclusão de que os romanos não possuíam a dimensão efetiva da influência que a sua conquista cultural exerceria sobre a vida dos povos. É oportuna a lembrança de Gilissen⁹, a respeito do processo histórico de organização do Direito, e que teve os seus pródromos em Roma: *“O direito de cada país não foi criado de um dia para o outro; não foi instituído; antes é a consequência de uma evolução secular”*.

Ao povo romano estava destinada a missão de penetrar nos recônditos mais profundos do processo ético grego, para obter a essência indispensável para a elaboração de preceitos reguladores da conduta humana. Preceitos de profundo alcance histórico e social. Enquanto a Ética diz respeito

⁸ ibid. I, 5, 2.

⁹ GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 14.

efetivo à essência individual do ser humano, o Direito está relacionado com a identidade cultural da coletividade humana. Desde a sua origem mais remota, o Direito está sujeito constantemente à influência das transformações culturais do ser humano.

Temos que a dimensão de maior alcance nas transformações sociais está inerente ao desenvolvimento de um processo sempre dinâmico na essência do Direito. O homem possui a concepção do verdadeiro sentido da necessidade do Direito e por isso está sempre incursionando nos meandros da sua História na esperança de fortalecer cada vez mais os valores e os aperfeiçoamentos culturais que ensejam o constante desenvolvimento da civilização. Nesse ínterim, temos também a influência que a cultura hebraica, por intermédio da Mesopotâmia e da Grécia, exerceu sobre a cultura romana. Na verdade é um processo de dinâmica interação de valores culturais entre todos os povos em toda e qualquer dimensão histórica. O Direito, sendo o produto da cultura humana, reconhece claramente que não há povos superiores e povos inferiores. Há, a bem da verdade histórica, povos que possuem, tão-somente, o fator de características culturais próprias, sem nenhum propósito reducionista ou de superioridade de valores fundamentais.

O processo de desenvolvimento dinâmico da Direito está supedaneado na dimensão pluridimensional dos valores humanos. O Direito está presente na cultura humana, na proporção efetiva da necessidade social de equilíbrio entre os povos, independentemente de sua especificada identidade de valores e de conquistas intelectuais. Apesar de o Direito ser uma identidade cultural de Roma, não deixou de experimentar as influências marcantes da cultura de outros povos, inclusive, daqueles que foram conquistados pelas campanhas bélicas de escopo expansionista dos romanos. É uma conclusão extremamente pacífica na história

humana, no sentido específico de que “os romanos foram os primeiros a organizar o direito.”¹⁰

Constatação histórico-cultural de grande relevância para um povo que possuía como característica de caráter a sua constante disposição para expandir as suas extensões territoriais. Nunca, em toda a história humana, houve, efetivamente, um povo tão consciente de sua destinação cultural, porque Roma era a capital do mundo antigo, sempre ditando e impondo os seus próprios valores como único referencial da inteligência humana. A filosofia permanece como herança da Grécia, enquanto que, o Direito permanece como herança cultural de Roma, verdadeiro marco referencial de todos os povos civilizados.

1.2 Voluntarismo

No decorrer dos séculos da história do homem, sempre houve uma preocupação acentuada em justificar culturalmente a origem do Direito. O voluntarismo tem o Direito como sendo a efetiva expressão da vontade do homem. Uma vontade direcionada em função da necessidade de uma defesa espontânea em relação ao seu próprio semelhante. Se o homem fosse apenas uma identidade inteligível, ele não seria livre, porque a liberdade é uma expressão cultural que está fundamentada, com exclusividade, na vontade e não na inteligência. Filosoficamente, temos duas tendências doutrinárias diferentes. Uma determinando o primato da vontade sobre o intelecto. E a outra que tem na vontade a substância do mundo. O primeiro indicativo é gnosiológico e ético. Houve a aplicação desta estimativa no sentido de caracterizar determinadas conclusões afeitas à filosofia medieval. Neste ínterim, era afirmada a superioridade da vontade em relação ao intelecto. A segunda indicação

¹⁰ CRETELLA JR., J. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 17.

corresponde à definição de que a vontade é a substância do mundo, tendo, assim, o mundo natural como a manifestação ou revelação da própria vontade.

Evidentemente, o ser humano está propenso, constantemente, a empreender as mais profundas reflexões, com o escopo exclusivo de, investigando todos os ramos do saber, descobrir a verdade em seu sentido cada vez mais recôndito. Em nenhum momento histórico, o homem conseguiu erguer um sistema metodológico de pura expressão da verdade. E isto é porque a verdade é um enigma para o ser humano. O homem não pode conhecer a verdade em sua plenitude unidimensional, porque se isto fosse possível, a condição humana perderia pois o sentido de liberdade. A procura pela verdade é um ato exclusivo da vontade humana. Não é a inteligência que dá o impulso para o ser humano procurar pela verdade, e, sim a vontade. A inteligência apenas direciona a busca do ser humano pela verdade. Esta é a razão pela qual o homem concebeu efetivamente a necessidade de organização do Direito. A vontade, para esta corrente doutrinário-filosófica, expressa com isso o ato – a ação consciente – de criação do Direito. Não é excessivo destacar, nesse ínterim, que a vontade produz o meio indispensável para que o Direito se concretize na esfera social.

O homem idealizou e criou a sociedade. A sociedade a bem da verdade histórica idealizou e criou o Estado. O Estado, definitivamente, idealizou e criou o Direito Positivo a fim de promover a segurança do homem e das instituições. Na trajetória do Direito está a manifestação consciente da vontade do ser humano.

Desta feita, a natureza do Direito constitui com razão um dos permanentes problemas principais de qualquer filosofia jurídica, no pensamento

conciso de Ross¹¹. Certamente, não deixa de ser uma reflexão muito profunda, como se houvesse uma quase que certeza de uma solução menos problematizada a respeito da verdadeira natureza do Direito. O ser humano está sempre promovendo investigações com a finalidade de melhor esclarecer a problemática da natureza afeita ao Direito. Como um problema concreto, a natureza do Direito sempre será objeto de questionamentos variados. A vontade humana, portanto, nos tempos primevos, promoveu a criação dos sistemas e dos ordenamentos jurídicos. É bem verdade que há necessidade de constantes questionamentos, porque o Direito tem um verdadeiro sentido de problema problematizado.

Cabível, nesse ínterim, uma indagação: qual é o sentido ontológico do voluntarismo que tem no Direito uma efetiva expressão da vontade humana? Este sentido ontológico é inerente à Moral. O ser humano tem na Moral – mais especificamente na Ética – o fundamento do voluntarismo. Moral e Ética não são expressões sinônimas no mundo dos valores. Tem uma distinção embasada na sutileza. Pode-se concluir epistemologicamente que a Ética é a essência da Moral. Os romanos tinham plena consciência da distinção que há entre o Direito e a Moral, no mundo do conhecimento humano. O jusfilósofo é tentado, constantemente, a indagar: por que o voluntarismo e a condição moral do ser humano têm uma indiscutível intimidade no universo dos valores, de conformidade com esta corrente doutrinária do fundamento ontológico do Direito e da sua conseqüente expressão cultural?

Não é demasiado lembrar que a corrente voluntarista, para efeitos pedagógicos, destaca a existência de três escolas: a teológica, a autocrática e a do contrato social. Teologicamente, o Direito é uma criação específica de DEUS. Na verdade, é a vontade divina que se faz presente entre os homens por obra exclusiva

¹¹ ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos

daqueles que estão sempre anunciando as boas novas. São os mensageiros de DEUS que despertam, paulatinamente, na essência da condição humana uma nova relação de valores. É a mais primitiva expressão do fundamento ontológico do Direito na consciência humana. Nesse ínterim, podemos concluir que o Direito é uma realidade arquetípica no mundo dos valores que constituem a identidade cultural da civilização humana. Aliás, para Radbruch¹², toda a organização que encontramos na constante expressão dos incontáveis ramos do saber humano tem no Direito a origem de sua nomenclatura. Assim, pois, a Teologia consiste na palavra de DEUS, manifestada nas Escrituras Sagradas. Eis a origem fundamentada do Direito na expressão teológica. DEUS criou o Direito na essência da condição humana como um ato com bases fundamentadas no amor, e, também, porque a própria estabilidade social é indispensável para o crescimento espiritual dos homens. É bem verdade que na proporção em que o ser humano, historicamente, vai ampliando a sua concepção do Direito no mundo dos valores, há um aperfeiçoamento dinâmico nas estruturas das instituições.

Perfeitamente cabível, nesta oportunidade, a teoria inerente à *"omoiosis theô"* que a filosofia escolástica descobre no gênio do ateniense Platão¹³. Na verdade, esta teoria alusiva à *"imago Dei"* está incluída na teologia cristã, no propósito de divinização do ser humano.

Para a corrente autocrática, o Direito corresponde à exclusiva vontade do soberano. Uma vontade que se manifesta no mundo dos valores humanos, através das leis, que são propostas pelo soberano. A vontade do soberano se expressa nas proporções do desenvolvimento social e cultural do ser humano, tendo em vista a necessidade da existência dos mecanismos indispensáveis para que haja a

Aires, 1974. p. 6.

¹² RADBRUCH, Gustav. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

¹³ MONDIN, Battista. Antropologia Teológica. São Paulo: Paulinas, 1986. p. 96.

estabilidade entre os homens. Nesse ínterim, praticamente, a lei passa a ser a fonte exclusiva do Direito. A filosofia escolástica também incursionou nesta dimensão do conhecimento humano, quando destacou que o poder é uma dádiva que o homem recebe de DEUS.

Todavia, mister se torna observar, nesta mesma oportunidade, que esta doutrina caracteriza os regimes despóticos de toda a extensão da tradição histórica do homem. Vale destacar que, neste sentido, ocorre uma confusão entre a legalidade e a justiça. A escola autocrática defende a teoria de que o Direito é a expressão exclusiva da lei. É o princípio inerente a “*regis voluntas suprema lex*”. Aliás, uma conclusão que nos lembra a cultura romana, especificamente, no que diz respeito ao “*jus civile*”.

Um exemplo clássico, no sentido de que o Direito é a manifestação exclusiva da vontade de decisão do soberano, é a legislação correspondente às Ordenações do Reino, durante o apogeu jurídico-monárquico de Portugal. O soberano desfrutava da condição de onisciência e para tanto nem sempre promovia a elaboração de leis que realmente favorecessem a população. Os desmandos em nome da legalidade comprometiam sobremaneira o verdadeiro e indispensável sentido de justiça. Era o governo legal do poder absoluto do soberano. Na verdade, não havia nenhum espaço para qualquer questionamento. É o momento da lembrança efetiva da máxima consagrada pelo romano, qual seja, “*dura lex, sed lex*”. Ainda persistia a influência inflexível do “*jus civile*”, sem nenhum abrandamento promovido pelo “*jus honorarium*”, já mais flexível. Certamente, as próprias transformações sociais foram promovendo, de uma maneira assaz racional, o processo de constante flexibilização do Direito. É um momento histórico que passou a exigir profundas reflexões entre os construtores do Direito como uma expressão universal.

Este sentido autocrático do fundamento do Direito, a bem da verdade, sempre encontrou a efetiva oposição de Santo Tomás de Aquino¹⁴, na sua constante pregação contra a tirania. O aquinate projeta o seu pensamento em favor irretorquível da dignidade humana em sua maior plenitude, destacando que o Estado somente atinge o seu fim ético através do Direito. Para ele, as leis que são elaboradas pelo homem representam um nível médio em relação ao crime e a virtude. Apesar de a filosofia escolástica reconhecer que o poder do soberano é algo que vem de DEUS, no entanto, pregava a efetiva resistência à tirania, como sendo um direito inquestionável da própria condição de dignidade original do ser humano, em qualquer dimensão histórica.

Há, ainda, neste contexto, a escola inerente ao denominado contrato social. Para esta corrente doutrinária, não há nenhuma dúvida de que o Direito nasce de uma relação contratualista, concretizada entre aqueles que fazem parte integrante de um determinado grupo social. O contrato social, desta feita, se torna indispensável para que haja uma garantia de verdadeira coexistência entre os seres humanos. Teoria que defende a consistência do Direito a partir da aprovação pela vontade da maioria. Muito problemática esta conclusão, uma vez que menciona a vontade da maioria. Nem sempre a maioria tem razão consciente na expressão de sua vontade. Nesse ínterim, bastas vezes, o processo de legalidade pode comprometer os anseios de justiça do grupo social. Não é demais ressaltar que a finalidade última do Direito é consistente com o pleno e pluridimensional anseio de Justiça.

Com isso, todas as vontades do grupo social – governados e governantes – devem permanecer subordinadas à vontade generalizada da maioria em menção.

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO. Summa Theologica. 2a., 2ae., q. 42 a.2.

Tais conclusões despertam novos debates no mundo dinâmico do Direito. Em decorrência desta realidade, o Direito se nos apresenta cada vez mais problematizado no universo dos valores humanos. A necessidade de coexistência pacífica induz os seres humanos a optarem pelo contrato social. É uma forma efetiva de garantia de direitos e de obrigações no âmbito social. A teoria contratualista visa ao constante aperfeiçoamento das instituições humanas, para que o ser humano não viva sob um permanente estado belicoso. Conseqüentemente, o Direito é indispensável à vida em comum¹⁵. E como tal, deve promover a estabilidade social. Em nenhum momento histórico, o ser humano deixou de sentir a influência do Direito. Por mais rudimentar que tenha sido a característica de identidade cultural de um povo, na verdade, ele jamais deixou de ter contato com um conjunto de normas que direcionasse a sua vida social.

Em sua essência pedagógica, a teoria contratualista, quando bem fundamentada, pode orientar no mundo político os anseios democráticos. Sendo o Direito uma conquista social, temos também que a sua expressão tem um cunho ideologizador de profundo alcance doutrinário-filosófico. A teoria contratualista está sempre se projetando para uma dimensão de futuro. Os seus objetivos obedecem a uma estruturação bem definida, e, sendo algo afeito às obrigações no desenvolvimento de um processo de alteridade, mesmo que de uma forma esmaecida, nos lembra o princípio do *"pacta sunt servanda"* do mundo jurídico dos valores romanos. Platão, em uma determinada fase de sua vida acadêmica, chegou a constatar que, em determinadas situações, o Direito poderia ser um instrumento de dominação em favor do Estado, aqui representado pelas elites privilegiadas em seus objetivos.

¹⁵ NOGUEIRA, Rubem. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 15.

Melhor observando o desenvolvimento do sistema referentemente ao contratualismo, lembrando Weber, o jusfilósofo Warat¹⁶ nos induz à conclusão de o Direito moderno ser visto exclusivamente como um Direito de juristas. Na verdade, todo e qualquer ordenamento jurídico deve expressar o anseio equilibrado de um determinado grupo social. Não pode o Direito representar o resultado de aspirações privilegiadas de uma elite que procura no sistema jurídico um instrumento de dominação, sem nenhuma perspectiva de paz social e de previsão em benefício pluridimensional da comunidade humana, independentemente do momento histórico.

Mesmo em se tratando do contratualismo, há determinadas situações em que o Direito tutela algo que não é moral, conforme conclusão de Reale¹⁷. Na verdade, o Direito deveria apenas tutelar aquilo que seja ético.

O contrato social tem que ser o mais amplo possível, na esfera dos valores humanos. Neste raciocínio, há o ensinamento conciso de Bobbio¹⁸, quando conclui que a democracia, indubitavelmente, é a sociedade dos cidadãos. O resultado do contrato social deve expressar sempre e de uma forma abrangente o Estado Democrático de Direito, quando da elaboração de todo e qualquer ordenamento jurídico.

¹⁶ WARAT, Luís Alberto, PÊPE, Albano M. B. Filosofia do Direito. São Paulo: Moderna, 1996. p. 15.

¹⁷ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 43.

1.3 Naturalismo

A corrente naturalista se nos apresenta de uma maneira doutrinária muito complexa. Há uma diversidade específica de escolas doutrinárias que defendem esta teoria que considera o Direito como sendo um fenômeno natural. Todavia, é bem verdade que há divergências acentuadas na efetiva caracterização do Direito como um fenômeno natural. Os doutrinadores mais destacados da corrente naturalista defendem especificamente as teorias do Direito Natural, do Evolucionismo, do Historicismo e do Materialismo. A teoria do Direito Natural corresponde ao Direito como sendo um atributo da natureza interior do ser humano. É algo que pertence à intimidade da condição humana. Está profundamente afeito à dignidade original da civilização humana. O Direito Natural se desenvolveu anteriormente ao Direito Positivo. Aliás, o Direito Natural é o fundamento histórico do Direito Positivo.

Pode-se concluir para efeitos filosóficos, que o Direito Natural é uma realidade arquetípica na condição humana. É algo que está profundamente inerente à essência do homem. Indubitavelmente, é uma constatação na natureza da natureza do ser humano. São valores que norteiam a conduta do homem em toda a expressão da pluridimensionalidade abrangente de sua dignidade original. Em suma, é próprio da realidade ontológica da condição humana. O ser humano sempre será, concretamente, o enigma de sua própria natureza. Reflexões, por mais profundas que sejam, não serão o suficiente para o homem penetrar nos seus recônditos e descobrir ao menos sua destinação histórica e, sobretudo, cósmica. Ideologia e Direito são inseparáveis no contexto do conhecimento humano.

Ao emitir um juízo de valor, o ser humano está exercendo o propósito ideológico. Ao pensar o Direito, o ser humano já está ideologizando o seu

¹⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1.

ordenamento jurídico. Todavia, no universo do Direito Natural, este propósito é totalmente impraticável, porque o Direito Natural não é um produto da cultura humana. Cultura se produz. O Direito Natural, a bem da verdade, faz parte integrante da natureza humana e como tal é possível apenas o seu descobrimento paulatino na proporção em que o homem pluridimensionaliza a realidade da abrangência do seu conhecimento conquistado. O Direito Natural não pode ser considerado um produto da cultura humana e simplesmente porque, antropologicamente, ele não é produzido pelo homem, mas, sim, é o resultado de uma conquista que o ser humano promove na realidade ontológica do seu ser, enquanto ser. O Direito Natural está na essência mais profunda do ser humano, como uma condição inerente da sua própria natureza. O Direito Positivo, por sua vez, é um produto cultural, motivado pela inteligência humana.

Na esfera do Direito Positivo, a pretensão de um sistema jurídico que deve tratar todos os seres humanos em sociedade como titulares efetivos de determinadas proteções e liberdades fundamentais é fundamental para a sua validade e aceitabilidade, segundo Hart¹⁹. Na constatação do Direito Natural, intuitivamente, o ser humano promove um crédito de natural aceitabilidade, sem nenhum questionamento porque não se trata de algo problematizado e sim natural.

A doutrina naturalista conta com inúmeras correntes, para a efetiva defesa de suas idéias, com destaque especial para uma divergência muito acentuada em vários direcionamentos da conclusão cultural. É bem verdade que o debate se intensifica, na proporção em que o ser humano amplia o seu horizonte cultural interior. Neste sentido, a denominada escola clássica, em voga entre os filósofos gregos e também entre os jurisconsultos romanos, posteriormente, com o consumado apoio da doutrina cristã, especificamente, a patrística e a

escolástica, concebe o Direito Natural, como a expressão essencial da própria justiça, que é aplicável no contexto histórico de todos os povos, independentemente da sua dimensão temporal. O Direito Natural seria uma consequência – de forma natural, em sua essência – de princípios considerados eternos e imutáveis, eis que, estão supedaneados na essência mais recôndita da natureza moral do ser humano. Possuem tais princípios uma identidade que não varia. São princípios idênticos em toda e qualquer dimensão histórica, onde quer que esteja a presença da condição humana.

Para o jurisconsulto Gaio, o que a razão natural estabelece entre todos os seres humanos é igualmente respeitado por toda a humanidade²⁰. Não é excessivo lembrar, para uma maior elucidação, que este mesmo jurista equiparava, para todos os efeitos doutrinários, o denominado “*jus gentium*” ao “*jus naturale*”. Para os filósofos estóicos, um elemento muito importante na concepção do Direito Natural correspondia ao princípio da igualdade. Esta conclusão foi admitida em parte na filosofia política e na jurisprudência – como uma conquista cultural – do mundo romano. Esta influência se fez sentir na definição inerente à escravidão devidamente encontrada no “*Corpus Juris Civilis*”, que foi organizado por determinação de Justiniano.

Interessante é observar que esta definição a respeito da escravidão destaca que esta contraria a própria natureza. Outro fator de suma importância é que o Direito Natural promoveu uma prática mais acentuada em relação ao humanitarismo. Houve um princípio de efetiva humanização em todas as instituições humanas. Uma nova dimensão cultural referente ao Direito passou a ocupar ulteriormente um novo espaço na sistemática dos debates elucidadores. É o

¹⁹ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 222.

²⁰ INSTITUTAS. I, I, I.

princípio que daria, futuramente, fundamento à doutrina do solidarismo, principalmente, em relação ao propósito de alteridade.

A doutrina evolucionista tem o Direito como sendo um fenômeno essencialmente desenvolvido na esfera social, como sendo uma consequência natural da evolução. Neste mesmo sentido estariam todas e quaisquer projeções inerentes à condição intelectual do ser humano. Porém, com uma sujeição efetiva ao denominado determinismo das leis encontradas na própria natureza. Assim, pois, o Direito não seria uma criação arbitrária da vontade do ser humano em sua projeção de conquistas culturais, mas, certamente, uma consequência da evolução da civilização na sua expressão mais social. Antropologicamente, não há culturas superiores e culturas inferiores. Há, sim, características próprias de cada cultura, não sendo isto nenhum indicativo de superioridade de um povo sobre um outro povo.

Outros fatores estariam exercendo a sua influência e conseqüentemente com o intuito específico de aperfeiçoar os próprios fundamentos culturais da civilização humana. Não é demasiado observar que o fenômeno social possui características muito marcantes no processo de desenvolvimento das estruturas jurídicas em seu constante dinamismo. Este fenômeno é objeto de análises e de debates os mais variados, considerando a identidade cultural de cada grupo social no mundo dos valores humanos. É um propósito de plena influência, no sentido pluridimensional da evolução social. A problematização do Direito obedece a esta transformação social.

As transformações sociais seriam a determinante neste processo de evolução do fenômeno jurídico. É muito importante considerar que o fenômeno social tem as suas características próprias, que vão ensejando o aperfeiçoamento

conseqüente dos fundamentos do Direito. Na proporção em que um grupo social vai desenvolvendo e aperfeiçoando o seu ordenamento jurídico, isto somente se torna possível em face específica da própria evolução do fenômeno social. É a determinação sociológica que está presente na evolução do fenômeno social. Lévy-Bruhl²¹ ensina que o Direito emana de uma maneira consciente do próprio grupo social.

Ainda mais: considerando todas as variações existentes em cada grupo social, em decorrência de suas peculiaridades e respectivas identidades culturais, o Direito também tem uma influência considerável do fator econômico. Com isso, outros fatores culturais de expressiva importância, como a própria dimensão histórica, influenciam nas transformações operadas no dinamismo do fenômeno social, com as implicações decorrentes no mundo dos valores da construção efetiva do Direito. Os doutrinadores sempre se preocuparam neste sentido com as eventuais conseqüências inerentes à transformação operada, constantemente, na essência cultural do grupo social. Porque, na verdade, tal transformação será constatada no universo jurídico.

Ferreira da Cunha²² destaca que o Direito, filosoficamente pensado, implica em alguns temas clássicos, por exemplo, no que consiste o próprio Direito. Desta maneira é muito interessante observar que a intenção filosófica que questiona pelo que é o Direito é pluridimensional. O fenômeno social está presente em todos os estágios da conseqüente construção do Direito, sempre em nível dinâmico e operando, também, de conformidade com as transformações sociais.

Evidentemente, o desenvolvimento do processo de civilização é de suma importância para que o ser humano promova intensamente o seu aperfeiçoamento cultural. Não é demasiado concluir que o homem tem uma história

²¹ LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 40.

extraordinariamente fundamentada nas tradições. E estas tradições sempre evoluíram de uma maneira especialmente rigorosa. Homem, Sociedade, Estado e Direito. Eis a realidade do processo de evolução social. O homem, a sociedade, o Estado e o Direito estão nos fundamentos da doutrina evolucionista. Desta feita, o Direito, como uma conseqüência da evolução social, é pois caracterizado em cada grupo social de conformidade com suas conquistas culturais. Assim, pois, como uma realidade cultural, em decorrência do desenvolvimento de um processo de pura evolução das estruturas sociais, tem no fenômeno social, efetivamente, a sua origem. A conduta humana é preponderante neste processo de evolução social. Há, neste sentido, e, de uma forma específica, a distribuição igual da justiça como um dos objetivos fundamentais da estrutura jurídica inerente à condição humana²³. Para tanto, quanto maior for a intensidade evolutiva do homem, maior será o seu aperfeiçoamento nas instituições sociais. A própria civilização humana é uma conseqüência deste processo evolucionista. Há um Direito como aspiração suprema do ser humano e há um Direito como inegável realidade social. O Direito como uma inegável realidade social é caracterizado pelo denominado fenômeno das estruturas da sociedade. Na proporção em que o homem evolui, o Direito se nos apresenta como uma realidade em estado de constante transformação social, motivada no processo de desenvolvimento cultural da civilização humana.

Há um constante desafio, neste processo de desenvolvimento cultural, porque cada grupo social possui uma somatória de características fundamentais em seu estágio evolutivo e que influenciará de uma forma diversificada na estruturação do ordenamento jurídico. O fato social deve ser analisado em toda a sua plenitude, considerando que o fenômeno da evolução exige um desenvolvimento constante em sua manifestação como agente cultural. O

²² CUNHA, Paulo Ferreira da. Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1998. p. 124.

ser humano participa deste processo com um objetivo muito determinado porque tem prioridade fundamental no desenvolvimento das instituições. Efetivamente, outros aspectos das conquistas culturais da civilização humana se fazem presentes neste contexto fenomenológico. O Direito, na sua estruturação social, não é caracterizado como sendo um ramo

do saber humano isoladamente. Possui uma forma coexistencial em relação aos demais ramos inerentes à condição cultural humana. Não é um fenômeno isolado porque não corresponde a um saber independente.

Em outra dimensão cultural, a escola histórica nega, veementemente, que haja a possibilidade da existência de um Direito sem mudanças estruturais e que seja então uma realidade comum em relação a todos os grupos sociais que compõem a humanidade civilizada e em qualquer extensão territorial. É bem verdade que, neste sentido, o Direito é caracterizado como sendo uma consequência de uma ocorrência histórica. Podemos afirmar que se trata de uma produção da história dinâmica de cada grupo social. Nesse ínterim, a História se destaca como sendo uma espécie de guardiã das tradições do ser humano. Cada grupo social possui um conjunto inquestionável de acontecimentos que formam a sua identidade cultural. Não é excessivo ressaltar que o Direito, em sua formação cultural, corresponde a uma das características deste fator denominado como sendo a expressão deste processo de identificação de cada grupo social. Cada povo possui a sua vida específica e isto tem profundos reflexos na sua história. Reflexos que identificam o resultado de suas conquistas sociais. Conseqüentemente, o Direito se nos apresenta como sendo uma manifestação da identidade cultural de cada grupo social. O Direito é, portanto, um produto espontâneo para esta doutrina que cuida de promover os seus pródromos. Para esta corrente doutrinária, melhor

²³ CHAMOON, Ebert. Instituições de Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 32.

esclarecendo, o Direito tem a sua origem, assim como o seu conseqüente desenvolvimento, de uma forma natural, sem qualquer intervenção de um processo legislativo. Este é um recurso notável e coerente com as estruturas culturais, porque diz respeito a um Direito espontâneo, nascido em decorrência da manifestação da consciência do ser humano. A bem da verdade, o homem é o agente propulsor da História, porque esta é indispensável na própria formação cultural da civilização. Sem a História, seria totalmente impossível para o homem ter conhecimento das raízes de sua própria identidade cultural. Jamais o ser humano poderá se desvincular de suas tradições históricas. Não é excessivo destacar, nesse íterim, que a História é a guardiã incontestável do resultado da operação humana em seu verdadeiro sentido pluridimensional. A escola histórica nos induz à conclusão de que a importância das tradições humanas é fundamental na elaboração e no desenvolvimento do Direito. Antes mesmo da codificação de Justiniano, temos que o próprio Direito Romano havia sido um Direito itinerante²⁴. Sim!

Era um Direito que se formava de conformidade com as transformações sociais. O homem estava necessitando de mecanismos que garantissem a estabilidade social e das próprias instituições. Usos e costumes foram moldando o ordenamento jurídico, sob o testemunho silente da própria História. Aristóteles ensinava com muito acerto que o homem não pode viver independente da História, sob o risco de não construir a sua história. Neste sentido, a alma popular tem uma presença fundamental no nascimento e no desenvolvimento do Direito. A teoria de que o Direito é espontâneo merece a atenção rigorosa do doutrinador da história jurídica. O pensamento humano possui a dimensão histórica do Direito.

²⁴ FRISCHAUER, Paul. Está Escrito. São Paulo: Melhoramentos, 1973. p. 164.

A alma popular, mesmo sendo de difícil penetração em sua essência, possui, naturalmente, a intuição do Direito e a necessidade extrema da sua importância para a estabilidade social. Isto porque o Direito é uma realidade arquetípica na condição pluridimensional do ser humano. A nossa história tem demonstrado a profundidade do desafio que o homem tem encontrado na formação de sua estrutura cultural. E com especial destaque para a formação e o desenvolvimento do Direito. Certamente que cada grupo social tem as suas características culturais. Todavia, para esta corrente doutrinária do Direito, como fator de origem, o ordenamento jurídico em sua formação e desenvolvimento está relacionado com a estrutura histórica de cada povo. Nesse ínterim, há uma constatação efetiva de que o Direito se constitui em um fato histórico. Temos que a condição humana apenas está limitada a melhorar as estruturas deste Direito que é considerado espontâneo para a corrente doutrinário-histórica.

O questionamento inerente à origem do Direito, e, sobretudo, quanto ao seu significado essencial, é uma constante no mundo cultural dos valores humanos. O homem é uma verdadeira esfinge, quando se trata de penetrar em seus recônditos, para encontrar uma explicação satisfatória no que se relaciona com a origem fundamentada do Direito. Há uma constatação histórica, no que diz respeito ao fato de que vivemos de acordo com a lei e segundo o Direito²⁵. Na verdade, é algo que procura encerrar toda e qualquer perspectiva de debate em torno de um assunto de expressiva importância. Indubitavelmente, o Direito não pode se expressar no universo cultural sem o constante debate das idéias. Neste sentido, se identifica o valor da História para esta efetiva corrente doutrinária. É uma dimensão expressiva da cultura humana, sob a tutela da própria História.

Para os doutrinadores do materialismo histórico, também identificado como marxismo, o Direito é tido como sendo um produto das relações econômicas que se desenvolvem constantemente no mundo dos valores culturais da civilização humana. Há uma movimentação dialética em torno deste relacionamento econômico que é uma característica de um determinado fenômeno social. Assim, pois, qualquer fenômeno social – o Direito, a Moral, a Ética, a Arte, a Estética, enfim, toda manifestação cultural do ser humano – tem o seu fundamento essencial na realidade econômica, que é uma consequência natural do relacionamento Trabalho-Capital. Este fator econômico pode ser considerado como sendo o suporte da vida social. Para tanto, o Direito não tem a sua origem em valores espirituais do ser humano, e, sim, nas condições materiais, que são inerentes à vida, considerando os mais diversificados meios de produção de riquezas e a sua consequente forma de distribuição entre os componentes do grupo social.

Esta escola de origem do Direito tem como fundamento inquestionável a conclusão histórica de que todo e qualquer processo econômico em constante desenvolvimento estrutura a vida em sociedade. O processo econômico é dependente do trabalho do ser humano. Trabalho que não é nada mais e nada menos do que o uso da força de trabalho²⁶. Com isso, o Direito estaria estruturado na própria Economia. E esta teria como fator de propulsão o binômio Trabalho-Capital, com todas as suas características fundamentais. Portanto, tudo seria uma consequência das relações econômicas no próprio curso da História. Nesse ínterim, a História seria a exclusiva testemunha e partícipe com a Economia na formação do ordenamento jurídico. Desta feita, o Direito depende da constante harmonia deste sistema globalizado e fundamentado na dialética dos valores humanos e da força do trabalho.

²⁵ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XI.

O conflito nas relações Trabalho-Capital demonstra a constante preocupação do ser humano. Sempre houve uma necessidade de melhor compreender a constatação, bem como, o desenvolvimento do fenômeno econômico, considerando a sua inegável influência nas relações sociais. Certamente que devemos procurar desenvolver um processo de constante humanização nas conseqüências decorrentes do fenômeno econômico. Na verdade, nada impede que o fenômeno econômico seja direcionado em favor da distribuição da justiça social. Temos ainda que considerar que as próprias estruturas sociais, tendo em vista a constatação do fenômeno econômico, precisam experimentar este indispensável processo de humanização, visando a própria felicidade pluridimensional da condição humana e o efetivo aperfeiçoamento das instituições. O fenômeno econômico é uma realidade na vida do ser humano, devendo então ser trabalhado no seu sentido mais abrangente.

A complexidade do assunto nos remete a uma realidade histórica, observada por Weber²⁷, sob o ponto de vista do seu próprio significado cultural. E isto se justifica ainda por uma conclusão recente, no sentido de que o capitalismo industrial não teve uma relação social amena, durante os seus primeiros cem anos²⁸. Indubitavelmente, uma nova e complexa dimensão de ordenamento jurídico passou a se manifestar com uma ênfase nos princípios do materialismo histórico. As relações econômicas, neste sentido, passaram a determinar o encaminhamento de uma nova fase do Direito. Vale destacar que o ser humano tem plena consciência deste propósito marxista. Com isso, os doutrinadores desta escola afeita à origem do Direito possuem uma justificativa sólida que se acentua cada vez mais no mundo da natureza cultural.

²⁶ MARX, Karl. O Capital. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 37.

²⁷ WEBER, Max. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. Lisboa: Editorial Presença, 1996. p. 35.

O próprio processo de globalização econômica tem efetivamente influenciado no conceito inerente ao materialismo histórico. As relações históricas têm promovido um novo direcionamento nesta sistemática da origem do Direito. Há uma preocupação acentuada em relação à estruturação do Estado – tendo em vista este processo de globalização econômica – no final deste século. Celso Furtado²⁹ demonstra esta concentração de poder em relação aos mercados financeiros. Não é demais ressaltar que a problemática econômica está preocupando cada vez mais os construtores do Direito.

As transformações sócio-econômicas deste final de século têm proporcionado até um novo direcionamento no marxismo, com novas teses sobre a explicação e a teoria da História. Há até uma demonstração doutrinária de reconstruir todas as estruturas do marxismo. É comum os historiadores discutirem a respeito da crise do marxismo³⁰. Com isso, há um destaque muito acentuado na constante preocupação em torno do fenômeno do materialismo histórico e a sua influência no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico. O problema ético tem permitido um constante questionamento destas estruturas sociais que não têm garantido nenhuma felicidade social para os seres humanos. Há alguma preocupação ética, em relação a este processo de globalização econômica que tem modificado até a visão ortodoxa do materialismo histórico? Nada é mais preocupante em decorrência destes novos conceitos de redimensionamento da explicação e da teoria da História.

Possivelmente, em nenhum momento histórico, o ser humano tenha experimentado um processo tão complexo de transformações sócio-econômicas e a sua conseqüente e inquestionável influência no mundo dos valores jurídicos.

²⁸ GÉNÉREUX, Jacques. O Horror Político. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 51.

²⁹ FURTADO, Celso. O Capitalismo Global. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 7.

³⁰ WRIGHT, Erik Olin, LEVINE, Andrew, SOBER, Elliott. Reconstruindo o Marxismo. Petrópolis:

É evidente que, sendo o Direito um produto da cultura humana, as transformações sócio-econômicas vão se fazendo cada vez mais presentes, em uma escala dinâmica, considerando o processo dialético do materialismo histórico, que é uma efetiva constatação na análise e na interpretação sistemática da História, nos termos da visão marxista. O ordenamento jurídico, em seu desdobramento social, demonstrará então a influência do fenômeno econômico em toda a sua plenitude dialética. Com a mesma intensidade, o Direito varia de conformidade com a forma e o conteúdo que estão em desenvolvimento pleno e pluridimensional nos processos econômicos.

Sendo o Direito, pois, para o materialismo histórico um produto das relações econômicas, é importante destacar a sua condição profundamente complexa. Uma complexidade que é cada vez mais problematizada na proporção em que o fenômeno econômico experimenta novas transformações no mundo dos valores humanos. Certamente, que não se pode concordar com referido conceito de que o Direito é exclusivamente dependente do produto econômico, eis que, então, seria uma visão reducionista.

Todavia, conforme ensinamento de Worsley³¹, Marx, provavelmente, influenciou a história deste século mais do que qualquer outro pensador. Esta é uma constatação histórica sem precedentes. Muitas reflexões têm sido despertadas entre os pensadores econômicos e entre os historiadores. Na verdade, é um desafio muito preocupante, se considerarmos a perspectiva de que ainda não há nenhum estudo conclusivo sobre a eventualidade de um vencedor neste embate desenvolvido entre o Trabalho e o Capital. Evidentemente, tal fator é de suma importância para as relações jurídicas. Habermas desenvolve um trabalho interpretativo do marxismo muito original,

preocupado com a eventualidade de um sobrepujar concretamente o outro. Marx não deixou nenhum indício desta possibilidade. Aliás, nem mesmo os intérpretes mais eminentes do marxismo moderno conseguiram formular uma hipótese satisfatória sobre assunto tão complexo. Desta feita, prevalece este desafio preocupante e de essencial importância para o Direito, na fundamentação de sua origem, de acordo com o pensamento do materialismo histórico.

1.4 Ecletismo

A doutrina eclética pretende demonstrar que há, conseqüentemente, uma possibilidade conciliatória entre o pensamento voluntarista e o pensamento naturalista, a respeito da origem do Direito. Com isso, o Direito seria o resultado de características espirituais e materiais. Há, pois, verdadeira conclusão de integração. Esta atitude conciliadora, a bem da verdade, nos encaminha de encontro com um fato histórico de profunda relevância, pois que, neste sentido, o Direito pode ser a expressão de união entre o divino e o humano. Este itinerário histórico tem o seu início com a cultura hebraica que é a patrona do verdadeiro sentido da liberdade nos recônditos da condição humana³². O ser humano, neste processo de síntese integradora, demonstra um respeito muito acentuado com esta teoria sobre a origem do Direito.

Indubitavelmente, o ecletismo representa uma indiscutível sintonia de acordo comum entre os seres humanos, na expressão mais popular do conceito filosófico. Pode ser considerado como sendo uma conexão com os sistemas de origem das conquistas obtidas no mundo dos valores jurídicos.

Conseqüentemente, como expressão filosófica, o ecletismo tem por escopo formular um sistema único que una a escolha de conceitos de uma

³¹ WORSLEY, Peter. Marx e o marxismo. São Paulo: Mestre Jou, 1983. p. 6.

forma coerente. É a procura do valor como condição necessária, para a estruturação de um novo sistema. É, portanto, um ato de escolha entre as escolas de pensamento, sempre visando pelo método da coerência. Não é excessivo ressaltar, como uma melhor elucidação, que este sistema filosófico tem o conhecimento como sendo o resultado de um processo conciliatório, desde que os conceitos sejam coerentes na sua expressão como forma do pensamento motivado no mundo dos valores humanos. O ser humano procura a essência do conhecimento, principalmente, em se tratando do próprio Direito. Esta tentativa de combinar os melhores aspectos existentes em outros sistemas bem demonstra a sua importância para o mundo jurídico.

Etimologicamente, ecletismo – “*eklegein*” – significa escolher, no grego clássico. Porém, é uma escolha que precisa estar fundamentada no princípio da coerência. Uma coerência que deve ser a expressão da própria harmonia. O universo do conhecimento humano é algo extremamente problemático. Nesse ínterim, temos a explicação coerente da causa de o Direito ter uma abertura pluridimensional na sua condição interpretativa. A sistemática inerente ao ordenamento jurídico se destaca pela sua condição de não representar a verdade como um objetivo conclusivo, mas, sim, no sentido de procurar constantemente pela verdade, que depende deste processo de interpretação do Direito em sua mais reconhecida e indispensável essência. Inúmeras são as causas que motivaram, como escola de pensamento, o ecletismo, conforme uma conclusão de Giovanni Reale³³. Assim, pois, o Direito está envolvido, quando se trata de sua origem, com as teorias

ecléticas. Neste sentido, o processo cultural é de muita importância para a expressão constante da linguagem do Direito e da sua aspiração mais alcandorada,

³² BEN-CHORIN, Schalom. A eleição de Israel. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 13.

que consiste na Justiça. O ordenamento jurídico expressa esta finalidade de procurar a Justiça para a efetiva harmonia nas relações sociais. Este século é considerado o mais violento da história humana. Talvez, esta seja a razão de o ser humano procurar mais intimidade com a Justiça. O mundo dos valores é algo complexo na sua expressão mais recôndita. O homem sempre teve necessidade de uma profunda reconciliação com a sua dignidade original, razão pela qual ele aspira pela Justiça. O universo cultural é algo impressionante, em decorrência de sua expressão pluridimensional.

Nesta complexidade que identifica a natureza do ecletismo, em suas mais profundas relações com o mundo do Direito, temos que, entre os romanos, o “*jus gentium*” representava esta primeira tentativa prática de conciliação de conceitos coerentes. Neste sentido, temos o ensinamento conclusivo de Ulpiano, quando destaca com muita ênfase esta tentativa conciliatória: “*Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur*”³⁴. E foi justamente este “*jus gentium*” que deu origem ao Direito Internacional Privado, devidamente associado com a instituição do “*proetor peregrinus*”³⁵. Nunca houve uma preocupação acentuada, antes dos romanos, em relação com a proposta de promover uma verdadeira conciliação entre os conceitos coerentes que pudesse favorecer o Direito como uma conquista cultural e a sua manifestação no universo dos valores humanos. Há, evidentemente, uma série de manifestações inerentes a esta escola de pensamento que promove, indubitavelmente, uma proposta de conciliação entre os conceitos coerentes em favor do ordenamento jurídico.

³³ REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. São Paulo: Loyola, 1994. p. 439.

³⁴ DIGESTO, 1, 1.

³⁵ BEVILAQUA, Clovis. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 15.

O ser humano procura, constantemente, aperfeiçoar as estruturas do mundo jurídico, considerando que o denominado fenômeno cultural é uma consequência do próprio crescimento intelectual que está presente na vida do grupo social. Vale considerar, nesse ínterim, que o Direito, como expressão incontestável de uma conquista humana no mundo dos valores sociais, experimenta um processo constante de transformações.

O pensamento jurídico em Roma tem as suas raízes fundadas em duas características relevantes da cultura da civilização grega: o pensamento jurídico de Platão, e, a filosofia estóica. Uma manifestação consciente da vontade de conciliação entre conceitos coerentes. Havia uma certeza efetiva em relação ao significado de uma proposta eclética, considerando a necessidade que o mundo romano constatava sobre a importância de uma estabilidade social, como fator de garantia para o desenvolvimento pleno das instituições jurídicas. O gênio romano, em sua natureza mais prática do que especulativa, estava consciente do verdadeiro valor do sentido essencial do Direito.

A teoria eclética tem como escola fundamental na procura da origem do Direito o culturalismo jurídico. O Direito, neste sentido, corresponde a uma consequência da cultura humana. É, portanto, um processo de adaptação plena e indubitável da própria natureza em relação às necessidades da condição humana em sua mais abrangente pluridimensionalidade. O ser humano deve conquistar a própria natureza. Posteriormente, adaptá-la às suas necessidades mais essenciais e sempre com o intuito de torná-la sensível em seu próprio benefício. Isto bem demonstra que o Direito surge quando o homem passou a viver em sociedade e teve necessidade de mecanismos específicos para a garantia da vida em comum.

O ordenamento jurídico transforma com uma naturalidade espantosa o “*modus vivendi*” do ser humano. É por isso, a bem da verdade, que muitos

doutrinadores têm o Direito como sendo o reflexo do espírito cultural de um grupo social. Há um verdadeiro propósito no sentido de que o ser humano sempre amplie a sua conquista no mundo dos valores. Na proporção em que o homem evolui, as instituições também estão experimentando um aperfeiçoamento em suas estruturas.

Tanto as doutrinas voluntaristas quanto as doutrinas naturalistas experimentam acirradas críticas dos jusfilósofos, tendo em vista, pois, a sua característica de evidente unilateralidade em seus respectivos fundamentos. Uma análise valorativa, entretantes, vai constatar a presença incontestável de um pouco de verdade em cada uma delas. A escola teológica tem o Direito além do mundo dos valores humanos e o considera como sendo um ato exclusivamente de fé, sem nenhuma perspectiva investigatória para a elaboração de um conhecimento especulativo ou mesmo objetivo. É o crédito compulsório sem a possibilidade de uma ação questionadora. Não é demais ressaltar que há um fator determinante em torno da escola teológica.

Sempre foi uma preocupação, inclusive, dos teólogos, em todos os momentos históricos, desvendar esta perspectiva de um Direito exclusivamente oriundo da vontade de DEUS. Na verdade, como uma efetiva determinação de uma legislação interna do próprio Espírito. Recentemente, Paulo VI, meditando sobre o assunto, direciona o debate acadêmico em relação a um possível "*ius communionis*"³⁶. A própria Igreja tem manifestado um interesse crescente com referência à finalidade da escola teológica. Isto é um fato histórico. Independentemente da identidade cultural da fé, mas vamos certamente encontrar a manifestação da vontade de DEUS, em legislações contidas, exemplificativamente, no Código de Hamurabi, no Decálogo, no Código de Manu, entre outras, também conhecidas no mundo cultural da civilização humana.

As outras escolas de orientação voluntarista, que reconhecem o Direito como sendo um ato da vontade humana, demonstram claramente o seu envolvimento com o poder, com todas as manifestações arbitrárias, e, até com a própria força do ser humano. Também o seu sentido unilateral é uma característica específica, sem nenhuma perspectiva de questionamentos. Em decorrência de tal fato, o Direito não poderia ser considerado uma obra aberta e problemática, como também não teria uma linguagem própria, uma vez que não haveria necessidade de um processo interpretativo. Não é demais destacar que a hermenêutica é indispensável no mundo dos valores jurídicos. Sem esta característica, não haveria nenhuma possibilidade de o Direito experimentar o resultado das transformações sócio-econômicas.

Para inúmeros jusfilósofos, as doutrinas que são conhecidas como naturalistas estariam mais próximas da verdade, ao considerarem o Direito como sendo um dado da realidade, qual seja, um produto da natureza. Todavia, não haveria assim, com exclusividade, o concurso da natureza moral, porque outros elementos estariam concorrendo com a sua elaboração, exemplificativamente, nas esferas antropológicas e econômicas, entre outras conquistas culturais do ser humano. É um fenômeno essencialmente problemático, com as suas características históricas.

Finalmente, em uma análise crítica do ecletismo, podemos ser induzidos à conclusão de sua imparcialidade com a origem do Direito. Há uma verdadeira expectativa de possibilidade de harmonização entre o elemento moral e o fator natural do Direito. Esta conclusão não é antiga. Caenegem³⁷ nos lembra que durante os pródromos da Idade Média, para uma melhor elucidação histórica, a

³⁶ GHIRLANDA, Gianfranco. Introdução ao Direito Eclesial. São Paulo: Loyola, 1998. p.111.

³⁷ CAENEGEM. R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. São Paulo: Martins

legislação teve para a sociedade uma importância apenas secundária. Isto significa, portanto, a predominância, até então, das teses voluntaristas e das teorias naturalistas. Sem nenhuma sombra de dúvida, o ecletismo se nos apresenta como uma conclusão inerente ao estudo da origem do Direito um tanto recente. Uma conclusão que mesmo satisfazendo, não deixa de promover, pois, uma nova e constante problematização pluridimensional do Direito.

Ao que tudo nos indica, o ecletismo pode aproximar o ser humano de uma concepção mais valorável, em termos de expressão de um juízo. O ecletismo pode ser considerado então a vanguarda na busca da verdade no mundo da origem do Direito, uma vez que, não permite a presença do elemento da parcialidade, mesmo porque, tem por princípio e término a própria característica da moderação. Assim, pois, as doutrinas ecléticas são, exclusivamente, aquelas que nos permitem uma concepção integral e multidimensional do fenômeno jurídico.

CAPÍTULO 2

ONTOLOGIA E AXIOLOGIA

Sumário: 2.1 Teoria dos objetos - 2.2 Objetos físicos e psíquicos - 2.3 Objetos ideais - 2.4 Os valores e o mundo do “dever ser” - 2.5 Os valores e o Direito.

2.1 Teoria dos objetos

Ontologia e Axiologia: duas presenças fundamentais, no mundo do conhecimento humano, que são objetos de constante reflexão para a epistemologia. Ser e Valor: conseqüentemente, duas expressões que demonstram um processo de interiorização na investigação que o ser humano empreende para o conhecimento da verdade. O homem é o ponto de partida na procura pela verdade. É o ser enquanto ser, como objeto da Ontologia. O valor corresponde ao juízo emitido e de forma sempre dinâmica e não reducionista, a respeito de um determinado fato que impressiona a nossa condição intelectual – racionalismo e empirismo – na obtenção do conhecimento. Assim, pois, corresponde a uma manifestação do homem, em relação àquilo que desperta a sua atenção no mundo da cultura, emitindo um juízo de valor. É o estudo dos valores, como objeto da Axiologia.

Efetivamente, Ontologia e Axiologia correspondem então a conceitos que estão intimamente relacionados no universo da teoria do conhecimento. O ser humano está constantemente direcionado no sentido de desvendar todos os segredos do conhecimento que antecedem a conquista da verdade e a própria formação de juízos de valor. Evidentemente, o conhecimento se produz no mundo da cultura humana, na proporção em que o ser humano amplia a sua visão intelectual. E, nesse ínterim, como fator preponderante, ontologicamente e como característica fundamental da teoria do conhecimento, há a teoria dos objetos, com a

finalidade de determinar então qual deve ser a natureza ou a estrutura daquilo que se destaca como sendo possível de ser especificado como objeto do conhecimento³⁸.

A teoria do conhecimento, neste momento histórico e de expressiva relevância intelectual, tem procurado demonstrar a profunda intimidade que existe entre o homem que conhece e o objeto que corresponde ao que é conhecido. Desta maneira, a Ontologia diz respeito às estruturas, ou formas dos objetos em um sentido geral. Todavia, para fins elucidatórios, não é excessivo destacar que Karl Popper defende a possibilidade de uma teoria do conhecimento em que o sujeito que conhece é perfeitamente dispensável.

Modernamente, os doutrinadores têm se preocupado em demonstrar que não se deve confundir a expressão conhecida como sujeito cognoscente com a expressão inerente a sujeito de um juízo. A distinção é fundamental no mundo da teoria do conhecimento. A bem da verdade, no mundo do conhecimento, não há objeto sem sujeito, como também, não há sujeito sem objeto. Conclusivamente, há uma correlação efetiva entre um sujeito que se refere a um objeto, e, um objeto ao qual o sujeito se identifica. Por intermédio da intencionalidade da consciência, temos que o método fenomenológico demonstra uma nova relação entre o sujeito e o objeto, assim como, entre o pensamento e o ser. Husserl, citado por Giles³⁹, conclui que toda consciência é consciência de algo. Há uma constante indagação, entre os doutrinadores: quais são as espécies de objeto que podem ser estudadas pelas ciências humanas?

A perspectiva do real é algo que exerce uma influência acentuada na condição intelectual do ser humano. A bem da verdade, é indispensável que nós, muitas vezes, indaguemos sobre as condições reais daquilo que temos como

³⁸ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 175.

efetivamente real. Certamente, como o objeto está profundamente relacionado com a Ontologia, epistemologicamente, racionalismo e empirismo se convergem no intelectualismo para nos proporcionarem os meios adequados à concepção do real. Não é demais ressaltar, nesse ínterim, que o ser humano permanece muito receptivo a todo e qualquer tipo de conhecimento. É bem verdade que o conhecimento é algo que pluridimensionalmente nos afeta em todos os sentidos.

Epistemologicamente, qual é o verdadeiro sentido da realidade? Podemos dizer que há muitas dimensões para a manifestação da realidade? Qual é o verdadeiro sentido entre a realidade e o objeto? Um dos grandes problemas enfrentados pelos jusfilósofos corresponde em especificar com clareza a natureza e a estrutura de uma realidade que se nos apresenta na forma jurídica. Para tanto, possível o constante questionamento:

aonde nós devemos localizar concretamente o fenômeno jurídico como objeto efetivo do estudo problematizado e dinâmico do Direito? Desta maneira, somente a Ontologia poderá nos esclarecer a contento, considerando o estágio atual do conhecimento humano. É uma forma de nós analisarmos e entendermos a verdadeira interação existente entre a realidade e o objeto.

³⁹ GILES, Thomas Ransom. Introdução à Filosofia. São Paulo: E.P.U., 1979. p. 25.

2.2 Objetos físicos e psíquicos

Fundamentalmente, a Epistemologia, quando faz análises a respeito da origem do conhecimento, destaca especialmente o racionalismo e o empirismo. Para o racionalismo, o pensamento, ou seja, a razão, corresponde à principal origem do conhecimento humano. Entrementes, o empirismo destaca que a experiência é a única fonte para a obtenção do conhecimento humano. Considerando posições tão antagônicas e reais, quanto à origem do conhecimento, surge uma terceira via – uma verdadeira tentativa de mediação – que nós denominamos de intelectualismo. E é justamente neste contexto, para todos os efeitos culturais, que os objetos físicos, e os objetos psíquicos, como um todo, encontram o campo propício para a sua constante manifestação no mundo do conhecimento.

É bem verdade que a constatação da atuação dos objetos em nossa realidade cultural é bem diversificada. O objeto físico tem uma realidade concreta. Nem mesmo o efetivo poder de abstração do homem pode modificar a sua natureza e a sua estrutura convencionais, o objeto físico é especificamente aquilo que é para a nossa realidade cultural e conseqüentemente o produto da nossa própria experiência na forma mais rudimentar de constatação. O objeto físico ocupa, para os nossos sentidos, uma dimensão espaço-temporal. E mesmo se considerarmos o ensinamento de Kant de que tempo e espaço são meras durações de consciência. O objeto físico impressiona os nossos órgãos sensoriais, na medida em que corresponde a um nível de experiência para o homem.

Assim, pois, o binômio tempo-espaço é fundamental a fim de que nós tenhamos possibilidade de constatar a constante presença dos objetos físicos com a sua efetiva transformação natural. Esta transformação natural é ocasionada, certamente, pela própria ação do binômio tempo-espaço. Não é demais ressaltar que os objetos físicos têm a sua incontestável fase de duração. Evidentemente, que

temos que considerar, nesse ínterim, os ataques de Ernst Mach ao espaço e tempo absolutos⁴⁰.

A complexidade do assunto deve estar patente com os próprios limites científicos. Neste sentido, Freire-Maia⁴¹ é categórico, quando aborda a característica de limitação da ciência. Os limites da ciência correspondem à limitação da própria condição humana. Os objetos físicos se manifestam no mundo da natureza e no mundo da cultura, perfeitamente percebidos pelo ser humano. Às vezes, o objeto físico, encontrado no mundo da natureza, pela ação do homem, pode passar a fazer parte integrante do mundo da cultura.

O avanço científico tem levado o ser humano a navegar nas realidades mais assombrosas possíveis. É o momento histórico do espaço-tempo dos universos paralelos e dos buracos negros, tão bem mencionados por Hawking e Sagan. Todos os objetos físicos, portanto, correspondem à nossa realidade de tempo-espaço. Aliás, o homem vive simultaneamente em dois mundos: o mundo da realidade e o mundo construído por ele mesmo. E para cada um destes mundos, há um constante e dinâmico macrocosmo e um constante e dinâmico microcosmo. Pode-se dizer que o homem é o limite entre estes mundos. A própria Física Quântica demonstra conhecer relativamente estes limites, onde os objetos físicos têm destaque compatível com a sua forma dimensional.

Todavia, há também o nosso mundo interior, se desenvolvendo no plano sutil de nossa própria consciência. Mundo que demonstra a realidade constatável dos seus próprios objetos. Para muitos pensadores, não ocupariam um determinado espaço, porque têm uma duração apenas no próprio tempo. Mas seria de se questionar: mesmo nas dimensões de nossa consciência, não haveria uma relação de espaço? Como então que estes objetos psíquicos ocupariam uma duração

⁴⁰ RAY, Christopher. Tempo, Espaço e Filosofia. São Paulo: Papirus, 1993. p. 182.

específica no tempo, sem os limites dimensionais de um determinado espaço? Como é que o ser humano transporta para a sua consciência toda a estrutura de um deserto ou de um oceano e com todas as tonalidades de sons característicos? É este o outro mundo que faz parte integrante de nossa realidade. Realidade psíquica, evidentemente. O ser humano é pluridimensional em sua realidade ôntica. Consciência e transcendência são realidades afins em sua constante presença para a manifestação dos objetos psíquicos. A consciência é considerada como sendo a voz da transcendência.⁴²

Há pensadores que defendem a teoria de que os objetos psíquicos possuem tão-somente a característica da temporalidade. Portanto, não ocupariam um espaço determinado. É, sem dúvida alguma, um fator determinante de uma realidade que corresponde a uma característica de manifestação de uma teoria filosófica. E temos incontáveis teorias filosóficas. A realidade tempo-espaço pode ser única, exclusiva. Neste sentido, não poderia a temporalidade conter uma relação espacial? Seria muito temerário pretender que uma realidade de temporalidade não contivesse a perspectiva da espacialidade. Pelo menos, uma realidade inerente a um espaço psicológico. Reale⁴³, todavia, na esfera de seu saber filosófico, entende que não há espacialidade nos objetos psíquicos, porque são enquanto duram.

O debate não se esgota nesta perspectiva de concepção filosófica. Há outras infundáveis realidades na realidade da consciência do ser humano. Nem sempre a lógica corresponde com a verdade. Nem sempre ser lógico significa então ser correto. O ser humano deve continuar desenvolvendo as suas constantes investigações sobre a sua própria realidade essencial. Porque o homem é esse ser

⁴¹ FREIRE-MAIA, Newton. *A ciência por dentro*. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 167.

⁴² FRANKL, Viktor E. *A presença ignorada de Deus*. Petrópolis: Sinodal-Vozes, 1992. p. 42.

⁴³ REALE, Miguel. op. cit., p. 179, nota 38.

que pensa e dá o que pensar, segundo Teilhard de Chardin⁴⁴. O homem tem o ser, mas não é o ser, devido ao ser um estado de perfeita contingência.

Conforme já observado, a Filosofia como o Direito não têm um conceito de verdade como definição exclusiva. Evidentemente, ambos possuem a capacidade de criar a sua linguagem específica e com o objetivo de manter um processo de comunicação efetiva com o mundo da cultura humana. Assim é que, no final do século XIX e no começo do século XX, muitos doutrinadores se destacaram na defesa da tese de que a Ciência Jurídica deve ser concebida na condição meramente psicológica. Para eles, o Direito se resumiria, exclusivamente, a um pluridimensionalizado fenômeno da consciência humana. Com isso, estaria relacionado com fatos de natureza psíquica. Desenvolvendo este raciocínio, então, a totalidade da Ciência Jurídica teria o seu fundamento ontológico na Psicologia do jurídico e do justo.

Não é excessivo concluir no sentido de que tal doutrina reduz o Direito a uma mera dependência da Psicologia. Desta maneira, teríamos uma expressão assaz reducionista do Direito, optando por um mero psicologismo jurídico. Conseqüentemente, nesta linha de raciocínio, o Direito perderia muito do seu verdadeiro sentido multidimensional. Não haveria aquela complexidade tão afeita aos debates em torno do Direito e de sua evidente natureza dinâmica. O Direito não pode de nenhuma forma ser concebido, em sua estrutura epistemológica e axiológica, como um fator isolado, sem nenhuma relação com o mundo da cultura em termos da mais profunda abrangência possível para a inteligência humana.

Na proporção em que o ser humano amplia o seu universo cultural, efetivamente, os debates também vão aperfeiçoando as conclusões e as reconclusões em torno do Direito, manifestando, assim, uma perfeita sintonia

⁴⁴ ULLMANN, R., BOHNEN, A. O Solidarismo. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 14.

dialética. Desta feita, se o Direito não pode ter uma verdade determinada, a tese do psicologismo jurídico não pode prevalecer como sendo a mais próxima de uma eventual conclusão satisfatória. Apesar, para todos os efeitos doutrinários, de que devemos então reconhecer a importância da Psicologia como ramo do saber humano na condição epistemológica e axiológica do Direito.

No limiar do terceiro milênio, o debate ainda é muito acentuado em torno do assunto. Poderá o próximo milênio responder, neste sentido, as mais profundas indagações a respeito do assunto? Entrementes, acreditamos que nem as mais destacadas e fecundas análises poderão, satisfatoriamente, responder ao anseio de verdade do ser humano! Aliás, é da natureza do homem procurar pela verdade e não encontrá-la em toda a sua plenitude no mundo do Direito e em qualquer ramo do conhecimento humano. Nesse ínterim, é preciso destacar, para efeitos doutrinários, que há determinados autores, como Pontes de Miranda⁴⁵, que se colocam em um posicionamento efetivamente naturalístico, em relação à estrutura do denominado fato jurídico, como sendo inerente ao fato físico-natural. Não é demais ressaltar, para tanto, que onde há espaço social há Direito.

Grande tem sido a preocupação dos doutrinadores em relação ao fato de elucidar ainda mais esta questão tão problematizada no mundo do conhecimento jurídico. As idéias se destacam, neste sentido, pela sua constante complexidade. É muito difícil a possibilidade de uma solução que não envolva de uma maneira assaz abrangente para este problema da mais profunda indagação filosófica. Assim, pois, a questão do naturalismo jurídico continuará em debate doutrinário, considerando a respeitável expressão do pensamento de Pontes de Miranda. Mesmo outras teorias, de menor expressão cultural, ainda continuarão, também, sendo objeto de constantes indagações e de análises cada vez mais acentuadas, no mundo do

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Rio de Janeiro: Editor Borsoi,

Direito. O debate é proporcional à necessidade crescente do ser humano, em sua trajetória intelectual, em desvendar novos direcionamentos no mundo da cultura.

2.3 Objetos ideais

Um dos grandes problemas afeitos à epistemologia jurídica corresponde à natureza ontológica dos objetos ideais. E qual seria a fundamentação essencial do objeto ideal? É algo de extraordinário e sumamente preocupante no mundo do conhecimento humano. Inúmeras investigações filosóficas têm considerado a natureza ontológica desta problemática que perturba a condição sensorial humana na procura pelo conhecimento. Temos que o ser de um objeto ideal pode corresponder perfeitamente ao exercício das Ciências Matemáticas e da própria Lógica. Há doutrinadores que pretendem transmitir com segurança a conclusão de que a Matemática e a Lógica são verdadeiramente ciências ideais. Mesmo porque, a característica fundamental dos objetos ideais é a de serem na sua expressão independentemente da realidade tempo-espaco. A sua existência está restrita com exclusividade à mente do ser humano. Não possui, conseqüentemente, nenhuma possibilidade de existir fora dos limites da consciência humana.

Constantemente, a mente de um ser humano concebe imagens que necessariamente não se projetam no mundo das formas concretas. Expressam uma realidade apenas nos limites do universo mental. A mente humana é uma realidade complexa e pluridimensional. É bem verdade que, neste sentido, não manifesta nenhuma intimidade com o mundo idealista platônico. O objeto ideal é uma realidade exclusiva da mente humana. Não se manifesta de nenhuma forma concreta. O fato de não ter existência concreta, na realidade tempo-espaco, isto não significa a completa negação de sua maneira de ser nos limites mentais. É bem verdade que é

o ser humano quem pensa efetivamente os objetos ideais. Com isso, não é possível que um objeto ideal exista sem que seja pensado pelo ser humano. Ele existe apenas enquanto é pensado. É, portanto, uma realidade assaz complexa em sua natureza essencial. O ser humano tem uma extraordinária capacidade de criar algo sem necessariamente, em termos epistemológicos, projetar no mundo das formas concretas.

Há determinados autores, na esfera da Filosofia e das Ciências Matemáticas, que concebem os objetos ideais, em sua natureza, como sendo verdadeiras entidades absolutas. Verdadeiramente, não deixa de ser uma conclusão muito temerária e sobretudo reducionista, sem nenhuma perspectiva de um debate satisfatório.

Angeles Mateos García⁴⁶, na trajetória de Reale, concebe como uma das características fundamentais dos denominados objetos ideais o fato de que o seu ser é ideal. Certamente, não deixa de ser uma conclusão que fortalece o pensamento do ilustre Mestre das Arcadas de São Francisco. Paradoxalmente, é interessante destacar a propósito a condição pluridimensional de todo e qualquer ramo do saber humano, considerando que nada é absoluto na esfera das conclusões filosóficas. Por esta razão, o ser humano sempre terá a eterna liberdade de problematizar toda e qualquer teoria afeita ao conhecimento da essência do ser.

Sempre foi uma preocupação no mundo do conhecimento e da própria realidade cultural determinar em que consiste efetivamente um objeto ideal. Qual seria o seu fundamento ontológico, se é que desta maneira se pode expressar no mundo da cultura pluridimensionalizada? Todas as escolas de pensamento demonstram possuir uma trajetória própria, com as suas características específicas de análises como realidade epistemológica.

⁴⁶ GARCÍA, Angeles Mateos. A Teoria dos Valores de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1999.

Para uma melhor elucidação desta tese apresentada, na verdade, os objetos ideais também são objeto de estudo na esfera do Direito. Evidentemente, sendo o Direito uma ciência, não deixa de possuir a sua própria Lógica. E é justamente em relação a uma Lógica Jurídica que os objetos ideais são devidamente analisados e problematizados em sua razão de ser nas estruturas do pensamento jurídico. Mesmo assim, há doutrinadores que têm o Direito como sendo uma ciência exclusivamente ideal. Evidentemente, todas estas conclusões ampliam cada vez mais o debate e aprofundam ainda mais as pesquisas, sempre com o escopo deliberado de trazer mais luzes aos conceitos formados ou aperfeiçoá-los em sua natureza expositiva. E neste mesmo sentido, há aqueles que concebem a justiça em toda a sua plenitude como sendo uma objetividade ideal. A presente tese procura demonstrar que não há uma harmonia mínima na discussão deste tema afeito aos objetos ideais.

2.4 Os valores e o mundo do “dever ser”

No universo do conhecimento jurídico, temos, além dos conceitos inerentes aos objetos naturais e, também, aos objetos ideais, a questão pertinente aos valores. Podemos dizer, para os efeitos doutrinários, que os valores correspondem de uma maneira fundamentalmente independente, em relação à tradicional teoria que cuida da sistematização dos objetos naturais e dos objetos ideais. Pode ser que haja até uma proximidade epistemológica entre os objetos e os valores. Mas, verdadeiramente, há elementos essenciais de diferenciação na maneira de conceituá-los. Os valores, enquanto valores, também possuem uma

realidade específica. Todavia, uma realidade que não está subordinada ao binômio tempo-espaço⁴⁷.

Os valores, no mundo da cultura humana, somente podem ser concebidos em razão de algo que existe. Mais precisamente, em função das coisas valiosas. Os valores são, profundamente, inerentes à vida do ser humano, pois que, têm uma correspondência com a essência da nossa própria natureza.

A problemática alusiva aos valores não é uma descoberta recente, no universo do conhecimento humano. O pensamento do ser humano, desde a antigüidade, sempre se preocupou efetivamente em determinar a essência da natureza e a cognoscibilidade dos valores. No que diz respeito à natureza dos valores, prevaleceu tradicionalmente a perspectiva da metafísica, para a qual o valor é uma característica fundamental dos seres humanos, porém, sem possuir uma realidade própria. Já, no que se alude à sua cognoscibilidade, apesar da predominância absoluta da distinção concretizada por Platão e por Aristóteles, entre o conhecimento sensível e o conhecimento racional, a partir da Patrística, com Santo Agostinho, e, também, considerando as conclusões dos místicos medievos, aparecem inúmeras referências a uma terceira modalidade de conhecimento. Temos no “Doutor da Graça” a modalidade do conhecimento obtido através da iluminação, enquanto que, para o misticismo medieval, o conhecimento era atingido mediante a contemplação e a intuição. Nota-se, nestas conclusões, uma forte influência do gênio platônico.

O mais interessante é que a preocupação reinante, entre os pensadores medievos, em relação aos valores, já denotava uma distinção acentuada entre valores éticos e valores estéticos. Todavia, a questão mais alusiva ao “dever ser” se

⁴⁷ REALE, Miguel. op. cit., p. 187, nota 38.

destaca com maior ênfase exemplificativa em Kant, concluindo que o nosso intelecto somente pode conhecer o que é, foi, ou será.⁴⁸

O valor é algo que é profundamente inerente ao homem. Todavia, é uma realidade arquetípica em nossa existência. Na verdade, não temos nenhuma condição de segurança intelectual para definir o que seja o valor de uma forma satisfatória. É bem verdade que os pensadores sempre procuraram defini-lo. O debate persiste em torno de assunto tão problematizado pela inteligência humana. Todavia, nada nos impede indagar: qual seria o fundamento ontológico do valor? O ser humano tem necessidade constante de compreender o fundamento pormenorizado dos conceitos que concebe sobre tudo aquilo que vivencia no cotidiano. A complexidade do funcionamento da nossa inteligência não nos deixa antever com segurança sobre a verdadeira natureza dos objetos e dos próprios valores.

O que é que fundamenta a necessidade de uma realidade inerente a um valor para a condição humana? É um questionamento que persistirá sempre na inteligência do homem. Não é excessivo destacar que a própria diversidade filosófica é um problema que impede uma conclusão satisfatória sobre referido assunto. O discurso continua em aberto, comportando, assim, várias formas de interpretação. Todavia, o valor manifesta-se como sendo indispensável na formação dos juízos. Sem a expressão valorativa, é praticamente impossível o homem dimensionar a intensidade dos conceitos formulados pela sua inteligência. Em decorrência de tal exigência, a objetividade dos valores se nos apresenta como sendo um verdadeiro empenho para levar o ser humano a um contato pessoal com a sua natureza essencial. Max Scheler faz uma distinção muito acentuada entre o valor e o suporte do valor. A sua análise

⁴⁸ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982. p. 249.

fenomenológica tem o seu princípio pelos valores sensíveis. Vê-se, portanto, que há uma verdadeira hierarquia dos valores. Com isso, tem-se que o valor é independente do suporte.

A questão do valor é muito abrangente em sua natureza de influência no sentimento do ser humano. Ele se nos manifesta através de uma dimensão cada vez mais problematizada, dificultando o próprio entendimento sobre a sua natureza verdadeira. Ao emitir juízos de valor, o homem está certamente procurando distinguir as características que envolvem uma determinada situação. O desenvolvimento cultural do ser humano propicia a elaboração de uma análise cada vez mais criteriosa a respeito do fato social. Um fato que necessita e urgentemente da atribuição de um valor e que, posteriormente, convergirá para a elaboração de uma determinada norma que seja pertinente. A necessidade e a vontade levam o homem a considerar uma série de valores no contexto social, considerando não somente a existência como a própria coexistência do ser.

Um detalhe assaz significativo corresponde ao fato certo de que a idéia de quantificação ou numeração é completamente desconhecida ao elemento axiológico ou valorativo. É clara a conclusão irretorquível de que não é possível numerar e nem mesmo quantificar o valioso. Na esfera do nosso conhecimento, as coisas são vistas como elas realmente são para nós, ou então temos visão das mesmas enquanto elas valem. E, conseqüentemente, valendo, elas devem ser em toda a sua plenitude manifestável. Filosoficamente, a distinção entre ser e dever ser, para todos os efeitos epistemológicos, é assaz remota. Porém, é a partir de Kant que esta distinção começa a ter uma importância mais destacada.

Para todos os efeitos do conhecimento, os valores, por sua vez, não se confundem, em nenhuma hipótese, com os denominados objetos ideais e nem

mesmo com os objetos culturais. Todavia, neste mesmo sentido, as conclusões não são pacíficas e precisas entre os doutrinadores. Mais uma vez, notamos a verdadeira complexidade do assunto, e, que, portanto, sendo perfeitamente possível a abrangência do discurso aberto, em termos interpretativos. Nem mesmo a Filosofia apresenta uma solução plausível para um assunto tão controvertido no mundo cultural em constante edificação pela inteligência humana. Podemos, pois, concluir que o valor é sempre manifestado de forma bipolar, porque a bipolaridade somente é essencial na realidade dos valores.

Conseqüentemente, os valores representam para o homem, em toda a sua realidade, o mundo do dever ser, das normas denominadas ideais, onde se concretiza a existência do ser humano, na totalidade de bens que representam, de uma forma assaz efetiva, o verdadeiro objeto das ciências culturais, que são percebidas pela inteligência do homem.

2.5 Os valores e o Direito

A questão dos valores está intimamente afeita ao mundo do Direito. Conforme já estabelecido, o Direito representa um dos resultados da capacidade de produção cultural inerente à condição humana. O valor tem uma importância extremamente fundamental para o mundo jurídico. Qual é, pois, a razão desta importância? Simplesmente, porque a emissão de juízos de valor corresponde a uma das essências mais consideráveis para a formação de um ordenamento jurídico. É bem verdade que há um dimensionamento ideológico na elaboração dos valores pela condição humana. Cada tempo tem a sua história. E cada história tem a sua noção predominante de valores. É uma verdadeira condição atávica na estrutura social de um povo e de sua respectiva civilização.

O valor em toda a sua trajetória histórica predomina, sobremaneira, nas relações obrigacionais. Inegavelmente, temos que há uma fundamentação natural e moral no efetivo cumprimento de uma obrigação, mesmo em antecedência ao surgimento do Direito Positivo. Razão pela qual o Direito só compreende o ser relacionado ao dever ser. R. M. Hare⁴⁹ destaca o fato de que a palavra “dever” é usada para prescrever. A categoria fundamental do jurista é a categoria do dever ser. Sobre isto, na verdade, há um forte embasamento natural e moral na essência dos atos humanos. Há, verdadeiramente, constatações arquetípicas inerentes à moral no cumprimento efetivo de uma obrigação, sobretudo na esfera civil.

O uso filosófico da expressão valor só começa no momento em que o seu significado é então generalizado para indicar qualquer que seja o objeto de preferência ou de escolha. Segundo o ensinamento de Abbagnano⁵⁰, isto ocorreu, pela primeira vez, com os pensadores estoicos, pois que, introduziram o termo no domínio da Ética. E é justamente neste sentido que temos o estoicismo nos indicando a correspondência do “viver bem” estar afeita à estrita obediência com relação à “reta razão”, ou então, “seguir a Natureza” em toda a sua plenitude⁵¹. Novamente, nos defrontamos com um problema de profunda indagação filosófica! E toda esta sistemática de conclusões filosóficas vai exercer uma forte influência nos questionamentos sobre os valores e o Direito.

A partir da consciência moral, o ser humano já começa a fundamentar os princípios de uma noção de valores. Esta noção de valores é algo, indubitavelmente, que já faz parte integrante do ser enquanto ser, pertinente à realidade humana. O homem tem uma plena consciência do dever moral, e, que se amplia na intensidade da necessidade existencial e

⁴⁹ HARE, R. M. *A Linguagem da Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 165.

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. op. cit., p. 952. nota 48.

⁵¹ ROBIN, Léon. *A Moral Antiga*. Porto: Edições Despertar, 1970. p. 51.

coexistencial. Conseqüentemente, há um verdadeiro arquétipo na essência humana, que fundamenta natural e moralmente o cumprimento de um determinado dever assumido pelo ser na sua plenitude consciente. E isto sempre se fez presente nas estruturas do mundo jurídico. O Direito Positivo vem apenas reconhecer e consagrar esta disposição do dever moral com a conversão em um verdadeiro princípio coercitivo. O legislador considera o perigo ocasionado somente sob o ponto de vista das reparações. Para tanto, conclui que o mal está na origem do erro.

É indispensável refletir sobre a necessidade dos juízos de valor no domínio da Moral. A obrigação em nenhuma hipótese não define o bem moral. Pelo contrário, supõe-no. Na verdade, o ser humano é obrigado a fazer o bem, a cumprir uma obrigação assumida, independentemente, da existência do “*vinculum juris*”. Os valores morais são um setor específico da conduta do ser humano. O conhecimento “natural” dos nossos valores é um conhecimento que se torna para nós presente através de uma inclinação. O grande problema epistemológico é o homem ter plena consciência da natureza essencial dos valores. Se é uma realidade arquetípica, a bem da verdade, qual seria o fundamento ontológico do valor para o mundo do conhecimento da inteligência humana?

Os doutrinadores constataam a sua presença no universo jurídico. Sabem da sua influência na formação dos ordenamentos jurídicos. O valor é uma conseqüência da nossa consciência moral. Cada povo tem as suas características fundamentais e inerentes à sua própria história. Com isso, os valores têm a sua estrutura específica para cada grupo social que se desenvolve nos meandros históricos. Há uma forte conotação ideológica na elaboração dos ordenamentos jurídicos entre os seres humanos. Na proporção em que há um aprimoramento nas relações sociais, os valores também evoluem, para o próprio aperfeiçoamento das estruturas jurídicas no mundo da cultura humana. Esta é a razão que faz do Direito

um verdadeiro fato dinâmico na história das civilizações. Por isso, o Direito é considerado como uma realidade cultural. Está presente no “mundo da cultura”⁵². É nos ordenamentos jurídicos que o ser humano projeta toda a intensidade espiritual dos seus valores. O Direito é, portanto, uma manifestação da própria natureza espiritual do ser humano.

Na sua efetiva estruturação, os denominados valores jurídicos são profundamente éticos em sua essência pluridimensionalizada. Objetivam, em qualquer circunstância, para os seus efeitos teleológicos, a qualidade da ação humana e dentro de uma perspectiva que sempre demonstra o certo e o errado. No processo de hierarquização que caracteriza todo e qualquer valor, na esfera do conhecimento humano, os valores jurídicos estão situados acima dos valores lógicos e dos valores estéticos. Carlos Cossio⁵³ chega a concluir que, onticamente, o Direito possui alguma referência a valores, e, a desvalores. Aliás, este mesmo doutrinador elabora uma distinção entre valores fundantes, e, valores fundados.

E a questão do valor em relação à liberdade? E o valor justiça? Inegavelmente, este é o valor supremo por excelência nas relações jurídicas! É neste sentido que a liberdade pode ser considerada como sendo a própria essência do valor jurídico. No presente estágio de indagações, podemos concluir que o delito é um desvalor jurídico e moral.

É bem verdade que os pensadores do Direito enumeram vários valores jurídicos. Todavia, é uma conclusão que não nos resta pacífica, tendo em vista a própria noção de fato social que se distingue do valor jurídico.

⁵² CHORÃO, Mário Bigotte. Temas Fundamentais de Direito. Coimbra: Almedina, 1991. p. 48.

⁵³ COSSIO, Carlos. La Teoria Egologica Del Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 308.

No desenvolvimento das experiências humanas, nós temos o sentido de “realidade” e o sentido de “valor” se destacando de uma forma extremamente problematizada. Verdadeiramente, os conceitos são elaborados a partir da nossa própria experiência existencial e coexistencial. É o sentimento de satisfação que leva o ser humano a atribuir um valor a tudo aquilo que lhe seja inerente. E isto também está em evidência em relação ao valor jurídico.

CAPÍTULO 3

DIREITO, ÉTICA E MORAL

Sumário: 3.1 Direito e Moral na Grécia e em Roma - 3.2 Direito e Moral na Idade Média - 3.3 Direito e Moral na Época Moderna.

3.1 Direito e Moral na Grécia e em Roma

Grécia e Roma: dois mundos culturais profundamente em constante distinção. Enquanto a Grécia ensinou o homem a pensar, Roma começou a organizar o Direito em favor da civilização humana. Inicialmente, era a noção esmaecida do “*fas*” que reinava entre os seres humanos. Era uma proximidade do homem com Deus. Os princípios morais prevaleciam na solução adequada de toda e qualquer problemática social. O mundo grego era o apogeu da civilização humana. A formação do homem grego se destacava pela sabedoria dos seus poetas e dos seus pensadores. É o momento glorioso da Teogonia de Hesíodo e dos reconhecidos poemas épicos – Ilíada e Odisséia – de Homero. Nunca, em toda a história da humanidade, houve um esplendor tão lucilante na manifestação cultural, como na Hélade. A tragédia e a comédia são as expressões culturais de maior ênfase, no gênio grego, com as suas lições de profundo cunho moral.

O mal moral tem a sua procedência no ser humano. Vale ressaltar que a providência somente concorre para a sua realização em termos materiais. Freire⁵⁴ alude ao fato de que todos os maus sofrerão o castigo justo dos seus crimes, enquanto os bons serão recompensados. Assim, pois, o mal vem da matéria que é totalmente independente de Deus. A alma, espírito divino e imortal, sente-se contaminada pela matéria e aspira pela libertação do corpo. É a doutrina da catarse platônica, que será posteriormente retomada por Plotino.

A ação humana está relacionada com as modalidades de conduta. Nesse ínterim, temos que há uma presença incontestável de uma variedade de valores determinando a nossa conduta no contexto social. Tudo isso está a compor pois o amplo domínio da Ética. As modalidades de conduta humana mais destacadas correspondem à religiosa, à moral, à costumeira, e, à jurídica⁵⁵. Desta feita, são aspectos essencialmente fundamentais na vida social do ser humano. Apesar de uma concepção nítida de distinção, há entre elas uma relação de intimidade, porque fazem parte integrante da pluridimensionalidade do mundo cultural do homem. Conseqüentemente, cada uma delas apresentando as suas características próprias.

As modalidades de conduta têm por escopo a determinação do aperfeiçoamento das instituições em decorrência efetiva da própria evolução espiritual do ser humano. A pluridimensionalidade da essência humana demonstra a possibilidade de uma completa integração das modalidades de conduta em favor da estabilidade sócio-espiritual da humanidade. Não é demais observar que o homem tem demonstrado esta verdadeira preocupação em relação a uma progressiva integração das modalidades de conduta. Distintas são na sua essência epistemológica. Todavia, na prática social, há uma tendência para a integração no momento de direcionar a ação humana. Os valores, neste sentido, são fundamentais no desenvolvimento e na finalidade deste processo dinâmico de integração das modalidades de conduta no recôndito da dignidade humana. Tudo isso é de suma importância, inclusive, para o mundo inerente ao Direito.

É imperativo consignar, neste trabalho acadêmico, para uma melhor elucidação do assunto, que o Direito é um fenômeno humano. Conseqüentemente, desconhece fronteiras geográficas ou étnicas. Assim, pois, a sua nacionalidade é artificial, ou seja, meramente política, considerando que as modalidades de conduta

⁵⁴ FREIRE, António. Conceito de Moira na Tragédia Grega. Braga: Cruz, 1969. p. 34.

– religiosa, moral, costumeira e jurídica – são características essenciais do gênero humano e não apenas de um determinado grupo social isolado.

O ser humano na Grécia era motivado a cumprir uma obrigação assumida, naturalmente, em função de um princípio fundamentalmente moral. Ele possuía uma nítida compreensão dos valores mais profundos de sua alma. A cultura grega era uma referência extraordinária no mundo dos valores humanos. Havia uma identificação entre a vontade divina de Zeus com a idéia do Direito, conseqüência da força religiosa predominante e da seriedade moral⁵⁶. A noção do sagrado e a noção do dever moral foram o verdadeiro supedâneo da cultura da Hélade.

Na cultura helênica, há um verdadeiro intercâmbio entre os deuses, os heróis e os homens comuns. Tudo se resumindo na religião. É neste sentido que os deuses, humanizando-se e moralizando-se, se transformam em símbolos efetivos de um universo em realização de Justiça⁵⁷. É o momento em que as normas morais passam a ter uma compreensão verdadeiramente no embasamento ético. Podemos dizer, neste sentido, que a Ética é a essência da Moral. É a partir do instante em que nós emitimos um juízo de valor sobre a validade de um preceito moral que então estamos tendo o conhecimento da Ética.

Os gregos tinham uma concepção de que o Direito procedia exclusivamente da divindade. E era elaborado de conformidade com preceitos ético-morais. Portanto, era algo profundamente sagrado. Cumprir naturalmente uma obrigação assumida na verdade era concebido em um sentido divino. Era cumprir integralmente a vontade divina. O não-cumprimento de uma determinada obrigação assumida era revestido de uma sanção interior: o remorso, o arrependimento, a falta para com a divindade.

⁵⁵ REALE, Miguel. op. cit., p. 394-406, nota 38.

⁵⁶ JAEGER, Werner. op. cit., p. 98, nota 2.

⁵⁷ BONNARD, André. A Civilização Grega. São Paulo: Martins Fontes, 1984. p. 156.

A consolidação das liberdades públicas e das liberdades democráticas, entre os gregos, começa o seu apogeu com Sólon e com Péricles. Foi o período áurico do princípio de compromisso com os preceitos ético-morais, refletindo o direito de cidadania, pois que, todos eram iguais perante a lei. O século V antes de Cristo foi considerado o “Século de Péricles”. Ao término do primeiro ano da Guerra do Peloponeso, ao pronunciar a célebre “Oração Fúnebre”, Péricles foi enfático: *“A felicidade depende de sermos livres e a liberdade depende de termos coragem”*. Verdadeiro princípio de Direito Natural, que o nosso legislador também consagrou, no artigo 5º, da atual Constituição Federal. Vida, liberdade, igualdade e segurança eram verdadeiros princípios ético-morais que estavam indiscutivelmente previstos no Direito Natural.

Os helenos acreditavam que as leis se constituem efetivamente em um elemento essencial para a prosperidade, certamente, porque elas expressam o desejo dos deuses, que as vigiam e as protegem. Havia quase que um verdadeiro amor doentio em relação ao cumprimento dos preceitos ético-morais, entre os gregos. O seu Direito era um Direito Natural porque era um Direito que procedia diretamente da divindade. Moral e Direito possuem, naturalmente, uma fundamentação ética comum⁵⁸. Nunca houve, na história da humanidade, uma relação tão próxima, entre os homens e a divindade, no que diz respeito à observância de preceitos ético-morais, com origem em um Direito Natural.

Todavia, é a partir de Platão e de Aristóteles que teremos uma verdadeira declaração de princípio e conceitos psicológico, ético, jurídico, epistemológico e metafísico de Justiça. Certamente, podemos determinar em Platão a influência no pensamento jurídico ocidental, cujos antecedentes e pressupostos se destacam em

⁵⁸ RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72.

Parmênides, Pitágoras e Protágoras. Platão desenvolve, nas suas principais obras jurídicas – A República, O Estadista e Das Leis – o conceito de Justiça. Há em seu pensamento jurídico a primeira tentativa de organizar uma teoria alusiva à Justiça. Aliás, o célebre discípulo de Sócrates dizia sempre: *“Toda a minha vida passei ao exame de uma única questão: a Justiça”*. Elaborando uma definição do Direito, Platão se baseia em Simônides, para ensinar que *“a Justiça é dar a cada um o que é seu”*⁵⁹. Conseqüentemente, a Justiça é virtude e sabedoria, e, a injustiça é maldade e ignorância. Na defesa integral do Direito Natural, Platão considera o aborto um crime hediondo, e, aceita a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, apesar de reconhecer a fragilidade desta. Neste pormenor, Platão se antecipa, em mais de dois mil anos, o nosso legislador, que consagra este princípio, no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, no que diz respeito à equiparação da mulher ao homem, em direitos e obrigações.

Desenvolvendo uma nova interpretação de Platão, Giovanni Reale⁶⁰ faz menção à função metafísica fundadora do Bem, quando destaca que o Uno é causa de Justiça e de Virtude. Na verdade, há profundos questionamentos na obra platônica, referentemente, ao Direito, à Ética e à Moral. Poesia e fundamentação filosófica se destacam na análise vigorosa e rigorosa levada a termo por Platão, a respeito de assuntos que possuem certamente uma extraordinária atualidade. Por isso, não é sem razão que Umberto Eco diz que *“o moderno é ler Platão”*. Foi, certamente, um dos primeiros gênios da história da humanidade que se dedicou a problematizar o conceito afeito ao Direito, à Ética e à Moral, sempre preocupado com a fundamentação ontológica da Justiça.

⁵⁹ PLATÃO. *A República*. São Paulo: DIFEL, 1965. p. 73.

⁶⁰ REALE, Giovanni. *Para uma Nova Interpretação de Platão*. São Paulo: Loyola, 1997. p. 260.

Aristóteles também refletiu muito sobre esta temática e procurou sistematizar o Direito para torná-lo então uma disciplina verdadeiramente autônoma no universo do conhecimento humano. É bem certo que a figura do jurista nasce em Roma. Todavia, o Estagirita dá os primeiros passos para que isto seja então concretizado entre os romanos. Ele atribuiu um extraordinário valor à Justiça. Teve a preocupação de distinguir, para efeitos pedagógicos, várias modalidades de Justiça. Sempre tentando atingir o ápice do verdadeiro sentido da Justiça. Aristóteles⁶¹ desenvolveu um raciocínio até muito atual, quando afirma “*que aquele que viola a lei é injusto e aquele que a respeita é justo*”. Embora tenha encontrado efetivamente em Platão uma definição de Justiça, Aristóteles⁶², entretentes, elaborou uma definição do Direito, que está clara em sua obra denominada *Ética a Nicômaco*, ao concluir: “*O Direito é o que pode criar e conservar, no todo e nas partes, a felicidade da comunidade política*”. Conseqüentemente, após esta definição do Direito, conclui que a Justiça é algo essencialmente humano.

Fundamentalmente, o justo natural – “*Tó Dikaion*” – extraído pelo Estagirita da natureza – “*Physis*” – é a verdadeira substância do Direito. Temos, ainda, que o conceito aristotélico da “*Physis*” é o início científico para o estudo alusivo ao Direito Natural. O seu pensamento estava problematizando, constantemente, o questionamento sobre o que é a consciência jurídica. E neste sentido, tudo indica como sendo então uma manifestação existente na consciência ética do homem civilizado. O processo ético bem estruturado impulsiona o homem, naturalmente, a cumprir uma obrigação assumida, pelo fato simples e exclusivo de que o preceito moral antecede claramente o preceito legal.

Vale ressaltar, nesse íterim, que se justifica referida conclusão se levarmos em consideração que para os filósofos helenos o homem seria um ser

⁶¹ ARISTÓTELES. Obra Jurídica. Porto: RESJURIDICA, [s.d.] p. 59.

integral. Aliás, a Igreja Católica irá reforçar esta conclusão grega, durante a denominada Idade Média.

E é nesta mesma Idade Média que o pensamento de Platão e de Aristóteles vai ressurgir, respectivamente, em Santo Agostinho e em Santo Tomás de Aquino. Pode-se dizer que houve, verdadeiramente, uma cristianização das duas maiores genialidades do pensamento grego. Direito, Ética e Moral passarão então a ser um extraordinário destaque na Filosofia Patrística, e, na Filosofia Escolástica.

Inegavelmente, Roma foi uma herdeira de inúmeras tradições gregas. O gênio romano, pioneiro da organização do Direito, também se ocupou da Ética e da Moral. É bem verdade que de uma maneira mais pragmática, sem as grandes sutilezas do pensamento da Hélade. Em Roma, as mais antigas normas jurídicas – “*mores maiorum*” – devem ter sido de inspiração religiosa. É sempre a presença do “*fas*” na vida dos povos e antecedendo a realidade do “*jus*”. A cultura romana recebeu, concretamente, várias influências da cultura helênica.

Os doutrinadores romanistas demonstram que as noções afeitas ao ético e ao jurídico não se encontravam assaz estabelecidas entre os juristas romanos, o que bem se justifica pela influência recebida diretamente dos filósofos helênicos. Na filosofia grega, a Moral prevalecia sobre o Direito. A Moral estava relacionada como ciência geral da conduta humana, enquanto que o Direito se constituía inerentemente em face da atividade social do ser humano.

Bretone⁶³ destaca que a “*aequitas*” romana não poderia de nenhuma maneira ser confundida com um vago “sentimento do direito” quando da orientação do magistrado nas suas conseqüentes decisões.

Lembrando precisa lição contida no Digesto, Villey⁶⁴ destaca a importância fundamental do jurista romano, na condição efetiva de um verdadeiro

⁶² id. Ética a Nicômaco. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 336.

“sacerdote da justiça”. Para o jurisconsulto romano, fundamentado em Aristóteles, a finalidade do Direito é a Justiça. Na sua proposta pioneira de sistematizar o Direito, os romanos sempre demonstraram a preocupação na constante manutenção da paz social. É bem verdade, todavia, que a distinção entre Direito e Moral sempre foi do interesse doutrinário dos romanos.

Estruturalmente, o denominado Direito Privado obedecia a uma divisão consagrada por Gaio, qual seja, “*Jus Naturale*”, “*Jus Civile*” e “*Jus Gentium*”⁶⁵.

O “*Jus Naturale*” indica a influência dos gregos. Estava resumido em uma complexidade extraordinária. É muito importante lembrar, nesse ínterim, que Cícero elaborou a sua definição de “*Jus Naturale*” com fundamento na tradição filosófica grega, ao concluir que “*est quaedam vera lex, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*”⁶⁶.

O “*Jus Civile*”, também conhecido por “*Jus Quiritium*”, estava afeito ao genuíno cidadão romano, pertencente ao patriciado. Foi um Direito que predominou nos primeiros tempos históricos de Roma.

Finalmente, havia o “*Jus Gentium*”, que surgiu posteriormente, mais abrangente em sua aplicação, uma vez que era um Direito comum a todos os povos que habitavam o “*orbis romanus*”.

O Direito Romano experimentou várias fases em sua história. Realeza, República e Império foram os períodos históricos que propiciaram aos romanos a oportunidade para a construção de um verdadeiro monumento cultural da civilização humana.

⁶³ BREONE, Mario. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1990. p. 247.

⁶⁴ VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Porto: RESJURIDICA, [s.d.] p. 79.

⁶⁵ INSTITUTAS. I, 1.

⁶⁶ CÍCERO. *De Republica*. 3, 22, 33.

Burdese⁶⁷ indica que a tradição romana tende a atribuir à “*Lex Duodecim Tabularum*” a fonte da qual se derivou todo o Direito, o Direito Privado e o Direito Público. Na verdade, é a grande divisão, “*Jus Privatum*” e “*Jus Publicum*”. O critério desta distinção é teleológico. Todavia, é indispensável observar que, desde o período clássico, os jurisconsultos romanos não confundiam o “*Jus Divinum*” com o “*Jus Humanum*”. E esta distinção está sempre presente, em vários âmbitos do Direito.

Guarino⁶⁸, lembrando esta divisão em Ulpiano, para efeitos pedagógico-doutrinários, observa, entretantes, que o Direito é único.

Realmente, temos que admitir que, já nos seus prolegômenos históricos, o Direito, em Roma, vai então se destacando pela sua essência problematizada. Os jurisconsultos estavam sempre preocupados em desvendar o verdadeiro sentido inerente ao Direito. Para tanto, Direito, Ética e Moral são temas que ocuparam constantemente o universo das indagações romanas. E, ao procurarem pela sistematização concisa do Direito, demonstravam uma preocupação cada vez mais crescente com referência à distinção, mesmo pragmática, de cada um dos assuntos – Direito, Ética e Moral – analisados.

Francisci⁶⁹ entende que o espírito do Direito Romano estava profundamente afeito à organização social, com o escopo político de ordem e de defesa. Isto justifica o seu caráter essencialmente eclético, marcadamente estóico, nas indagações sobre a Ética e a Moral.

É imperativo destacar, todavia, que o apogeu do Direito Romano ocorreu durante o século VI depois de Cristo, quando por expressa determinação de

⁶⁷ BURDESE, Alberto. *Manuale di Diritto Privato Romano*. Torino: UTET, 1993. p. 18.

⁶⁸ GUARINO, Antonio. *Profilo del Diritto Romano*. Napoli: Jovene Editore, 1994. p. 51.

⁶⁹ FRANCISCI, Pietro de. *Sintesi Storica del Diritto Romano*. Roma: Mario Bulzoni Editore,

Justiniano, houve a codificação de toda legislação romana, conhecida por “*Corpus Juris*”, posteriormente denominado “*Corpus Juris Civilis*”. Nunca o ser humano, em toda a sua história, conseguiu uma codificação tão eficiente, que passou, desde então, a influenciar de uma forma pragmática todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental. Certamente, como ressalta Orestano⁷⁰, esta codificação não poderia jamais ser uma solução definitiva para as grandes disputas afeitas ao conhecimento jurídico.

Assim é que, para todos os efeitos, o “*Corpus Juris*” é um verdadeiro monumento cultural, graças à atuação concisa de Triboniano. Possivelmente, um outro trabalho teve tamanha repercussão histórica, sob a orientação de Portalis, ou seja, o célebre “Código de Napoleão” de 1804, em França.

3.2 Direito e Moral na Idade Média

Uma análise histórica acentuada permitirá ao ser humano uma constatação inquestionável: Moral e Direito certamente sempre tiveram uma relação de intimidade muito acentuada, desde os tempos mais remotos. Uma reflexão questionadora nos permitirá concluir que o homem tem demonstrado, na trajetória da História, ter consciência então desta relação entre Moral e Direito, apesar das dificuldades muito consideráveis em se delimitar os dois campos. Evidentemente, mais do que traçar os limites nítidos ou rigorosos, entre o campo moral e o jurídico, indispensável é saber distingui-los em sua funcionalidade⁷¹. Este questionamento sempre esteve presente nos quatro períodos fundamentais da história do ser humano. Os filósofos gregos e os juristas romanos conviveram com o problema, sempre preocupados com a distinção entre o justo por natureza e o justo por convenção, ou seja, entre lei natural e lei positiva.

1968. p. 9.

⁷⁰ ORESTANO, Riccardo. Introduzione allo studio del Diritto Romano. Bologna: Il Mulino, 1987. p. 455.

É, portanto, a problemática entre o Direito Natural e o Direito Positivo. Certamente, uma problemática presente também durante a Idade Média. É uma reflexão que começa com Santo Agostinho para se consumir com Santo Tomás de Aquino. É o momento histórico de constatação da “*lex naturalis*”, da “*lex humana*”, da “*lex divina*” e da “*lex aeterna*”. Indispensável observar que a “*lex aeterna*” é o elemento mais destacado da conclusão jurídico-moral do Aquinate, considerada a expressão mesma da razão de Deus. A doutrina da justiça em Santo Tomás de Aquino tem a sua inspiração na filosofia aristotélica e nos ensinamentos de Santo Agostinho.

Libera⁷², historiador do pensamento medievo, destaca que a História não pode dispensar um referencial temporal, considerando, filosoficamente se expressando, que o mundo medieval não tem centro. Realmente, tal observação deve ser levada a sério. Paganismo, cristianismo e islamismo são pontos referenciais de extrema importância para o mundo do conhecimento filosófico. E neste mesmo sentido, os conceitos relacionados com o Direito, com a Ética e com a Moral foram desenvolvidos de conformidade com a identidade cultural de cada povo da Idade Média, período histórico injustamente denominado também de “Idade das Trevas”.

As idéias filosóficas desenvolvidas pela Patrística e pela Escolástica vão influenciar sobremaneira nas investigações pertinentes ao Direito, à Ética e à Moral, durante o período histórico da Idade Média. Dois nomes se destacam com o gigantismo do seu pensamento filosófico: Santo Agostinho, e, Santo Tomás de Aquino. É a predominância do Direito Natural, assim como, da Ética Cristã. Todas as investigações filosóficas correspondem a um propósito teocêntrico. O homem era considerado um fragmento de Deus habitando o mundo.

⁷¹ REALE, Miguel. op. cit., p. 621, nota 38.

Santo Agostinho, explicando o desenvolvimento constante do conhecimento do ser humano, faz menção, com freqüência vigorosa, a uma iluminação divina particular, a uma ação imediata de Deus na elaboração das idéias, comparável pois a um auxílio da graça para o ato livre e sobrenatural da vontade. A predominância da temática Justiça é algo que impressiona e embeleza no pensamento do “Doutor da Graça”. A introdução do pensamento de Santo Agostinho na História distingue marcadamente a cultura ocidental. Há uma triangulação perfeita inerente à sua constante reflexão: Justiça, Amor e Verdade.

Discorrendo sobre a importância da Justiça, diz que a mesma sendo desterrada, todo reino seria uma grandiosa pirataria⁷³. É bem evidente que ele entende ser a Justiça humana a maior aspiração do Direito. Indubitavelmente, uma Justiça profundamente supedaneada nos princípios éticos. Por esta razão, dava uma importância acentuada à formação do Estado. A verdadeira justiça é sabedoria, piedade e caridade, e, que vem de Deus de uma maneira especial, para o ser humano e para o Estado⁷⁴. O Estado teria, assim, na concepção particular de Santo Agostinho, uma natureza instrumental.

No pensamento agostiniano, o dualismo que é constatado entre “Cidade Divina” e “Cidade Terrena” corresponde efetivamente ao mesmo tempo entre vida ético-religiosa e vida política. É, contudo, uma Ética predominantemente cristã. É imperativo ressaltar que o denominado “Iluminismo” de Santo Agostinho auxilia muito a compreender as suas conclusões concernentes ao conhecimento jurídico e ao conhecimento político. Esta característica filosófico-teológica nos induz à conclusão precisa de que “sem lei se manifesta a Justiça de Deus”. Ética e Moral

⁷² LIBERA, Alain De. *A Filosofia Medieval*. São Paulo: Loyola, 1998. p. 8.

⁷³ SANTO AGOSTINHO. *A Cidade de Deus*. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 153.

⁷⁴ RAMOS. Francisco M. Tomás. *A idéia de Estado na doutrina ético-política de S. Agostinho*.

são os dois caminhos principais para a compreensão definitiva da idéia que Santo Agostinho demonstra sobre o Direito e a Justiça. Conseqüentemente, Direito e Justiça no

pensamento do “Doutor da Graça” passam pela Ética e pela Moral evangélicas.

Apesar de sua indiscutível condição maior de teólogo e psicólogo, entretantes, é considerado o maior pensador da Patrística. Para ele, a Política se nos apresenta como sendo um verdadeiro instrumento a serviço da ordem ético-religiosa. Na verdade, Santo Agostinho⁷⁵ orienta ser um bem suportar todos os males toleráveis deste mundo, sempre pensando na esperança do futuro. Isto não significa um aspecto ético fatalista e sim uma verdadeira proposta estóica, nos moldes mais puros da moral evangélica. O ser humano suporta porque tem plena certeza na sua salvação. Deixa evidente para o pensamento humano a convicção de que, não havendo uma legislação humana, a Justiça de Deus se manifesta, e, como tal, isto significa que qualquer obrigação assumida deva ser cumprida naturalmente em virtude da determinação arquetípica do preceito ético-moral existente em nossa essência. É uma verdadeira herança que predomina na complexidade pluridimensional da nossa natureza espiritual. Portanto, o mal se explica porque há a ausência do bem, momentaneamente, na essência da natureza humana.

O pensamento predominante correspondia ao sentido de que a sanção nasce da responsabilidade, tendo como sua conseqüência a recompensa ou o castigo exigidos pela observância ou violação do dever. Para tanto, é assaz legítimo pois que o sentimento manifestado da sanção, sempre sob o aspecto subjetivo de nossa destinação moral, nos determine a cumprir naturalmente uma obrigação

São Paulo: Loyola, 1984. p. 178.

⁷⁵ SANTO AGOSTINHO. Cartas a Proba e a Juliana. São Paulo: Paulinas, 1987. p. 48.

assumida. Esta conclusão fazia parte integrante do pensamento do “Doutor da Graça”. Na verdade, é interessante notar a correspondência deste sentido profundamente ético-moral com os preceitos do Direito Natural. Neste sentido, a Patrística fazia prevalecer a natureza verdadeira da consciência moral. E, posteriormente, se destacava, para todos os efeitos, o valor da consciência moral.

Santo Tomás de Aquino, na trajetória de Aristóteles, filosoficamente, neste pormenor, elaborou conceitos, respectivamente, pertinentes à Lei, ao Direito e à Justiça. Não é excessivo lembrar que a Ética tomista é uma Ética verdadeiramente de fins⁷⁶. Desta feita, a doutrina dos valores, no pensamento do Aquinate, é uma doutrina do bem, que se assemelha em muito com a sua teoria dos universais. A finalidade da Ética tomista é proporcionar felicidade ao ser humano. Ele concebe a lei como sendo uma certa ordenação da razão para o bem comum, sempre devendo ser promulgada pelo representante da comunidade. Assim, pois, “*lex est regula et mensura*”. Com isso, admitia várias formas da lei. Conseqüentemente, a lei não se confunde com o Direito. Simplesmente, porque a lei é, tão-somente, “razão do Direito”.

Santo Tomás entende o termo Direito (*Jus*) no sentido de “*Jus Objectivum*” – (*norma agendi*) –, ou seja, como a lei em si, a norma, propriamente se expressando. Para designar, pois, o “Direito Subjetivo”, ele faz uso dos termos “*potestas*” e “*licitum*”. A palavra lei é empregada como verdadeiro ato de império.

Na concepção do Aquinate, o Direito tem a sua verdadeira origem na Ética. Por isso, podemos dizer que, em sua originalidade conceitual, o cumprimento natural de uma obrigação é afeito ao preceito ético-moral que sempre norteia a responsabilidade do ser humano. Ele promove uma extraordinária e

⁷⁶ BOCHENSKI, I. M. A Filosofia Contemporânea Ocidental. São Paulo: Herder, 1968. p. 226

sensata relação entre a Justiça e a Verdade, ou seja, para efeitos doutrinários, “*justitia quandoque vaca veritas, quia est ractitudo impressa voluntari a ractitudine rationis, quae dicitur veritas*”⁷⁷. Portanto, a Justiça tem por finalidade, exclusivamente, ordenar o ser humano nas suas relações com os outros seres humanos⁷⁸. Com base nesta disposição, o “Doutor Angélico” orienta que em caso de conflito o bem da maioria deve prevalecer sobre o privilégio da minoria.

É imperativo lembrar que, durante a Idade Média, todos os preceitos afeitos ao Direito, à Ética e à Moral estavam definitivamente influenciados pelo teocentrismo. Deus era o centro de toda investigação e conclusão culturais. A idéia do sagrado predominava na natureza da conduta do ser humano. Nunca houve um período histórico tão relevante em que o homem efetivamente não estivesse tão próximo de Deus. Ética e Moral antecederam o Direito na orientação definitiva para o integral cumprimento de uma obrigação assumida. Tudo se resumia na vontade de Deus manifestada na natureza humana. É interessante observar que o conceito que Santo Tomás de Aquino faz de Justiça é profundamente análogo com o conceito de Verdade. Podemos avaliar, assim, o extraordinário valor da contribuição de Santo Tomás à história do pensamento jurídico. A filosofia tomista predominou nas estruturas dos ordenamentos jurídicos da denominada Idade Média.

Garrigou-Lagrange⁷⁹, em sua obra *La Synthèse Thomiste*, é convicto em destacar que na estrutura ético-moral do Aquinate a Justiça possui também uma dimensão de direitos e de deveres de amizade, de amabilidade e de liberalidade. Vê-se, então, que a essência do sentido obrigacional é afeito à Ética. Os valores naturais da condição humana induzem o homem a cumprir uma obrigação assumida, independentemente, de uma exigência contida em um preceito legal. Isto

⁷⁷ TOMÁS DE AQUINO. op. cit., 2^a. 2ae., Q. 58, a 4, nota 14.

⁷⁸ ibid. 58, a 5.

⁷⁹ GARRIGOU-LAGRANGE. *La Synthèse Thomiste*. Paris: Desclée de Brouwer & Cie, Éditeurs

significa que antes da estruturação e da sistematização do Direito Positivo, o homem observava princípios ético-morais no cumprimento de uma obrigação assumida. Mesmo após o advento do Direito Positivo, alguns relutam em cumprir uma obrigação assumida, demonstrando, assim, a importância do mundo ético-moral que há, efetivamente, na essência humana. Neste sentido, Correia de Barros⁸⁰ conclui que na moral tomista não está presente nem a dureza kantiana e nem o egoísmo dos epicuristas. É uma moral muito humana, ao mesmo tempo profunda e moderada.

Há, naturalmente, uma predisposição moral na nossa essência que nos induz a cumprir uma obrigação assumida, e, independentemente, de uma disposição legal regulamentadora. Não é excessivo ressaltar que o Direito Positivo apenas dispõe de uma maneira regulamentadora a predisposição natural e moral que há no homem para o cumprimento integral da obrigação devidamente assumida. Esta predisposição natural e moral está profundamente fundamentada em princípios éticos que correspondem a uma realidade arquetípica da natureza humana. É indispensável observar que em Santo Tomás o mundo dos valores não está colocado além do ser, mas, pelo contrário, todo conhecimento do valor está colocado sobre o sólido fundamento do conhecimento do ser⁸¹.

O tomismo evidencia com bastante clareza a defesa empreendida pelo Aquinate em relação à liberdade moral da pessoa humana. Neste sentido, combateu com veemência as teorias de panteístas árabes que negando ao ser humano a sua alma intelectual, negam-lhe atividade própria e responsabilidade moral⁸².

Paris, 1947. p. 536.

⁸⁰ BARROS, Manoel Correia de. Filosofia Tomista. Porto: Figueirinhas, 1966. p. 413.

⁸¹ GRABMANN, Mons. Martinho. A Filosofia da Cultura de Santo Tomás de Aquino. Petrópolis: Vozes, 1946. p. 35.

⁸² MAYER, Mary Helen, FITZPATRICK, Edw. A. Filosofia da Educação de Santo Tomás de

eticamente, para Santo Tomás de Aquino, o espírito humano distingue o bem absoluto (*honestum*), o bem agradável (*delectabile*) e o bem útil (*utile*). Tais conceitos fundamentaram o Direito, a Ética e a Moral predominantes, durante a Idade Média.

3.3 Direito e Moral na época Moderna

Em relação a época Moderna, vamos ter o Renascimento como sendo um processo de despertar da cultura humana, para um novo universo de valores, prevalecendo a idéia nitidamente crítica de redução do conhecimento do homem a seus fundamentos mais simples. A questão inerente ao Direito e à Moral também vai merecer a atenção do mundo acadêmico, com especial destaque para o Contratualismo. Assim, pois, em virtude da existência de um contratualismo total, envolvendo a origem da sociedade e do Estado, e de um contratualismo parcial, relacionado tão-somente com o Estado, sem abranger então a origem da sociedade, já começa a se afirmar uma efetiva distinção entre a Moral e o Direito. Neste sentido, certamente, houve até algumas intenções de uma verdadeira fundamentação contratualista inerente ao domínio da Ética. Não é demais constar que a questão contratualista também esteve direcionada à problemática política.

Emanuel Kant é, indubitavelmente, o marco inicial correspondente ao pensamento jurídico na Época Moderna. Moralidade e Legalidade são os problemas fundamentais que estão em constante evidência nas indagações kantianas. Bobbio⁸³ destaca em Kant a importância para a conduta humana referente à distinção entre legislação moral e legislação jurídica, especificamente entre ação moral e ação jurídica. Kant esclarece com muito rigor que o Direito, na verdade, está

Aquino. São Paulo: Odeon, 1935. p. 155.

⁸³ BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Brasília: Editora UnB, 1997. p. 53.

regulamentando as condições de liberdade, entre os seres humanos e destes com o Estado, conseqüentemente, anulando toda atividade interiorizante da pessoa humana sobre si mesma. É evidente que em Kant, a Ética está supedaneada na subjetividade. E ele sempre se referiu ao mundo ético que estava presente efetivamente na sua essência existencial na condição de uma realidade arquetípica.

Kant tem uma importância fundamental para o Direito, a Ética e a Moral, considerando a sua preocupação referentemente à investigação da faculdade da razão ou do conhecimento. É imperativo ressaltar que até Kant os pensadores aplicavam sistematicamente a razão ao conhecimento das causas, sem a preocupação quanto a esse conhecimento ser verdadeiro e legítimo. Neste sentido, é porque o racionalismo cartesiano havia adquirido um caráter dogmático, com a adoção, sem discussão efetiva, de certezas prévias. É assim que Kant propõe um método de crítica, possível de determinar o poder e o limite das faculdades de conhecimento e então superar os dois sistemas predominantes: o racionalismo e o empirismo. A esta proposta houve a denominação de transcendental.

Para ele, o conhecimento não corresponde à percepção e sim à construção do objeto. Com isso, não é o espírito que se adapta às leis dos seres, e, sim, são os seres que se amoldam às leis do espírito.

O pensamento de Kant tem um objetivo fundamental: qual é o ideal do Direito. Seqüenciando, o problema kantiano tem um endereço determinado: a Justiça. Assim, pois, é indispensável a consideração do preceito ético, para a construção efetiva de um ordenamento jurídico. Indubitavelmente, Kant evidencia que o Direito transita pelos preceitos ético-morais. Desta maneira, ele conclui que o Direito pertence ao mundo natural das relações externas, se constituindo na relação de dois ou mais arbítrios, e, prescrevendo a maneira de coexistência, evidentemente, do arbítrio de um com o arbítrio dos outros. A discussão entre os

neo-kantianos é no sentido de que se Kant, conclusivamente, se refere em sua definição a que o Direito é ou a o que o Direito deve ser. Ele define o conceito de Direito ou a idéia de Direito?

Entretantes, para Kant, a Justiça está pois relacionada com a ordem, a igualdade e a liberdade. Certamente, ele entende que o Direito Natural é o direito à liberdade. Kant demonstra um objetivo muito determinado: teorizar a Justiça como liberdade.

É também indispensável destacar a presença do pensamento de Hegel, no Direito, na Ética e na Moral da atualidade. A bem da verdade, o que Hegel denomina de Direito não é o denominado direito abstrato, que herdamos dos juristas romanos, e, nem mesmo o Direito Natural. O seu conceito de Direito corresponde à existência da vontade livre. Define como sendo a “liberdade consciente de si”. Conseqüentemente, o Direito inerente à pessoa humana é, tão-somente, um momento no “dever” desta liberdade. Hegel tem o Direito localizado na história do espírito.

O pensamento de Hegel tem uma expressiva influência no século XX. É bem provável a sua presença com maior ênfase nas estruturas da sistemática política. Neste sentido, há os hegelianos de direita e os hegelianos de esquerda. Os de esquerda não aceitaram a idéia de um espírito universal. Já os hegelianos de direita desenvolveram a idéia do Estado absoluto, onde não há nenhum conteúdo ético. Hegel considera o Estado na condição de uma pessoa real. Por isso, a realidade da pessoa humana só tem sentido enquanto ela pertence ao Estado, na verdade sendo o ápice do mundo ético, que é estruturado sobre o espírito do mundo. O Estado é a fonte do Direito. O ser humano, portanto, tem a sua existência em função do Estado. E o Estado não tem nenhuma obrigação moral para com o cidadão, porque o dever do Estado é a sua própria sobrevivência. Neste sentido, o

Estado é fonte do Direito, eis que, o Estado é uma criação da razão, na mais destacada hierarquia do denominado espírito objetivo.

Indiscutivelmente, com isso, Hegel desfez a idéia pertinente a um Direito Natural. Assim, não são reconhecidos então os direitos fundamentais do ser humano. Ele é contrário à existência do Direito Natural. O Estado é o espírito que habita o mundo e se realiza neste mesmo mundo por intermédio efetivo da consciência. Para ele, segundo Hartmann⁸⁴, as leis do Estado constituem as liberdades do ser humano. A realidade ética do Estado é o terreno real sobre o qual os seres humanos se desenvolvem, no sentido propriamente moral.

Hegel desenvolve sistematicamente o estudo do espírito objetivo, isto é, da humanidade em sua vida coletiva, e, social, envolvendo, assim, Moral e Direito.

É inegável a influência de Kant e de Hegel no pensamento jurídico do século XX.

Todo e qualquer questionamento sobre a Ética e a Moral influenciando sobre o pensamento jurídico deste século, necessariamente, está afeito a Scheler e a Hartmann. Os ordenamentos jurídicos modernos demonstram a presença marcante destes dois filósofos. O vigor intelectual de Scheler se manifesta no campo da Ética. Neste sentido, a sua obra, inquestionavelmente, é a mais importante e também a mais original da primeira metade do século XX. A preocupação fundamental de Scheler, em relação à questão dos valores, é teorizar a Ética de uma maneira sólida⁸⁵. Quanto ao comportamento humano, ele distingue a tendência, os fins, os objetivos e os valores. Os valores correspondem aos do ser humano e aos

⁸⁴ HARTMANN, Nicolai. A Filosofia do Idealismo Alemão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 622.

⁸⁵ COSTA, José Silveira da. Max Scheler – O personalismo ético. São Paulo: Moderna, 1996. p. 42.

valores de coisa. Todavia, Scheler não chegou a desenvolver uma verdadeira Ontologia⁸⁶.

Em seus questionamentos éticos, ele conclui que a essência da pessoa humana pertence ao reino do espírito. Conseqüentemente, à esfera dos atos. Conclusão bastante original, na estruturação do seu mundo ético.

Hartmann, ao examinar a estruturação do fenômeno ético, não deixa de adotar os conceitos fundamentais que se fazem presentes na ética dos valores de Scheler. Todavia, promove um novo sistema com algumas modificações estruturais. E assim admite a existência dos valores morais como um domínio axiológico independente. Para ele, somente o ser humano individual pode ser considerado pessoa. Com isso, rejeita definitivamente a doutrina da pessoa coletiva⁸⁷. A base para a sua conclusão sobre a ética dos valores está na filosofia de Aristóteles.

A proposta ética de Hartmann é uma obra fundamental e de considerável importância para o mundo dos valores que está afeito ao Direito. Para ele, os valores atuam sobre o mundo da realidade por intermédio do ser humano, em efetiva decorrência de sua liberdade. Há um questionamento profundo na estruturação da Ética no pensamento de Hartmann. Nisto resume a sua justificada influência nas teorias de muitos juristas ocidentais. Ele, como Kant, distingue a liberdade positiva e a liberdade negativa. A obra hartmanniana se destaca pela constante referência de antinomias entre a Ética e a Religião.

Nesse ínterim, para nós, considerando a presente exposição, dois filósofos do Direito merecem, sem nenhuma dúvida possível, um especial destaque: Miguel Reale, no Brasil, e Luís Cabral de Moncada, em Portugal.

Assim é que, Reale, sem se descuidar das teorias de Scheler e de Hartmann, desenvolve em seu personalismo axiológico uma proposta de reconhecida

⁸⁶ BOCHENSKI, I. M. op. cit., p. 150, nota 76.

conciliação do sujeito ético de Kant com o espírito histórico de Hegel. No centro das investigações de Reale, sobre a Filosofia do Direito, está constantemente presente o problema de uma epistemologia do objeto jurídico.

Há uma evidência no sentido de que Reale tenha recebido a influência do culturalismo neocriticista. Todavia, vale a lembrança de que a sua posição epistemológica é efetivamente realista. Para ele, a pessoa que é o “valor-fonte” se destaca por ser a pessoa “que se revela axiologicamente na história”. Reale indica a existência de uma “constante axiológica” na experiência do ser humano em sociedade, o que inevitavelmente se relaciona com o problema do Direito Natural. Não é excessivo ressaltar, para efeitos pedagógicos, que a denominada teoria da “tridimensionalidade” do ser humano na condição de sujeito de Direito, corresponde como sendo o centro do pensamento do antigo Mestre das Arcadas.

Czerna⁸⁸, analisando o pensamento filosófico de Reale, destaca que a problemática alusiva aos valores deve pois desenvolver-se sempre de novo, e, cada vez mais em conexão com a teoria do ser humano na História.

O “personalismo axiológico” de Miguel Reale tem promovido inúmeros debates no mundo jurídico. Llorente conclui em sua obra filosófica que Reale considera os valores na conformidade com um terceiro gênero do objeto. E é justamente isto que define “o ponto decisivo na evolução do pensamento” deste que é considerado o “*primus inter pares*” dos nossos jusfilósofos⁸⁹.

⁸⁷ BOCHENSKI, I. M. op. cit., p. 207, nota 76.

⁸⁸ CZERNA, Renato Cirell. O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 69.

⁸⁹ LLORENTE, Francisco Olmedo. A Filosofia Crítica de Miguel Reale. São Paulo: Convívio, 1985. p. 122.

Blanco⁹⁰ alude a um “historicismo aberto” no pensamento de Reale. Realmente, este mundo dos valores é fundamental na estruturação da Teoria Tridimensional do Direito. Possivelmente, neste sentido, é o único jusfilósofo que se dedica com afinco à essência dos valores em nosso ordenamento jurídico.

A questão ética é fundamental no pensamento de Reale. E o mais interessante é perceber que em seu pensamento há um questionamento muito profundo a respeito da importância fundamental da Ética para todo e qualquer ordenamento jurídico.

Cabral de Moncada desenvolve um trabalho muito considerável no culturalismo jurídico mundial. Neste sentido, uma íntima correlação entre Valor e História encaminha este saudoso Mestre conimbricense à exposição de uma teoria considerada histórico-existencial do Direito⁹¹. A sua investigação filosófica tem o seu início no domínio gnoseológico, pela determinação através de um método lógico e fenomenológico em sua essência, do conceito de Direito⁹². Para ele, inegavelmente, o Direito está localizado em inúmeras camadas de realidade. Desta feita, o Direito Natural corresponde efetivamente a um reduzido número de ideais éticos, verdadeiramente mais formais do que materiais. Ainda mais: entende, finalmente, que a problemática da Filosofia do Direito se baseia, para todos os efeitos, nos planos gnoseológico, ontológico e axiológico. Assim, pois, o seu pensamento concebe os valores como sendo imanentes na realidade.

O pensamento de Cabral de Moncada está sob o verdadeiro amparo do neo-kantismo, com alguns abrandamentos inspirados na doutrina filosófica do Aquinate, e, presentes, ainda, em suas idéias, algumas influências de Scheler e

⁹⁰ BLANCO, Pablo Lopez. La Ontología Jurídica de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 52.

⁹¹ REALE, Miguel. Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 191.

⁹² TEIXEIRA, António Braz. O pensamento filosófico-jurídico português. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983. p. 118.

Hartmann. A bem da verdade pedagógica, há um extraordinário esforço concentrado no pensamento filosófico de Cabral de Moncada, para que o Direito transite com insistência no caminho da Ética.

Ele, em suas investigações filosóficas, nunca deixou, efetivamente, de trabalhar a idéia inerente ao conceito mais expressivo de Direito. Constantemente, questionava: como sabemos do Direito? Que é o Direito? Que vale e para que vale, em suma, o Direito?

Hodiernamente, temos que a Moral, em um dado antropológico objetivamente demonstrável é, ainda, um fenômeno alusivo à cultura. A Moral representa uma cultura, uma organização verdadeiramente abrangente. Referentemente, portanto, ao universo do Direito, a jurisprudência é a expressão conseqüente da Ética, melhor concluindo, a jurisprudência deve ser ética⁹³. Com isso, para todos os efeitos doutrinários, o Direito deve ser entendido como sendo um verdadeiro processo de Ética legalizada.

O pensamento jurídico, durante o século XX, tem experimentado um avanço incontestável. Há uma demonstração incontida no sentido de que os preceitos ético-morais têm prevalecido em muitas situações onde estejam presentes lacunas no contexto legal. Nada obsta que o julgador – verdadeiro intérprete oficial do preceito legal – possa encaminhar a sua decisão com fundamentação em preceitos ético-morais que já foram consagrados na consciência social. É bem verdade que não se cuida aqui da expressão de uma modalidade de direito alternativo em desfavor da norma legal a ser aplicada no caso concreto. O preceito ético-moral, aplicável na circunstância de uma constatada lacuna legal, não desmerece ou compromete a integridade inviolável de um ordenamento jurídico, uma vez que, a verdadeira origem do Direito está na Ética. Portanto, uma obrigação

⁹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do

assumida, para o seu integral cumprimento, tem uma fundamentação natural e moral.

É certo que o Direito não tem uma verdade. Porém, toda a sua expressão original de manifestação na consciência humana está fundamentada naturalmente no preceito ético-moral. Em nenhum momento histórico, o Direito esteve dissociado do preceito ético-moral. Para todos os efeitos, se a Moral é considerada como sendo um conjunto de normas que tem por finalidade regulamentar a conduta dos seres humanos entre si, livre e conscientemente, no contexto social, a Ética se nos apresenta como sendo a Moral Filosófica. Naturalmente, há uma verdadeira influência do preceito ético-moral na elaboração de um ordenamento jurídico. Assim, pois, sendo o ser humano o indiscutível núcleo do Direito, o sentido obrigacional, para a sua integral satisfação, como efetivo cumprimento, nada obsta que esta fundamentação decorra, naturalmente, de um preceito ético-moral. Afirmativamente, neste sentido, antes mesmo da existência da norma legal, o cumprimento de uma obrigação assumida tem a sua fundamentação natural em um preceito ético-moral sempre presente na consciência do ser humano.

CAPÍTULO 4

O DIREITO POSITIVO

Sumário: 4.1 Os fundamentos históricos do Direito Positivo - 4.2 Direito Positivo e Política Social - 4.3 Direito Positivo e Estado Democrático de Direito.

4.1 Os fundamentos históricos do Direito Positivo

Teleologicamente, o Direito deve promover a realização da Justiça, entre todos os seres humanos, considerando, tão-somente, as características fundamentais de cada ordenamento jurídico. Passando pelo Direito, é bem verdade, efetivamente, que a realização da Justiça experimenta um sentido ideológico. Inegavelmente, a identidade cultural de cada povo vai determinar a idéia de Justiça que poderá ser concretizada na proporção da consagração do seu Direito. O ser humano já experimentou incontáveis realidades jurídicas. Tudo de conformidade com a sua visão cultural e a formação estrutural do seu *“modus vivendi”*.

O anseio de liberdade é uma herança do povo hebreu e isto sempre esteve presente na consciência do ser humano. A forma de pensar e atingir a plenitude desta liberdade é uma herança que recebemos do povo grego e isto faz da ontologia o mais profundo núcleo da Filosofia. E a maneira de regulamentar o exercício desta liberdade é uma herança que a civilização ocidental recebeu do povo romano.

O *“fas”*, o *“ethos”* e o *“jus”* são três realidades expressivas que sempre influenciaram na elaboração dos ordenamentos jurídicos de todos os tempos históricos. O ser humano demonstra possuir uma realidade arquetípica que é inerente ao Direito. O homem sempre demonstrou possuir uma verdadeira intuição do Direito.

Inegavelmente, o Direito que o ser humano sentiu despertar em sua consciência foi o Direito que ele positivou. O Direito Positivo é o filho natural do Direito Natural. O homem, historicamente, vai encontrar os fundamentos do Direito Positivo na civilização romana. Como o “*Jus Naturale*” histórico, o “*Jus Civile*” primitivo dos romanos não era um Direito escrito, à disposição da análise e da interpretação direta do jurisconsulto. O “*Jus Civile*” era o Direito do patriciado. Era um Direito ao qual os peregrinos e outros povos a bem da verdade não tinham acesso para a eventual solução justa dos seus litígios.

A denominada “*Lex Duodecim Tabularum*” pode ser considerada o princípio mais cristalino do Direito Positivo. Possivelmente, em nenhum outro momento histórico, o homem tenha experimentado um contato mais direto com uma expressão jurídica sem a influência marcante do princípio religioso. O ser humano, historicamente, pela primeira vez, passou a ter pois à sua disposição um conjunto de normas regulamentadoras, efetivamente, da sua conduta no contexto social.

Gilissen⁹⁴ destaca que os jurisconsultos romanos, indubitavelmente, foram os primeiros na história da humanidade a conseguir elaborar uma técnica jurídica e uma ciência do direito. Tudo isso somente foi possível porque os jurisconsultos romanos promoveram uma análise profunda das instituições então reinantes e como conseqüência houve a formulação exata das regras jurídicas que passaram a direcionar toda a conduta do ser humano. Os jurisconsultos romanos foram, na história humana, os que primeiro apresentaram uma organização projetada do Direito. Eles possuíam uma plena distinção da Moral em relação ao Direito. Com isso, forneceram toda a estrutura para a elaboração dos ordenamentos jurídicos, principalmente, da conhecida família “romano-germânica”.

⁹⁴ GILISSEN, John. op. cit., p. 18, nota 9.

Desta feita, conforme Galvão de Sousa⁹⁵, há uma constatação inquestionável no sentido de que ao pretendermos conhecer as fontes do Direito, nos seus fundamentos mais remotos, somos conduzidos do Direito Positivo ao Direito Natural. Isto porque o Direito Natural antecede o Direito Positivo, efetivamente. Conseqüentemente, pode-se concluir que o Direito Positivo é o Direito que é transformado em Lei, ou seja, o Direito que corresponde às normas objetivas de caráter compulsório, e, cujo integral cumprimento é assegurado exatamente pelo poder coercitivo que é a característica fundamental do Estado.

Torna-se imperativo consignar, nesse ínterim, para os efeitos doutrinários, que o Direito Positivo seria o Direito que existe para cada povo, em correspondência com a sua realidade hodierna. Mais: é aquele que vigora presentemente concorde com a técnica legislativa que cada grupo social adota, expressando, assim, a sua respectiva identidade cultural.

A existência da sociedade humana é a razão de ser fundamental do Direito Positivo, e, por conseqüência, da autoridade pública. Neste sentido, com o passar dos tempos, as regras costumeiras foram sendo cada vez mais insuficientes para a garantia da estabilidade social. Portanto, se fez indispensável a existência da norma escrita, como instrumento efetivo de poder do Estado em relação à sociedade. Sílvio de Macedo⁹⁶ conclui que Direito e Poder se complementam de forma admirável no Direito Positivo.

Os juristas romanos, em sua arte de organização do Direito, dividiram o Direito Positivo em Direito Privado e Direito Público.

⁹⁵ SOUSA, José Pedro Galvão de. Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 96.

⁹⁶ MACEDO, Sílvio de. Noções Preliminares do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 149.

Ulpiano, sobre esta divisão, escreveu: "*Huius studii duae positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*"⁹⁷.

Todavia, não podemos deixar de considerar que esta é uma divisão que atende propósitos exclusivamente didáticos. Pontes de Miranda⁹⁸ observa que esta distinção é de ordem histórica e não precisamente lógica.

Doutrinariamente, os fundamentos históricos do Direito Positivo estão na essência do Direito Natural.

4.2 Direito Positivo e Política Social

O Direito Positivo é uma consequência natural da coexistência dos seres humanos em sociedade organizada. Acertadamente, o Direito Positivo tem a sua expressão em função do homem. Em decorrência de tal realidade social, as normas jurídicas escritas têm uma característica definidamente imperativa. Todo e qualquer ser humano está obrigado ao efetivo cumprimento das normas jurídicas que compõem o respectivo ordenamento jurídico. Ordenamento jurídico que vem atender aos reclamos sociais.

Neste sentido, o Direito Positivo depende para a sua expressão histórica de uma Política Social. É esta Política Social que vai determinar as características fundamentais e históricas do Direito Positivo. Evidentemente, considerando a identidade cultural de cada povo. Assim, pois, a realidade social encaminha o sentido de elaboração das normas jurídicas que vão corresponder ao Direito Positivo.

⁹⁷ CORPUS Juris Civilis. D. 1, 1, 1, 2. U 1.

⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 71.

Os princípios fundamentais da Política Social tendem a proporcionar a promoção integral do ser humano em sua vida em sociedade. Neste sentido, entre as regras políticas e os seus respectivos objetivos, Pontes de Miranda⁹⁹ destaca na sua expressão indispensável a de valorizar o homem, que é a matéria prima da política. A Política Social deve empreender um trabalho constante de assistir o homem na solução adequada dos seus problemas cotidianos. Para tanto, todo e qualquer ordenamento jurídico deve refletir a realidade cultural de sua época, em toda a sua plenitude, considerando que os propósitos políticos devem ser o meio satisfatório para que o ser humano atinja os seus objetivos indispensáveis. Jayme de Altavila¹⁰⁰ observa que os direitos sempre foram espelhos das épocas.

É imperativo ressaltar que desde o momento histórico em que o ser humano teve a consciência da existência do Direito, concluiu da necessidade de converter em leis as suas necessidades sociais. É, pois, nesse ínterim, que a Política Social iniciou a sua trajetória em favor da preservação, e, do fortalecimento das instituições humanas. O ser humano concluiu que a palavra oral não era o suficiente para a garantia da estabilidade social, considerando a constante diversificação dos interesses humanos. Isto posto, se fazia e de uma maneira imperativa a necessidade de composição efetiva de lei escrita, com o intuito de perpetuar legitimamente todos os princípios do Direito.

A própria vida em sociedade promove a necessidade de preservação das instituições. Por este motivo, é indispensável a existência de uma Política Social mínima para uma adequada realização do Direito. Conseqüentemente, a Política Social contribui, decisivamente, para a formação de um inquestionável senso de identidade nacional nos habitantes de um país.

⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. Introdução à Sociologia Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 120.

¹⁰⁰ ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. São Paulo: Ícone, 1989. p. 11.

Lévy-Bruhl¹⁰¹, neste sentido doutrinário, ensina que por ser a expressão das vontades do corpo social, tudo quanto age sobre a sociedade tem a sua repercussão no Direito. Isto é uma realidade na elaboração das normas jurídicas. Todavia, por mais que o Direito Positivo se aperfeiçoe, em nenhum instante doutrinário ele se liberta totalmente dos preceitos ético-morais. O Direito Natural está sempre presente, para todos os efeitos históricos, na elaboração e, principalmente, na consagração do Direito Positivo. O fator social está constantemente exigindo a aplicação de um preceito ético, antecedendo a Política Social que vai proporcionar então todos os meios necessários para a manifestação do Direito Positivo.

Para tanto, todo e qualquer sentido de exigência inerente ao cumprimento de uma obrigação assumida tem, naturalmente, a sua fundamentação nos preceitos ético-morais, independentemente da manifestação do próprio Direito Positivo. O ser humano tem plena consciência de que a essência do Direito Positivo é o Direito Natural. Antes mesmo que a norma jurídica determina ao homem a obrigatoriedade no integral cumprimento de uma obrigação assumida, a sua consciência já encaminha a sua conduta nesta direção de "*directum*" do outro e de "*obligatio*" de si mesmo.

A Política Social é indispensável para um ordenamento jurídico. Neste sentido, há o ensinamento de Ehrlich¹⁰², quando conclui que as mudanças no Direito, muitas vezes, não são motivadas pela lei, havendo, portanto, outros fatores.

Desta feita, o Direito nasce em decorrência da ordem social, com a finalidade específica de regulamentar então a própria ordem social. Todavia, independentemente da existência de uma ordem jurídica, o meu semelhante tem o

¹⁰¹ LÉVY-BRUHL, Henri. op. cit., p. 79, nota 21.

¹⁰² EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986. p. 299.

direito a que eu respeite a sua identidade existencial. É um verdadeiro princípio de alteridade. Compete ao ser humano desenvolver um processo de existência em relação a si mesmo e a desenvolver um processo de coexistência em relação ao seu semelhante. Os preceitos ético-morais têm a sua influência direta na conduta humana. Esta influência vai determinar os caminhos de elaboração do ordenamento jurídico de cada comunidade humana.

4.3 Direito Positivo e Estado Democrático de Direito

Como já foi determinado exhaustivamente, o Direito Positivo é o Direito concretizado, socialmente, na denominada linguagem escrita de um povo. O Direito não tem uma verdade específica. Contudo, possui uma linguagem própria como fundamento para a sua manifestação social. Para tanto, ao destacarmos a expressão “Estado Democrático de Direito”, estamos nos referindo à essência da democracia, onde prevalece, de maneira soberana, o princípio de legalidade, a inviolabilidade do Direito. Isto significa a vigência do efetivo Estado de Direito, em contraposição ao Estado de força, Estado policial ou ditatorial, nos termos do ensinamento de Cretella Júnior¹⁰³.

O princípio da legalidade é fundamental no Estado Democrático de Direito. É o Estado se manifestando com um ordenamento jurídico que atenda às exigências do sentido verdadeiro da democracia.

Doutrinariamente, a expressão Estado Democrático de Direito corresponde à efetiva subordinação do Estado à legislação e à Lei Magna. Assim, pois, o Estado deve estar subordinado à legalidade constitucional. Pinto Ferreira¹⁰⁴ defende a tese de que o Estado Democrático de Direito significa essencialmente que

¹⁰³ CRETELLA JR, J. Comentários à Constituição 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 135.

¹⁰⁴ FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33.

o Estado de Direito deve ter um conteúdo verdadeiramente democrático. Conseqüentemente, não há que se pretender a existência de um determinado Estado Democrático de Direito que não corresponda à estrita observância a uma Constituição que não reflita a soberania popular.

Juridicamente, a expressão Estado Democrático de Direito é bem mais abrangente e significativa do que o simples conceito de Estado de Direito. O Estado Democrático de Direito a bem da verdade pluridimensional deve ser essencialmente ético na sua expressão social. As transformações sócio-econômicas e o próprio aperfeiçoamento das instituições democráticas devem promover a elaboração de um Direito Positivo que corresponda, efetivamente, os anseios da soberania popular. Ferreira Filho¹⁰⁵ lembra que na doutrina espanhola a expressão Estado Democrático de Direito quer significar “socialismo na democracia”. Contudo, que não foi sequer objeto de cogitação, quando dos debates da Constituinte.

Com isso, na trajetória do próprio Direito, a denominação Estado Democrático de Direito comporta várias interpretações no âmbito doutrinário. Entrementes, a expressão mais consagrada é no sentido de que o Estado Democrático de Direito a bem da verdade corresponda à observância dos preceitos constitucionais e que estes reflitam a plena soberania popular. Não é demais ressaltar que a democracia exprime os valores constitucionais que mais se aproximam da dignidade original da pessoa humana.

Gomes Canotilho¹⁰⁶, discorrendo sobre a teoria da Constituição, alude a respeito de uma teoria política e de uma teoria científica do Direito Constitucional, para explicar então a complexidade do Estado de Direito Democrático-

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 18.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.

Constitucional. Pode-se concluir que todos os constitucionalistas modernos têm dado muita ênfase à importância fundamental inerente à soberania popular na elaboração de um ordenamento jurídico. Isto reflete o constante aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Jorge Miranda¹⁰⁷, lembrando ensinamento de Maurice Hauriou, conclui que uma Constituição é tanto Constituição política como Constituição social. Assim, pois, ninguém contestará, hodiernamente, que o Direito não pode compreender-se dissociado da realidade social em que se deve aplicar para garantia efetiva das respectivas instituições. Em um Estado Democrático de Direito, a bem da verdade, a Constituição é correspondente ao fenômeno jurídico. O sentido da Constituição é e sempre deve ser a expressão da vontade popular, considerando que um ordenamento jurídico deve garantir a verdadeira estabilidade social. Quanto mais democrática for a soberania popular, mais aperfeiçoado será o ordenamento jurídico. Toda legislação deve promover a felicidade social e a paz das instituições.

O Direito Positivo Democrático deve corresponder certamente ao Estado Democrático de Direito. O verdadeiro e indispensável sentido de uma democracia deve estar supedaneado nos valores mais positivos da consciência social. Todo e qualquer preceito ético-moral deve ser o cerne de um Estado Democrático de Direito. A dignidade original do ser humano deve ser então o centro de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Coimbra: Almedina, 1999. p. 1246.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 15.

CAPÍTULO 5

CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

Sumário: 5.1 Histórico - 5.2 Distinção: natural, moral e civil.

5.1 Histórico

A fonte primordial do Direito brasileiro, indubitavelmente, é o Direito de Roma. Este tem o seu nascedouro na “*Lex Duodecim Tabularum*”. Inicialmente, na história da civilização humana, os preceitos ético-morais determinavam os valores inerentes à ação do homem no contexto social. O ser humano tinha uma intuição da necessidade de cumprir uma obrigação assumida com o seu semelhante. E o cumprimento era integral porque representava uma característica da determinação do seu universo ético-moral. Era, pois, um fator natural, espontâneo mesmo. A sua essência sempre foi uma particularidade da dignidade original do ser humano. Qual é a origem da espontaneidade da mencionada ação do homem? É a manifestação recôndita de um arquétipo existente na natureza essencial do ser humano? Na verdade, por que que o homem é orientado, interiormente, para cumprir uma obrigação assumida com o seu semelhante, independentemente da existência de uma norma compulsória? Por que que a essência da consciência humana antecede o preceito legal quanto à determinação do cumprimento de uma obrigação assumida?

É indispensável lembrar, nesse ínterim, que Giles¹⁰⁸, citando Max Scheler, observa que o ser humano, inicialmente, vive mais nos outros que em si próprio; mais na comunidade que em sua individualidade. O “outro” é a categoria existencial

¹⁰⁸ GILES, Thomas Ransom. História do Existencialismo e da Fenomenologia. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1989. p. 167.

mais fundamental do pensamento humano. A pessoa do outro está presente para nós muito antes de descobrirmos a nossa existência independente.

Metodologicamente, nosso Código Civil está dividido em Parte Geral e Parte Especial. A Parte Especial compreende: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações, e, Direito das Sucessões. Especificamente, devemos, neste trabalho, tratar do Direito das Obrigações. Há juristas defendendo a idéia de um Código das Obrigações. E, certamente, a temática Obrigações é a mais extensa do Código Civil.

A própria “*Lex Duodecim Tabularum*” já previa, enfaticamente, que as obrigações contratuais não se finalizam em virtude da morte do agente, mas, transmitem-se aos herdeiros, ativa e passivamente, com o fundamento no “*vinculum juris*” instituído anteriormente.

Ampliado no Digesto, o conceito de obrigação, a bem da verdade, é desenvolvido de uma forma mais sistemática e sobretudo metodológica no “*Corpus Juris Civilis*”. A obrigação passa a ser um vínculo jurídico, entre dois sujeitos de direito, segundo Alexandre Correia e Gaetano Sciascia¹⁰⁹.

Etimologicamente, a palavra “*obligatio*” significa pois a idéia de “*liame*”, “*laço*”, que provém do elemento “*ligatio*”. Neste sentido, a obrigação jurídica corresponde a um verdadeiro compromisso, no presente, que se projeta para o futuro, esperando, conseqüentemente, uma solução adequada. É imperativo observar que a noção de obrigação sempre preocupou os doutrinadores romanos, em todos os momentos de sua evolução histórica. Todavia, durante os primeiros séculos da história jurídica de Roma, os romanos não conheciam a noção genérica e abstrata de obrigação.

¹⁰⁹ CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano. Guanabara: [s.c.p.] [s.d.] p. 161.

Classicamente, com referência a questão da Obrigação, há elementos que são indispensáveis e que devem estar presentes em qualquer vínculo obrigacional. Temos, neste sentido e para efeitos doutrinários, o sujeito ativo – o credor (“*creditor, reus credendi*”) – que é a pessoa que tem o direito de exigir a prestação, que se constitui no objeto da obrigação; o sujeito passivo – o devedor (“*debitor, reus debendi*”) – que é a pessoa obrigada a fornecer a prestação, que é o objeto da obrigação; e, o objeto da obrigação, que corresponde à dívida – o que é devido (“*debitum*”) – ou seja o ato que o devedor deve fazer em benefício do credor. Esta noção de Obrigação é atribuída a Justiniano, e, que, posteriormente, teria sido completada por Paulo.

A definição do jurisconsulto Paulo alude então por intermédio de três formas verbais – “*dandum, faciendum, praestandum*” – que corresponde ao objeto da obrigação, manifestadamente na sua condição tríplice. Temos, assim, dar, que significa o ato de transferência da propriedade de uma determinada coisa; fazer, na modalidade positiva – (“*facere*”) – que consiste em praticar um ato, ou, na modalidade conhecida por negativa – (“*non facere*”) – que significa se abster de praticar um ato; e, prestar, ou seja, juridicamente, fornecer uma prestação – (“*praestare*”) –, no sentido de entregar a mencionada coisa ao credor, entretantes, sem efetuar a transferência da propriedade. O objeto da obrigação pode ser certo como pode ser incerto, respectivamente.

Finalmente, há o “*vinculum juris*”, que tem força jurídico-legal de constranger o devedor a pagar a dívida ao credor. A dívida se constitui em um dever jurídico de prestação plena. Somente assim poderá, normalmente, desfazer o “*vinculum juris*”, liberando o devedor do credor. Vale destacar que o “*vinculum juris*” permite ao credor exigir do devedor o cumprimento integral da obrigação assumida. Isto com referência às normas do Direito Positivo.

A doutrina moderna, analisando a natureza efetiva do vínculo obrigacional, distingue nele dois elementos que são fundamentais: um elemento principal e um elemento subordinado. O primeiro diz respeito concretamente a uma inquestionável pressão psicológica, enquanto que o segundo alude a uma sujeição conseqüente da pessoa ou objeto do devedor referentemente ao credor.

O Direito das Obrigações é, indubitavelmente, a parte mais destacada das instituições romanas que sobrevive de uma maneira vigorosa nas instituições do mundo jurídico moderno.

A ciência de Papiniano é ainda a extraordinária diretriz para a solução de perfeita equidade de todas as problemáticas sociais que procuram o concurso necessário do mundo jurídico.

Segundo o ensinamento de Clovis Bevilacqua¹¹⁰, foram então os jurisconsultos romanos que firmaram uma distinção estrutural em relação aos direitos reais e aos direitos obrigacionais.

Esta influência se faz presente de forma objetiva no nosso Direito Civil. Evidentemente, com os aperfeiçoamentos necessários e justificados no fato real da perfeita evolução dos institutos e das nossas instituições no ordenamento jurídico.

França, Alemanha, Bélgica, Itália, não desviando das tradições romanas, como também, Portugal e Espanha, demonstram em seus institutos a profunda influência da codificação de Justiniano.

Mesmo antes de Roma estruturar de forma racional o Direito, outros povos, apesar de nítidas influências religiosas em seus conceitos, demonstraram uma decisiva preocupação em solucionar os problemas inerentes ao vínculo obrigacional, até de maneira excessivamente radical.

¹¹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 15.

Doutrinando sobre o instituto obrigacional, San Tiago Dantas¹¹¹ diz que o mesmo está relacionado efetivamente com o dever jurídico por ser então correspondente a um direito relativo.

Para um esclarecimento mais detalhado, Francesco Galgano¹¹² ensina que o direito real se destaca pelo seu caráter absoluto, enquanto que o direito das obrigações é inerente a um caráter relativo. Ainda mais: temos que o instituto obrigacional está caracterizado pela transitoriedade da respectiva relação jurídica, firmada entre o devedor e o credor. Este é um conceito

moderno do instituto da obrigação.

5.2 Distinção: natural, moral e civil

Hodiernamente, obrigação – demonstrando a profunda influência das instituições romanas – é um determinado compromisso com celebração efetiva no presente e com a certeza pois de ser solvido no futuro. Portanto, como efeito, tem por finalidade compelir a pessoa a cumprir, futuramente, aquilo que combinou.

Paulo, no Digesto, ensina que a obrigação tem por finalidade constranger alguém a nos dar, fazer ou prestar algo. E isto se nos apresenta como sendo uma conclusão com foros pois de modernidade.

Florentino nos ensina, na compilação de Justiniano, de uma forma bem explícita, que a obrigação é um vínculo de direito e que nos obriga a solver um determinado compromisso referentemente a alguém, concorde com o direito de nossa cidade.

Presentes, ainda, no Digesto a distinção entre obrigações unilaterais e obrigações sinalagmáticas, com a conseqüente extensão em nossa instituição

¹¹¹ DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 15.

jurídico-legal, mais especificamente em nossa doutrina civil. A nossa doutrina e a nossa jurisprudência, desenvolvendo melhor o instituto das obrigações, herdado dos romanos, esclarecem com profunda precisão a temática alusiva à obrigação “*in solidum*”, e, que é aquela em que vários credores, ou vários devedores, ligados entre si, pelo vínculo da responsabilidade jurídico-legal civil. Nesse ínterim, merece especial atenção o

diz do inciso III, do artigo 77, do Código de Processo Civil.

Para uma melhor elucidação dos conceitos obrigacionais que estão presentes na doutrina, temos três tipos de vínculo: natural, moral e civil.

A obrigação natural está essencialmente supedaneada no “*vínculo de eqüidade*”, ou seja, no denominado “*vínculo ético*”. Esta modalidade obrigacional não está protegida por nenhuma inerência acionária, juridicamente se expressando.

Na obrigação natural há, tão-somente, um liame e que é conhecido como “*vinculum solius aequitatis*”, porque sem a correspondência “*obligatio*”, não sendo possível de nenhuma maneira a sua exigência compulsória. Ausente o “*vinculum juris*”. E tanto na obrigação natural como na obrigação moral há um vínculo meramente de eqüidade, de conformidade com o ensinamento de Maria Helena Diniz¹¹³.

Mais também: a obrigação natural, para os juristas romanos, era aquela válida exclusivamente de acordo com o “*jus gentium*”, mas que não produzia todos os seus efeitos sob o “*jus civile*”.

A obrigação natural pode ser entendida como sendo aquela em que o credor de nenhuma maneira pode exigir do respectivo devedor uma determinada prestação, apesar de que, na situação de seu adimplemento espontâneo ou

¹¹² GALGANO, Francesco. *Sommario di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1995. p. 146.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 57

voluntário, possa então retê-la a título de pagamento e não de liberalidade. Para tanto, temos que a obrigação natural possui algumas características de suma importância no mundo jurídico, tais como: evidentemente, não se trata de obrigação moral; envolve a inexigibilidade da prestação; se for cumprida por pessoa capaz e de maneira espontânea, terá a validade do pagamento; produz concretamente irretratabilidade do pagamento

feito em seu cumprimento efetivo.

No direito de Justiniano, a obrigação natural era identificada com aquela que nascia do dever moral ou dever de consciência. Estava relacionada com o *“jus naturale”*.

Desta feita, as raízes mais acentuadas da obrigação natural vão estar presentes na categoria dos *“status”* do Direito Romano. Assim é que, para impedir a ocorrência de injustiças eventuais, oriundas da inexistência acionária cabível, então adveio a noção de obrigação natural, defendida pelo *“proetor”*, de tal maneira que o pagamento espontâneo é considerado regular, independentemente das incapacidades da parte solvente.

Analisando a problemática correspondente à obrigação natural e dever moral, Savatier¹¹⁴ destaca, doutrinariamente, no sentido de que a Moral é mais ampliada que o Direito Natural. É indispensável observar que os autores que cuidam deste assunto, mesmo os mais especializados, não conseguem formular um conceito pacífico de obrigação natural. Apenas, se expressam sobre a idéia, o seu histórico e o seu respectivo paralelo com o ato ilícito. A matéria não é aprofundada de forma adequada para uma maior contribuição doutrinária. Uma perspectiva se nos apresenta como sendo pacífica: quando se trata de uma efetiva obrigação natural, não há um poder coativo correspondente. Somente no momento em que um

¹¹⁴ SAVATIER, René. Cours de droit civil. Paris: Librairie Générale de Droit & de

obstáculo impede definitivamente a execução de uma determinada obrigação, ela já não pode ser considerada como sendo uma obrigação civil, considerando que passa a assumir claramente o caráter de obrigação natural.

Especificamente, o nosso Código Civil menciona a questão inerente à obrigação natural em seu artigo 970. É uma expressão legal confusa, pois que, no caso de prescrição da dívida, desaparece a correspondência acionária, mas, persiste o efetivo direito do credor.

Segundo o ensinamento de Ripert¹¹⁵, as obrigações naturais são, como toda obrigação, morais. Há obrigações morais que se convertem em obrigações civis por força da Lei ou do juiz de Direito. Entrementes, há outras que somente se convertem se o devedor assim o pretender. Estas seriam as obrigações naturais.

Para fins de lembrança doutrinária, Bonnecase¹¹⁶ considera que não há obrigações naturais, uma vez que não há Direito Natural.

O nosso Código Civil também cuida do assunto no artigo 971. Neste sentido, na correspondência de causa ilícita. Doutrinariamente, pode-se concluir que uma obrigação considerada natural com uma causa ilícita, não pode ser considerada obrigação natural. O Direito Natural não reconhece, como também, não protege o ato ilícito. E com muito mais razão que o Direito Positivo.

No contexto doutrinário, a obrigação moral está relacionada a uma mera questão de foro íntimo. Na verdade a sua execução diz respeito, conclusivamente, com um ato de liberalidade. Em nenhuma hipótese, juridicamente, está revestida do princípio coercitivo, em caso de não-cumprimento. Filosoficamente, dever moral não constitui nenhum vínculo

Jurisprudence, 1949. p. 212.

¹¹⁵ RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1935. p. 387.

jurídico. Não é demais ressaltar que a Moral está afeita intimamente com a Ética, porque esta é a essência primordial daquela. A satisfação de uma obrigação moral é uma problemática de consciência, nada mais. É cumprida, conseqüentemente, na proporção de nossa determinação de vontade e de mera liberalidade.

Savatier¹¹⁷ ensina que toda obrigação é moral, considerando que as obrigações naturais seriam obrigações morais degeneradas, uma vez que são invalidadas pelo Direito.

Moral e Ética não são expressões sinônimas. É indispensável observar que são expressões sutilmente distintas. A Ética é a essência da Moral. Carlo Maria Martini¹¹⁸ ensina que a Moral pede que façamos aos outros aquilo que gostaríamos que nos fizessem, enquanto que a Ética é a doutrina que interessa pelas atitudes de valor do homem.

Ética e Moral devem, indubitavelmente, estar presentes de forma distinta e sempre esclarecedora em nosso ordenamento jurídico. Tal distinção faz parte da Filosofia do Direito, remontando à tradição da sabedoria grega. Moral e Ética, efetivamente, fazem parte da formação da personalidade e também do caráter, estando intimamente relacionadas com a dignidade do ser humano no seu relacionamento com o outro. É um dos problemas inerentes da alteridade. É então o entre nós. O eu e o outro.

Conseqüentemente, a obrigação moral corresponde a mero dever de consciência, cujo cumprimento se dá, tão-somente, em decorrência de uma

¹¹⁶ BONNECASE, Julien. Elementos de derecho civil. Puebla: José M. Cajica Jr., 1945. p. 189.

¹¹⁷ SAVATIER, René. op. cit., p. 211, nota 114.

¹¹⁸ MARTINI, Carlo Maria. Viagem pelo vocabulário da Ética. Lisboa: Edições São Paulo, 1994. p. 14-15.

questão de um dever ser. Neste sentido, doutrinariamente, “*Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio*”¹¹⁹. O cumprimento de uma obrigação moral está afeito a um gesto de mera liberalidade.

Finalmente, vamos tratar da obrigação civil. Esta, jurídico-legalmente, dá condições ao credor de exigir, em juízo, o integral cumprimento da obrigação. Concretamente, faz valer os direitos do credor em relação ao devedor. Não é excessivo ressaltar que a prestação jurisdicional, para os efeitos legais, é então provocada com o comparecimento do credor em juízo, fazendo valer os seus direitos. É um vínculo jurídico-legal.

Esta modalidade obrigacional possui um vínculo jurídico que sujeita o devedor ao credor, para a sua integral satisfação, quando, a partir de então, se desfaz a relação vinculativa. É uma sujeição quanto à realização de uma prestação positiva ou mesmo negativa no integral interesse real do credor.

Conseqüentemente, no mundo jurídico, este tipo de obrigação é o mais completo de todos.

A obrigação civil é o instituto mais complexo no âmbito do Direito das Obrigações. Preenche, pois, todos os requisitos legais. As formalidades para sua validade têm ressonância perfeita no universo cultural do Direito Civil.

A obrigação civil é uma das tradições mais eficazes da tradição “romano-germânica”. A sua presença marcante nos vem, para todos os efeitos, desde a época em que os romanos passaram a organizar o Direito. Na verdade, a sua tradição remonta à época das conquistas da “Lei das XII Tábuas”. Portanto, em Direito Romano, era aquela que tem todos os seus efeitos, sempre produzindo uma ação. A obrigação civil nascia no “*Jus civile*”, ou, ainda, no “*jus honorarium*”.

¹¹⁹ DIGESTO. 50, 17, 53.

Desenvolvendo a distinção do instituto obrigacional, o romanista Ebert Chamoun¹²⁰ ensina que a “*civilis obligatio*” é a obrigação munida de ação, enquanto que a denominada “*naturalis obligatio*” é a obrigação privada de previsão de propositura acionária.

O instituto foi se aperfeiçoando cada vez mais e atualmente demonstra uma sintonia precisa com a realidade do mundo jurídico-legal.

A modalidade obrigacional civil prevê a interferência jurídica para a sua solução como problemática no universo legal.

Outra característica fundamental no âmbito obrigacional é que as obrigações civis transmitem-se, enquanto que as obrigações penais não se transmitem.

Nesse ínterim, mister se torna ainda esclarecer então que em relação ao sujeito das obrigações, na esfera civil, a bem da verdade doutrinária, há o princípio da dualidade inerente ao sujeito e há o princípio da efetiva determinação do sujeito¹²¹.

Concretamente, a obrigação civil é também considerada como sendo perfeita, para distinguir, pois, da obrigação natural que é imperfeita¹²².

Por uma mera questão de argumentação, indispensável a lembrança de que a problemática obrigacional, como nós conhecemos no Brasil, com denominação de Direito das Obrigações, é desconhecida na Inglaterra, prevalecendo referências aos delitos civis (*torts*) e ao direito dos contratos (*contract*), segundo ensinamento de René David¹²³. É uma característica do direito inglês.

¹²⁰ CHAMOUN, Ebert. op. cit., p. 302, nota 23.

¹²¹ COMPENDIO Di Diritto Civile (Diritto Privato) – Manuali Giuridici. Napoli: Edizioni Simone, 1996. p. 204.

¹²² COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 1998. p. 147.

¹²³ DAVID, René. O Direito Inglês. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 107.

Sendo a obrigação civil um instituto positivo, evidencia a presença da certeza e sobretudo para fins de segurança em nosso ordenamento jurídico. Na relação obrigacional, certamente, é o instituto mais perfeito porque prevê o seu cumprimento integral, em decorrência da existência do respectivo “*vinculum juris*”.

CAPÍTULO 6

FUNDAMENTAÇÃO NATURAL DAS OBRIGAÇÕES

Sumário: 6.1 Histórico - 6.2 O mundo da natureza - 6.3 Fato Social.

6.1 Histórico

Certamente, o Direito não tem uma verdade, mas tem uma linguagem. Bastas vezes, a validade do Direito pode ser então comprometida em decorrência de uma expressão verbal defeituosa, que indica um conteúdo lingüístico impróprio e imperfeito no processo de comunicação social.

As relações de Direito não nascem para o ser humano depois da consagração do Direito Positivo. Nascem muito antes e já faziam parte integrante da consciência do homem. O Direito Positivo, com as suas características estruturais de cada povo, apenas foi elaborado com o intuito de resguardar, efetivamente, um conjunto de direitos e de obrigações. O Direito Positivo consagra, assim, os costumes ético-morais. Roma, ao organizar o Direito, teve a preocupação, e, sobretudo, o cuidado de promover a elaboração de um preceito legal contendo o reconhecimento da influência ético-moral da sociedade.

Historicamente, está assaz comprovado, o homem não dependia, antes de Roma, exclusivamente, de um preceito legal a fim de fazer respeitar um direito. Naturalmente, o seu direito sempre foi objeto de reconhecimento histórico pelo seu semelhante. É bem verdade que nem sempre reconhecer corresponde a cumprir. E isto ocorre mesmo hodiernamente, não obstante, a predominância do Direito Positivo na consagração dos povos civilizados. Possuindo a intuição do Direito, o homem ainda possui a intuição da Obrigação. Este fato é uma realidade arquetípica.

Nesta trajetória de raciocínio, temos que toda e qualquer obrigação possui uma fundamentação natural e moral. Natural e moral, respectivamente, porque na sua essência há um “vínculo de equidade” e um ato de liberalidade. Portanto, temos duas características fundamentais que reconhecem a obrigação assumida. O Direito Positivo, tão-somente, consagrou o princípio da obrigação civil. Doutrinariamente, podemos constatar que a obrigação civil está intimamente relacionada com a obrigação natural e com a obrigação moral. Efetivamente, o Direito nasce de um princípio ético-moral, que por sua vez fundamenta-se em um valor. Tem, pois, a finalidade de garantir a estabilidade social e a segurança indispensável das instituições humanas.

O ser humano tem uma consciência do dever. Esta implícita consciência do dever promove a conquista interior de valores que vão garantir o surgimento das normas positivas, no contexto social. Assim nasce o Direito Positivo, que tem sua origem no Direito Natural. O Direito, na antiguidade, era revestido de uma simbologia religiosa sobrenatural. Havia, assim, um verdadeiro ritual, que colocava em destaque a forma. E era este ritual que transmitia uma certa energia mágica às formas jurídicas. Desobedecer esta determinação interior que correspondia a uma consciência do dever, significava uma verdadeira afronta a Deus.

Aristóteles distinguiu o justo do injusto, oportunidade em que reconheceu a superioridade da lei natural, que servia sempre de modelo para as leis do ser humano. Com a civilização dos romanos também persistiu a consagração do Direito Natural, motivando o “*jus civile*” e o “*jus gentium*”. Esta fundamentação natural e moral da obrigação é algo que sempre esteve presente no contexto bíblico. As civilizações antigas constantemente estiveram preocupadas com a essência da fundamentação natural e moral das obrigações. Concluíram que referida

fundamentação correspondia à vontade que Deus transmitia ao recôndito da consciência humana.

Uma vontade transmitida com a determinação de ser cumprida. Essencialmente, como consciência de um dever. Natural e moralmente, a consciência do dever encaminha o ser humano, conclusivamente, ao cumprimento de uma obrigação assumida. É a expressão da vontade dos deuses, na antiguidade mais recuada. É a manifestação da consciência do dever, na hodiernidade. Ética e liberalidade são as características fundamentais da expressão da consciência do dever do ser humano no cumprimento integral de uma obrigação assumida, independentemente, para todos os efeitos, da existência de um preceito legal.

Nada impede que um julgamento positivo possa se ater, especificamente, ao princípio da equidade, flexibilizando assim o preceito legal vigente¹²⁴.

Heráclito ensina que todas as leis humanas são alimentadas por uma só, a lei divina¹²⁵.

Este, portanto, é o princípio fundamental de uma verdadeira consciência do dever que sempre foi uma característica da essência da condição do ser humano. Certamente, há uma dificuldade integral, neste sentido, para que o homem esteja em perfeita harmonia com este princípio na estrutura do contexto social.

Luongo da Silveira¹²⁶ reconhece em Santo Agostinho a expressão dicotômica do Direito Natural. Um que se nos afigura antes da queda original, quando o ser humano vivia mergulhado no estado da graça. O outro que passou a ser aplicado depois da desordem existente na natureza humana.

¹²⁴ PEREIRA, M. S. D. Neves. Introdução ao Direito e às Obrigações. Coimbra: Almedina, 1992. p. 102.

¹²⁵ KIRK, G. S., RAVEN, J. E., SCHOFIELD, M. Os Filósofos Pré-Socráticos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 219.

¹²⁶ SILVEIRA, José Luongo. Noções Preliminares de Filosofia do Direito. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1998. p. 191.

Conseqüentemente, nascendo o Direito do preceito ético-moral, não há como negar esta origem, devendo, pois, prevalecer o fundamento natural e moral das obrigações, nos preceitos legais dos ordenamentos jurídicos.

Inegavelmente, é da tendência natural da vontade humana para o efetivo exercício do bem que resulta o primeiro dos princípios da ordem moral. Isto corresponde, segundo o pensamento de Garrigou-Lagrange¹²⁷, a um dos aspectos do princípio da finalidade, referentemente ao prisma da razão prática, ordenadora de todas as ações do ser humano.

É neste sentido que Amoroso Lima¹²⁸ observa que Cristo vinha completar o Direito Natural com os preceitos do Direito Eterno. Ele, assim, não veio para negar as leis do homem, mas, para dar-lhes o seu fundamento espiritual e inabalável. Naturalmente, há no ser humano uma tendência latente que o induz à prática constante do bem. É um dever de plena consciência. O homem possui uma intuição do bem. Isto é a efetiva origem do preceito ético-moral que o conduz ao cumprimento integral de uma obrigação assumida. O Direito Positivo não é garantia plena para o ser humano, em nenhuma circunstância. Certamente, possui as características inerentes à certeza e à segurança. Todavia, pode encontrar dificuldades diante da manifestação da má-fé em algum litigante.

O Direito Natural pode despertar no ser humano a consciência do dever que está latente em sua dignidade original e isto não é possível no Direito Positivo, onde a vontade individual não prevalece. Nesse ínterim, o preceito ético-moral é o fundamento original do Direito Positivo. Portanto, o ser humano reconhece a

¹²⁷ GARRIGOU-LAGRANGE. Le réalisme du principe de finalité. Paris: Desclée De Brouwer. [s.d.] p. 139.

¹²⁸ LIMA, Alceu Amoroso. Introdução ao Direito Moderno. Rio de Janeiro: AGIR, 1961. p. 80.

fundamentação natural e moral das obrigações civis. Biondo Biondi¹²⁹ destaca que a Moral é sempre o verdadeiro fundamento do Direito, seu elemento preponderante.

É imperativo ressaltar que no Direito Romano, o “*proetor*” podia, à sombra do “*imperium*” de que estava efetivamente investido, deixar de aplicar a norma jurídica e recorrer pois à eqüidade como fonte de Direito para corrigir e completar então o “*jus civile*”, muito antiquado e rígido¹³⁰. Tradicionalmente, temos esta herança revestida do “vínculo ético” que pode muito bem estar ainda presente em nossos ordenamentos jurídicos como fundamentação natural e moral das obrigações.

6.2 O mundo da natureza

Filosoficamente se expressando, em um sentido assaz de pluridimensionalidade, temos que o mundo da natureza compreende tudo aquilo que existe na totalidade da independência inerente à atividade humana. Este mundo, ainda desconhecido profundamente em muitos sentidos, é regido pelo princípio da causalidade, presente concretamente nas denominadas leis naturais.

O ser humano ao entrar em contato com este mundo tem a plena consciência de sua inviolabilidade, porque as leis naturais não comportam nenhuma modalidade de exceção. Inquestionavelmente, as leis naturais enunciam fatos que ocorrem de forma indispensável. O fenômeno natural acontece para o ser humano de conformidade com o seu enunciado correspondente. Jamais poderá ocorrer de uma maneira diferente.

¹²⁹ BIONDI, Biondo. *Arte Y Ciencia Del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953. p. 148.

¹³⁰ GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao Estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1968. p. 86.

O homem está constantemente investigando a natureza, a fim de procurar desvendar os seus enigmas mais recônditos. Na verdade, homem e natureza devem coexistir de uma maneira pacífica, para que se cumpra integralmente o equilíbrio cósmico.

As leis naturais possuem um sentido de grandiosidade e harmonia. Sendo o ser humano capaz de produzir cultura, é possível, em determinadas circunstâncias, trabalhar a natureza.

A natureza, em sua monumental complexidade, ainda é um verdadeiro mistério para a compreensão da inteligência do ser humano. A perfeita harmonia das leis naturais tem uma identidade profunda com a lei divina, na conclusão do Aquinate. Não é excessivo lembrar que a natureza desperta no homem um princípio de inegável admiração. As leis naturais guardam um verdadeiro princípio de identidade ética com a divindade. Jamais o ser humano terá um domínio absoluto sobre a natureza. Ela é harmoniosa até em sua condição de indomabilidade.

A própria expressão natureza possui um sentido extraordinariamente abrangente no conhecimento humano. Pode significar desde uma relação de manifestação da própria vida, também a essência da alma, assim como, o recôndito das nossas preocupações¹³¹. Ao procurar indagar a natureza, o ser humano é transportado à essência do próprio sentido da sua existência. E é justamente neste mundo que o homem procura trabalhar como enunciador de valores. É na natureza que o homem começa a produzir os seus valores. E como consequência domina o mundo cultural, na sua expressão mais eloqüente.

A cultura é o universo das realizações humanas, de tudo quanto o ser humano cria e produz com o intuito de adaptar a natureza à correspondência de suas necessidades indispensáveis.

¹³¹ WATANABE, Lygia Araujo. Platão – por mitos e hipóteses. São Paulo: Moderna, 1996.

A perfeita harmonia existente na natureza serve de indicativo para o ser humano se harmonizar consigo mesmo. Neste mundo da natureza, o homem procura descobrir a essência verdadeira dos valores para a integral manifestação do seu universo ético-moral.

6.3 Fato social

Sociologicamente se expressando, o verdadeiro sentido de fato social nos remete às mais profundas investigações. A expressão fato social tem uma conotação multidimensional, no mundo da cultura humana. Tanto pode estar relacionado com um acontecimento no contexto social como também pode estar condicionado à constatação de uma determinada investigação para uma conclusão sociológica.

O fato social, qualquer que seja, sempre está despertando a atenção do ser humano. Há uma preocupação de análise quanto à sua estrutura para poder explicá-lo de uma forma satisfatória. O que é, na verdade, o fato social? Durkheim¹³² define o fato social como sendo toda maneira de agir, suscetível de exercer sobre o ser humano uma coerção exterior, independente das manifestações individuais que possa ter.

Assim, pois, o fato social se nos apresenta como sendo uma possibilidade objetiva de verificação, de constatação ou de controle, e, conseqüentemente, também, de descrição ou de previsão, segundo Abbagnano¹³³.

O fato social tem uma importância fundamental no mundo jurídico-legal. A bem da verdade, ele justifica as transformações operadas nos ordenamentos

p. 118.

¹³² DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Nacional, 1966. p. 12.

¹³³ ABBAGNANO, Nicola. op. cit., p. 408, nota 48.

jurídicos. A sua estrutura não pode ser estática, porque o fato social exerce uma influência nas conquistas culturais do ser humano.

Historicamente, o fato social também possui certas características que correspondem à exterioridade, à coercitividade e à generalidade. São características específicas referentes à definição do fato social.

Assim, pois, o fato social é o verdadeiro objeto da Sociologia. O fato social é exterior aos seres humanos, considerando que ele existe e atua sobre o homem de uma maneira independente de sua vontade ou mesmo de sua adesão consciente. As regras sociais, os costumes e as leis já têm plena existência antes do nascimento dos seres humanos, são a eles impostos então por mecanismos de coerção social. Desta feita, o fato social é coercitivo e provido de existência exterior às consciências individuais.

É imperativo destacar que é social todo fato que é geral, uma vez que se repete em todos os seres humanos, ou mesmo, em relação à maioria dos homens. Durkheim aconselhava que o sociólogo deveria encarar o fato social como uma coisa, ainda assim, como objeto, pela sua característica de exterioridade. Com isso, o fato social deveria ser medido, ser observado e ser comparado, independentemente do que o homem pensasse ou declarasse a respeito de sua ocorrência constatada.

O fato social, em qualquer circunstância científica, é indispensável que seja devidamente explicado por causas sociais¹³⁴.

Evidentemente, se é da natureza do fato social ser tratado como coisa, então, ele pode e deve ser estudado de forma objetiva. O seu estudo pode e deve ser científico¹³⁵.

¹³⁴ COSTA, Maria Cristina Castilho. Sociologia – Introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1991. p. 51.

¹³⁵ LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral. São Paulo: Atlas, 1982. p. 56.

Portanto, o objeto da Sociologia – fato social – é revestido de caráter objetivo, uma vez que, determina o caráter social da ação a partir da coerção que é exercida do exterior sobre a conduta do ser humano. Durkheim entendia que para explicar o fato social havia necessidade de investigar as causas sociais e não meramente históricas, psicológicas e biológicas.

CAPÍTULO 7

FUNDAMENTAÇÃO MORAL DAS OBRIGAÇÕES

Sumário: 7.1 Moral e Ética - 7.2 O conceito axiológico - 7.3 Direito Natural Transcendental Axialógico.

7.1 Moral e Ética

A problemática alusiva ao ético-moral era a alma nacional da Hélade. Todavia, a sua constante reflexão sobre os valores morais, bem pensada, séria e nobre, tem já um verdadeiro aspecto de racionalidade. Os gregos eram felizes com todos os seus deuses e heróis. O bem moral era a trajetória segura, para a eterna comunhão com os seus deuses, e, para a reconhecida gratidão com os seus heróis. O núcleo de toda a investigação filosófica estava restrito ao ser humano. Os gregos descobriram a essência da dignidade original do homem. E com isso, o bem moral passou a direcionar a conduta do povo heleno.

O que nos impressiona em Hesíodo é a gravidade extraordinariamente vigorosa de um sentimento de moralidade. Zeus é, sem sombra de dúvidas, o modelo de uma determinada modalidade de justiça, em algumas circunstâncias. O ser humano nunca, em sua história, foi tão promovido, como na Grécia. Era uma promoção profundamente integral. Pode-se dizer que a Hélade descobriu os recônditos mais insondáveis da natureza humana, por intermédio dos seus poetas e dos seus filósofos. E foi justamente nesta descoberta que a Moral se manifestou como uma característica da dignidade humana. Ao ser questionada em todos os seus valores, a Ética se manifestou como sendo a Moral filosófica. Moral e Ética não são expressões sinônimas, desde o apogeu intelectual da Grécia.

Neste sentido, houve um longo esforço de codificação e de formulação da experiência moral.

Era uma tentativa de expressão do Direito mais puro em sua manifestação no contexto social. Conseqüentemente, pode o Direito, também, ser considerado como um produto de uma experiência espiritual. O ser humano possui em seu interior a verdadeira intuição de um mundo ético-moral. Este mundo determina à consciência do homem a dimensão do bem moral. Maritain¹³⁶ é taxativo quando conclui que a obrigação moral assenta sobre o valor. O bem deve ser feito e o mal deve ser evitado.

A razão formal da obrigação moral é a bondade da conduta do ser humano em toda a sua expressão pluridimensional. Na verdade, tendo o homem a plenitude da consciência do dever, a obrigação moral se impõe na sua personalidade e no seu respectivo caráter. A noção do bem moral é uma herança arquetípica, então, que conduz o homem a praticar a virtude. A regra moral não é, desta feita, independente da lei natural, desde, efetivamente, que se conceba esta como o pretende Platão. Vale ressaltar que a moral mística do Ateniese seria, assim, uma moral naturalista, mas, certamente, de uma modalidade pouco comum no universo dos valores humanos.

Ao se pretender que, antes do advento do Direito Positivo, o ser humano não seria induzido, por um preceito ético-moral, a cumprir uma obrigação assumida, significaria conduzir o positivismo jurídico às últimas conseqüências.

Os helenos jamais conceberam a vida moral, por mais elevada que fosse, sem ter a felicidade por recompensa. Justamente é neste sentido que podemos conceber uma verdadeira fundamentação natural e moral no cumprimento de uma obrigação assumida. O preceito ético-moral é indispensável na essência do cumprimento integral de uma obrigação assumida, independentemente da existência

¹³⁶ MARITAIN, Jacques. Problemas Fundamentais da Filosofia Moral. Rio de Janeiro: AGIR, 1977. p. 98.

de um preceito legal coercitivo. Nunca esteve o ser humano desvinculado das noções do dever e da consciência frente a uma obrigação assumida.

É bem verdade que, com o valor, nós nos situamos concretamente na ordem da essência, enquanto que, com a finalidade, nós nos localizamos na ordem da existência. A primeira problemática alusiva ao fator existencial para nós é o conhecimento do sentido da nossa vida, e, conseqüentemente, imprimir à nossa existência este sentido, que é, portanto, o verdadeiro. A ordenação ao fim último não funda a obrigação moral, mas a supõe. Todavia, para todos os efeitos, a eficácia existencial, a vigência da obrigação moral, depende da ordenação ao fim último.

O advento do Direito Positivo corresponde à conseqüente ausência de eficácia do bom senso, em toda a sua plenitude, entre os seres humanos, ou seja, ainda, a progressiva desumanização das instituições. Neste sentido, é perfeitamente possível que o cumprimento integral de uma obrigação assumida volte a se concretizar mediante a fundamentação natural e moral. Historicamente, há esta possibilidade, mesmo sendo remota, mas, justificável segundo a conclusão de Vico, referentemente aos “*corsi e ricorsi*”, observando-se um reaparecimento com elementos e sentidos renovados, considerando que o fato histórico nunca se repete em sua essência.

Obviamente, o ser humano é essencialmente incompleto. Corresponde a um projeto, cuja existência é um constante processo em aperfeiçoamento. A humanização do ser humano em seu todo pluridimensional diz respeito a uma realidade claramente existencial em permanente conquista. Neste sentido, Ética é a reflexão sobre a ação humana, para extrair dela o conjunto excelente de ações¹³⁷. Com isso, o sentido verdadeiramente ético é transformado em uma espécie de legislador eficaz da conduta moral dos seres humanos e da respectiva comunidade.

¹³⁷ SANTOS, Antônio Raimundo dos. Ética – caminhos da realização humana. São Paulo:

A fundamentação natural e moral inerente a uma obrigação assumida que é cumprida, na sua essência ético-moral, corresponde a um verdadeiro ato de virtude, “*aretê*”, para a comunidade helena clássica. E, para tanto, o triunfo da virtude é a vitória do homem sobre si mesmo¹³⁸. Ninguém, realmente, é virtuoso para si mesmo. Ética é uma conquista consciente do ser humano. É a plenitude de realização existencial do ser em sua constante manifestação como detentor de valores positivos em sua conduta social e consigo mesmo. A “*aretê*” é a plenitude da justiça em sua essência social. É indispensável lembrar que a ética da “*aretê*” é, primordialmente, uma ética natural.

Desta maneira, a vivência ética do ser humano consiste no exercício, em toda a sua plenitude pluridimensional, referentemente da justiça na comunidade em que vive. Apesar deste conceito ético, a Ética em si se manifesta em diversas modalidades que correspondem às correntes do pensamento humano. Todavia, a sua finalidade única é a felicidade integral do nosso projeto humano. Portanto, uma vivência pautada nos preceitos ético-morais corresponde a uma vivência de acordo com uma justiça em seu sentido multidimensional. A sociedade é regida pelo princípio da Justiça. Vivenciar o preceito ético-moral é vivenciar a plenitude da Justiça.

Reconhecer um determinado direito é um ato eminentemente subjetivo e dizer o Direito corresponde a um ato explicitamente objetivo. O julgador, diante de toda e qualquer circunstância social, deve pluridimensionalizar de forma profundamente abrangente a aplicação da lei ao caso concreto.

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil claramente prevê, em caso de omissão, que o juiz de Direito decidirá (ato de determinação do Estado) o caso de conformidade com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim, pois, o intérprete oficial da legislação deverá utilizar-se de métodos especiais adequados para suprir a lacuna, como meio indispensável de integração do Direito. Neste sentido, são fundamentais, como meio de integração do Direito, a equidade e a analogia. Esta conclusão (consagração) legal reconhece que nenhum ordenamento jurídico é perfeito.

Já no próximo dispositivo legal (artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil), há a previsão no sentido de que, na aplicação da lei, o juiz de Direito, então, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum. O Direito possui uma característica ideológica do grupo social que o elaborou. Todavia, em nenhuma circunstância, o juiz, ao dizer o Direito, deverá dizê-lo de acordo com a sua concepção ideológica, e, sim, de conformidade com a realidade-necessidade social. Neste sentido, é perfeitamente possível dizer o Direito, reconhecendo a sua efetiva realidade de princípio ético-moral.

O princípio ético-moral, em toda a sua plenitude, e, abrangência, deve sempre direcionar a elaboração de um ordenamento jurídico, considerando a sua realidade de efetiva essência do Direito Positivo. Nesse ínterim, é que reside a fundamentação natural e moral das Obrigações. O não-cumprimento de uma obrigação assumida, em qualquer circunstância, pode promover na intimidade da dignidade original do ser humano uma modalidade de sanção, bastas vezes, com efeitos mais presentes do que a sanção consagrada no Direito Positivo.

A sanção do Direito Positivo tem o seu limite de duração na vida humana. Contudo, os efeitos de uma sanção ético-moral – remorso, arrependimento – são, dependendo da formação espiritual do ser humano, muito mais devastadores e marcantes em sua intensidade do que os efeitos de uma sanção promovida pelo Direito Positivo.

¹³⁸ ROBIN, Leon. op. cit., p. 121, nota 51.

Nos meandros de sua consciência, o ser humano sempre encontra a paz interior, quando cumpre integralmente a sanção imposta pelo Direito Positivo. Entrementes, a paz de consciência nunca será atingida, em sua plenitude, em decorrência da imposição da sanção ético-moral. Para todos os efeitos, é imperativo destacar que um ser humano é certo se observa normas ético-morais, independentemente, de sanções sócio-legais. Uma sanção ético-moral nos é imposta pela nossa própria consciência. Com isso, o conceito ético de justiça se nos apresenta, efetivamente, como uma conclusão da nossa própria consciência. Maritain observa que há uma mola mental preexistente e sempre determinando que devemos fazer o bem e não o mal. Para tanto, as proibições sociais estão implantadas na consciência inclusive do ser humano primitivo porque já antes e naturalmente o mesmo tem o sentimento da obrigação moral¹³⁹.

7.2 O conceito axiológico

Temos que a Axiologia é de suma importância para a consciência ético-moral do ser humano. O processo ético-moral se desenvolve na consciência do homem a partir de uma concepção de valor. Arquetipicamente, o ser humano possui este verdadeiro potencial em sua essência existencial. O conceito axiológico é fundamental para o direcionamento da conduta humana no contexto social. O potencial axiológico do homem vai naturalmente se desenvolvendo na proporção em que ele amplia efetivamente a sua consciência pluridimensionalmente. Sem uma expressão do conceito axiológico, o ser humano não tem condição de construir, interiormente, o seu mundo, e, de desenvolvê-lo em observância aos preceitos ético-morais que estão latentes, potencialmente, em sua essência espiritual. O valor é

¹³⁹ MARITAIN, Jacques. op. cit., p. 107, nota 136.

uma expressão da consciência humana. É, pois, a essência da vida ético-moral do homem que se manifesta com rigor no contexto social.

O valor está intimamente relacionado com o bem moral. Somente o ser humano, na esfera ontológica, está inserto na ordem moral. O bem como valor moral. Esta é uma nova experiência na essência humana, ou seja, a ordem moral. Axiologicamente, é um mundo pleno de potencial positivo em nossa vida. O homem tem uma noção de valor que está presente na sua vida interior. O ser humano tem a intuição do valor em sua consciência. Uma intuição que se manifesta no conceito e no reconhecimento do valor em sua influência em nosso universo ético-moral. O bem moral é o que se denomina o bem honesto. Honesto, neste sentido, significa bom em si e por si. Analisando o pensamento de Max Scheler, Bochenski destaca que o valor fundamenta o dever ser ideal e este é o fundamento do “dever-ser” normativo¹⁴⁰. Conseqüentemente, não é correto, filosoficamente, manifestar a intenção de se construir a Ética no “dever-ser” normativo. É bem verdade que quando procuramos investigar onde o valor moral está fundamentado, temos que, há mais de dois milênios, se enraíza no mundo da metafísica e da própria religião. O conceito axiológico é indispensável para que possamos conhecer a lei de nossa atividade moral e o que fundamenta o seu valor absoluto, e, conseqüentemente, a própria natureza do dever. O problema moral consiste em definir qual a essência de nossa perfeição, quer dizer, em que consiste o fim último de nossa natureza. Efetivamente, todos os atos humanos têm um fim último¹⁴¹.

¹⁴⁰ BOCHENSKI, I. M. op. cit., p. 143, nota 76.

O ser humano tem necessidade de investigar o seu mundo interior, para uma melhor compreensão dos valores que direcionam a sua própria conduta no contexto social. Os preceitos ético-morais têm uma atuação constante na vida do ser humano em sociedade.

Filosoficamente, a derradeira categoria ôntica do Direito – correspondente ao sentido ou conteúdo axiológico – é a que alude à problemática da fundamentação do Direito, ou o seu problema axiológico. Pode o Direito constituir em si mesmo um valor? Tem em si mesmo o seu próprio fundamento ou necessita de estar se fundamentando em algo de superior ou diverso da sua própria essência? Entre outros questionamentos, inerentes ao fundamento do Direito, ele afirma o seu respectivo valor ou então exprime a sua validade?

Conseqüentemente, ao pretendermos analisar o problema do fundamento do Direito, inquestionavelmente, teremos então de considerar, sucessivamente, a idéia correspondente ao Direito Natural e a própria idéia de Justiça. Este processo de investigação filosófica nos conduz à essência de problemática tão complexa existente no universo da cultura humana. Não é excessivo ressaltar a importância de um conceito axiológico para o mundo da cultura jurídica.

Para tanto, um dos aspectos da problemática ética, em Platão, corresponde ao questionamento moral e político sobre a essência da justiça e das leis¹⁴². Inegavelmente, devemos conceber a idéia da constante importância do valor em relação à vida dinâmica de todo e qualquer ordenamento jurídico. O valor é o fundamento da aspiração maior do Direito que corresponde a distribuir a Justiça. O valor tem a sua problematização característica, uma vez que o seu verdadeiro sentido está intimamente relacionado com as estruturas da própria Justiça. Com

¹⁴¹ JOLIVET, R. Curso de Filosofia. Rio de Janeiro: AGIR, 1966. p. 354.

¹⁴² OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Tractatus Ethico-Politicus. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 41.

isso, o valor jurídico é de suma importância para a receptividade do Direito no contexto social.

Conclusivamente, o valor jurídico é essencialmente ético, com o objetivo inerente à qualidade da ação humana, em toda e qualquer circunstância social.

7.3 Direito Natural Transcendental Axiológico

Não obstante ser considerado por muitos doutrinadores como sendo o “Pai do Direito Natural”, a Moral do Estagirita é essencialmente defeituosa, uma vez que é sem obrigação, e, ainda mais, não possui nenhuma forma de sanção. Um dos grandes problemas da filosofia aristotélica, sem dúvida alguma e principalmente se considerarmos a sua extraordinária influência no pensamento jurídico-filosófico de todos os tempos. Na verdade, desenvolvendo o pensamento platônico, Aristóteles é o filósofo que começa a sistematizar concisamente a doutrina do Direito Natural. Platão faz uma distinção entre uma lei verdadeira que também considera como sendo justa e uma lei positiva. Efetivamente, para o Ateniense, a lei verdadeira e justa formaliza a medida e o critério para a lei positiva. Conseqüentemente, é com Aristóteles, no mundo grego, que o Direito Natural atinge uma expressão elevada. É em seu tratado sobre a Ética que ele ensina sobre o que é justo por natureza. Para o romano Cícero, esta lei natural é de raiz divina, sendo imutável e necessária, ditando o bem e proibindo o mal. É uma lei que está presente na própria consciência do ser humano. Paulo de Tarso, formado em Jurisprudência na Escola de Jerusalém, sob a orientação de Gamaliel, concebia o Direito Natural na condição daquele que é sempre equitativo e justo. Esta destacada conclusão também está presente no pensamento do jurisconsulto romano Paulo¹⁴³.

¹⁴³ DIGESTO. I, 1, fr. 11.

Assim, pois, o Direito Natural está constituído por regras fundamentais. Está acima do Direito Positivo.

Santo Tomás de Aquino tem no Direito Natural a fundamentação ontológica da Justiça, da Lei e do Direito. Referida fundamentação é inerente a uma Metafísica muito desenvolvida. A retidão e o bem estão nas coisas mesmas. O homem tem plena consciência da existência de um Direito que antecede em muito o Direito Positivo. E este Direito sempre fez parte integrante da consciência universal, em qualquer momento histórico ou em qualquer circunstância cultural. O Direito Natural está perfeitamente inserido na cultura espiritual do ser humano. Efetivamente, faz parte da dignidade original do homem. O ser humano, por intermédio de um conhecimento intuitivo, constata os primeiros princípios da lei natural¹⁴⁴.

Conseqüentemente, o Direito Natural promove no ser humano o despertar de uma plena consciência de valores ético-morais que se constituem na fundamentação natural e moral do efetivo cumprimento integral de uma obrigação assumida. Estando mais afeito aos preceitos ético-morais, o Direito Natural, inquestionavelmente, impõe uma sanção interna à condição humana, independentemente da presença do Direito Positivo. Evidentemente que isto não está explícito na moral aristotélica. Todavia, acredita-se que o Estagirita tinha uma consciência implícita da natureza de uma sanção predominante no universo da Moral. Leclercq¹⁴⁵, neste sentido, demonstra admitir que a Moral manda, com fundamento no Decálogo. Neste mesmo raciocínio, Leclercq conclui que “a *Moral domina o Direito*”.

¹⁴⁴ MONREAL, Eduardo Novoa. Qué queda del Derecho Natural? Buenos Aires: Depalma, 1967. p. 16.

¹⁴⁵ LECLERCQ, Jacques. Do Direito Natural à Sociologia. São Paulo: Duas Cidades, [s.d.] p. 44.

Josserand¹⁴⁶ ensina que as fronteiras entre o Direito e a Moral só existiram na imaginação de alguns juristas. Ele conclui que o Direito não é mais do que a moral social, a Moral em ação, “*a Moral na medida em que se torna suscetível de coerção*”.

Teologicamente, quando se trata de relacionar a doutrina do livre arbítrio, tem-se que a obrigatoriedade do Direito Natural surge da natureza do objeto mesmo.

A problemática alusiva às relações entre o Direito e a Moral normalmente está profundamente relacionada com o Direito Natural.

A grande contribuição de Thomasius corresponde efetivamente à distinção entre a Moral – norma que visa a interioridade do ser humano – e o Direito Positivo – que regulamenta a conduta exterior do homem, objetivando a paz social. Entrementes, temos o jusfilósofo Kelsen que observa que “*o Direito Natural é fruto da imaginação humana*”. Esta conclusão nunca foi pacífica entre os doutrinadores, considerando que ela radicaliza extremadamente o positivismo jurídico. Não podemos então nos esquecer que a verdadeira matriz do Direito Natural é, indubitavelmente, a natureza racional do ser humano, ou, a reta razão. Hugo Grócio, neste sentido, observa que “*o Direito Natural existiria mesmo que admitíssemos que Deus não existe*”.

Desta feita, a fundamentação natural e moral da obrigação está profundamente implícita na consciência do ser humano e fazendo parte integrante do universo dos seus valores recônditos. A natureza essencial do homem direciona a sua mais íntima conduta social porque isto lhe proporciona uma verdadeira paz interior, principalmente quando cumpre, integralmente, uma obrigação assumida, independentemente dos ditames previstos no Direito Positivo.

¹⁴⁶ JOSSERAND, Louis. De l'esprit des lois et de leur relativité. Paris: [s.c.p.], 1994. nº 254.

Reale¹⁴⁷ entende que o Direito Natural Transcendental *“resulta da constatação de que o homem, através do processo dialógico da história, vai tomando consciência de determinados valores fundamentais, como, por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana, os quais, uma vez trazidos à luz da consciência histórica, são considerados intangíveis”*.

Certamente, é algo que está relacionado com a verdadeira essência da natureza do ser humano. A pessoa humana é um problema que não se esgota no âmbito da própria Ontologia. É algo muito mais profundo e expressivo. Neste sentido, ao ampliar o horizonte da sua própria consciência, o ser humano vai descobrindo, cada vez mais, novos valores que passam a ser fundamentais para a sua evolução espiritual. Com isso, pluridimensionaliza o sentido do próprio exercício da cidadania no desenvolvimento efetivo do processo de alteridade.

Del Vecchio¹⁴⁸ concebe o Direito Natural como sendo o verdadeiro ideal da Justiça, representando um dos mais altos valores espirituais, sendo que, sem ele, perde a vida todo o valor. Portanto, o Direito Natural pode ser então considerado como uma verdadeira herança sagrada. Herança que predomina na essência da natureza humana, desde o momento que tivemos a plena consciência da nossa identidade espiritual. Poderia até ser questionado: qual é a verdadeira origem do Direito Natural? Qual seria o seu verdadeiro sentido ontológico para a condição espiritual do ser humano?

Historicamente, temos testemunhado que muitos doutrinadores têm se dedicado exaustivamente na análise de problemática tão complexa! Ao questionarmos a respeito da origem do Direito Natural, não poderíamos chegar à conclusão de que o mesmo tenha nascido com o ser humano? Mais

¹⁴⁷ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 109.

¹⁴⁸ DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 310.

ainda: que há um verdadeiro processo de alteridade em relação ao próprio homem! O ser humano e o Direito Natural experimentam um processo nítido de coexistência efetiva e afetiva. Não podemos nunca fazer uma idéia do homem independentemente da noção do Direito Natural. O Direito Natural faz parte integrante da essência do homem como realidade histórico-espiritual.

Fazendo um paralelo com o Direito Natural, Kant escreveu que “*se a justiça desaparecesse, não valeria a pena que os homens vivessem sobre a terra*”. Portanto, é um Direito Natural afeito à Justiça! Não é excessivo destacar que à Justiça nós devemos consagrar os nossos maiores sacrifícios. Temos a própria orientação evangélica: “*Beati qui persecutionem patiuntur propter iustitiam, quoniam ipsorum est regnum caelorum*”. Neste sentido, podemos até concluir que o ideal da Justiça está intimamente relacionado com a própria caridade.

CAPÍTULO 8

OBRIGAÇÕES E TEORIA DOS VALORES

Sumário: 8.1 A ação humana e os seus valores - 8.2 Os valores e as Obrigações.

8.1 A ação humana e os seus valores

A ação humana deve estar sempre embasada por um determinado valor que a direcione em sua manifestação face ao contexto social.

A ação humana é um ato exclusivo e consciente da inteligência. A nossa inteligência é o instrumento que nos leva à descoberta e à compreensão ontológica do mundo dos valores. O homem é um ser que possui plena consciência da noção dos valores. O ato de agir deve sempre corresponder à observância conseqüente de um determinado valor. O valor proporciona, inquestionavelmente, o verdadeiro sentido de vida à conduta humana. Nesta maneira específica, quando a ação humana não corresponde a um determinado sentido de valor, então a sanção nasce da responsabilidade, e, é, na sua expressão mais geral, a recompensa ou o castigo exigidos pela observância ou pela violação do dever.

Em qualquer circunstância da vida humana, o valor será sempre uma necessidade para a efetiva medida da nossa ação social. A justiça exige que o bem seja recompensado e que o mal seja punido. Sem este sentimento, a nossa atividade moral perderia um componente precioso e mesmo indispensável para que o nosso mundo interior permanecesse em constante harmonia. Verdadeiramente, o homem necessita de um valor que corresponda à sua forma de agir, constantemente, no contexto social. Certamente, a sanção da consciência é o resultado da violação inerente à lei moral.

Assim é que, como Sócrates, o ser humano deve saber então o valor da ação moral e da intenção moral, uma vez que na verdade, elas dependem de sua escolha, de sua decisão, de seu empenho. Elas têm, conseqüentemente, a sua verdadeira origem, na esfera do valor¹⁴⁹. O efetivo conhecimento do valor encaminhará, em qualquer circunstância, a conduta do ser humano na constante prática do bem e na condenação do mal. O valor é a conseqüência da existência de um mundo ético na interioridade do ser humano. Evidentemente, na proporção em que o homem, visando o seu progresso espiritual, se aperfeiçoa, o valor se destaca pela sua constante hierárquica. Fundamentalmente, devemos conviver com a idéia de uma hierarquia de valores na determinação da conduta humana.

Demóstenes¹⁵⁰ estabelece, inclusive, uma hierarquia de valores nos ramos do saber humano, quando situa a filosofia grega no mais alto da escala de valores divinos.

O ser humano, no mundo dos valores, está, constantemente, preocupado com a verdadeira noção do dever e do Direito.

Desta feita, o dever como a obrigação moral de fazer o bem é uma constante na vida social do homem. A verdadeira essência do dever consiste, pois, em uma necessidade moral. Neste sentido, de tal forma que a vontade não possa nunca se desviar do dever sem conturbar a ordem da própria razão ou então violar um direito do seu semelhante. Para os tomistas, os fundamentos da obrigação moral estão afeitos à razão, à sociedade e a Deus. Bastas vezes, ao atribuímos um valor determinado à conduta humana, podemos até provocar um conflito de deveres. O dever faz parte do universo dos valores humanos.

Na ordem moral, etimologicamente, o direito deve conduzir o ser humano, sem nenhum desvio, ao seu fim último. O direito está relacionado com um poder

¹⁴⁹ HADOT, Pierre. O que é a filosofia antiga? São Paulo: Loyola, 1999. p. 61.

moral. É um poder que está supedaneado na razão e na lei moral. Portanto, neste sentido, o direito é o poder moral de possuir, fazer ou exigir alguma coisa na esfera social. Por isso, somente o ser humano é capaz de direitos e obrigações, conforme está previsto no artigo 2º do Código Civil. Assim, pois, o objeto do direito corresponde a um ato moral que se pode cumprir ou exigir que outro cumpra.

No âmbito doutrinário, são reconhecidas, efetivamente, algumas propriedades inerentes ao nosso direito. A inviolabilidade é a propriedade essencial do direito porque deve então subsistir em toda a sua força. O direito corresponde, pois, à ordem ideal estabelecida pela lei. A coação é outra propriedade indispensável, porquanto o nosso direito é exigível sempre que for necessário. A limitação é outra propriedade do direito, eis que, este tem os seus limites porque está fundamentado em uma lei que, por sua vez, objetiva a um fim que é determinado. O direito se reconhece apenas no limite preciso da legislação em vigor. Em determinadas situações, há a possibilidade de um direito entrar em conflito com um outro direito. A bem da verdade, este conflito é apenas aparente, em sua manifestação, considerando que não há direito contra direito.

Todo e qualquer ordenamento jurídico deve ter por objetivo fundamental proporcionar a Justiça no contexto social. A tradição doutrinária da Justiça, lembrando de uma forma consagrada o pensamento aristotélico, faz uma distinção entre a comutativa – que dirige e regula a igualdade das transações entre os seres humanos – e a distributiva – que fundamenta pois o direito que a sociedade tem de exigir do cidadão aquilo que é indispensável para seu fim, como também, de tratar cada ser humano de acordo com os seus méritos e as suas necessidades.

¹⁵⁰ DEMÓSTENES. Oração da Coroa. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1956. p. 108.

Observando este raciocínio, temos que a justiça consiste na vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe é devido¹⁵¹.

A ação humana deve estar sempre fundamentada em um determinado valor para que a sua expressão seja eficaz no contexto social. A ação humana não pode corresponder efetivamente a um ato moral a não ser que proceda da vontade livre. Referida ação humana, em se tratando de uma graduação de valor moral, dependerá, conseqüentemente, do grau de liberdade com que for realizada. A ação humana não se manifesta, tão-somente, à nossa consciência como um ato voluntário e livre, mas, ainda, como uma verdadeira conseqüência moral, pois que, possui uma propriedade que tanto pode ser positiva quanto certamente pode ser negativa.

A ação humana deve estar sempre relacionada com o valor de uma hierarquia da sanção. Os estóicos, na antiguidade clássica, e, mais recentemente, Kant, admitiram com bastante ênfase, que a idéia de sanção arruinaria a Moral, tornando a prática do bem interessada. Esta conclusão não corresponde a bem da verdade com a realidade, porquanto a sanção é uma com o bem e o mal. Não existe Moral sem idéia de bem e de mal.

Teologicamente, o valor moral cristão, como realidade ética genérica, diz respeito à construção normativa do humano. Desta feita, é na realização ideal do humano que está situado o constitutivo do valor moral¹⁵². É imperativo destacar, nesse ínterim, que o constitutivo específico do valor moral cristão é Jesus Cristo. Este cristocentrismo do constitutivo do valor moral cristão pode ser identificado em inúmeras manifestações da ação humana. Toda e qualquer norma inerente à Moral sempre corresponde à expressão de um determinado valor moral.

¹⁵¹ JOLIVET, R. op. cit., p. 369, nota 141.

¹⁵² VIDAL, Marciano. Para conhecer a Ética Cristã. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 58.

Concretamente, a Ética e o Direito, como nós hodiernamente os conhecemos, na sua expressão de origem, não são nada mais do que a filosofia do “*ethos*”. Como uma realidade doutrinária, a Ética e o Direito nascem de uma transposição efetiva deste “*ethos*” tradicional para a dimensão simbólica da experiência da transcendência, com um processo de interpretação concorde os códigos da Razão que é demonstrada no universo cultural.

Vale ressaltar que Sócrates teve a iniciativa de fundamentar a lei na interioridade da virtude. Isto deve ser considerado como sendo o marco histórico inaugural afeito ao nascimento da Moral¹⁵³. Neste sentido, podemos concluir, pois, que a Ética e a Justiça devem corresponder à filosofia da verdadeira ação humana, em seu sentido pluridimensional. É imperativo destacar que a problemática da Ética e da Justiça será sempre o centro das investigações inerentes ao Direito.

Conclusivamente, a ação humana depende em sua constante manifestação no contexto social de um código ético-moral.

8.2 Os valores e as Obrigações

Os valores são indispensáveis no contexto da moral humana. Sem a especificação de um determinado valor não há como promover uma qualificação na ação humana. O ser humano é verdadeiramente pluridimensional em sua contextura espiritual. O ato obrigacional tem assim a sua origem no mundo ético-moral. Em nenhuma circunstância está o ser humano desobrigado de proceder de acordo com as estruturas deste mundo interior. A intensidade do mundo ético-moral em sua influência na ação humana vai depender de uma hierarquia de valores na interioridade do homem. Etimologicamente, obrigação significa algo compulsório. Todavia, o sentido de obrigação está afeito à Ética. Não podemos nos esquecer que

¹⁵³ VAZ, Henrique C. de Lima. Ética, Justiça e Direito. Petrópolis: CNBB-Vozes, 1996. p. 29.

é a Ética que formaliza o Direito. O cumprimento de uma obrigação assumida é algo que nasce do nosso universo ético-moral. O Direito Positivo consagra, tão-somente, algo que o Direito Natural já prevê no mundo ético-moral do ser humano. No campo do conhecimento humano, o Direito Natural é problemático na sua efetiva ou na sua eventual concepção. Todavia, manifesta na trajetória da História uma extraordinária vitalidade. Para uns, o Direito Natural está profundamente relacionado com a natureza do ser humano. Para outros, o seu fundamento está na natureza biológica. Há, ainda, aqueles que o concebem como estando fundamentado na natureza divina. Assim, pois, sendo um Direito ideal, o Direito Natural tende a ser concebido como algo tão permanente ou intemporal. A idéia do Direito Natural, certamente, vem da mais recôndita antiguidade. Porém, foram os pensadores helenos que a formularam com uma maior clareza, distinguindo-a das formulações religiosas que a envolviam e deformavam. A fundamentação natural e moral da obrigação está perfeitamente afeita à Ética. É da Ética que nasce o verdadeiro sentido que determina o cumprimento de uma obrigação assumida no contexto social.

Filosoficamente, o que são os valores, na vida humana? Que espécie de ser lhes corresponde? Efetivamente, qual a estrutura ôntica desta classe de objetos ideais que estão constantemente presentes em nossa consciência? Eis, pois, esta temática filosófica – profundamente problematizada – que também corresponde à esfera de investigação metafísica, hodiernamente com a denominação genérica de Axiologia. E os valores sempre estão também afeitos ao verdadeiro sentido obrigacional e às suas evidentes conseqüências no mundo jurídico-legal.

A preocupação fundamental do jusfilósofo é a correspondente com o questionamento sempre presente no mundo da Filosofia: qual é a essência dos valores éticos? Qual é a proporção de sua influência no sentido obrigacional,

quando o ser humano se posiciona face a uma obrigação assumida? Os valores têm uma relação muito profunda com o preceito ético-moral. Os valores têm uma correspondência muito acentuada com a ação humana. O Direito Positivo cuida da relação obrigacional. O Direito Natural cuida do sentido da relação obrigacional. Para um, o cumprimento de uma obrigação assumida é compulsório. E, para o outro, o cumprimento de uma obrigação assumida é uma característica fundamental da nossa consciência em face, então, de um dever que tem a sua origem no preceito ético-moral.

Discorrendo sobre assunto tão complexo, Hessen¹⁵⁴ destaca que uma pessoa pode, certamente, possuir um valor moral acentuado e saber conformar valiosamente a sua vida, sem ter, todavia, um conhecimento teórico a respeito dos valores consagrados pelo ser humano. Neste sentido específico, é suficiente que o homem possa dar crédito ao seu instinto do valioso, mais precisamente, confiar no seu sentimento intuitivo do axiológico, baseando-se no seu patrimônio de valores e normas que está presente, potencialmente, na sua consciência.

Filosofia dos valores, como forma de identificação nos ramos do saber humano, é algo relativamente recente, na história das idéias, apesar de que o objeto de que se ocupe remonte à antiguidade clássica, particularmente dos helenos. O primeiro filósofo que se dedicou a este assunto foi, indubitavelmente, Sócrates. Com seu espírito profundamente questionador, o “Pai da Maiêutica” sempre relacionava os valores com a virtude. A fundamentação natural e moral da obrigação, no pensamento socrático, é algo que está afeito à virtude. Cumprir então uma obrigação assumida é um ato de indiscutível virtude.

O homem virtuoso dispensa o preceito legal que corresponde ao Direito Positivo. Em sua ação social, ele está constantemente em perfeita harmonia com a

¹⁵⁴ HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974. p. 23.

sua própria consciência e com o mundo dos valores que está presente em sua essência.

Platão, endossando o sentido de virtude de seu mestre, faz do seu “Mundo das Idéias” uma verdadeira relação de identidade com os valores que devem nortear a ação humana. Não se pode olvidar que é justamente a idéia do Bem, em Platão, o indicativo para que o ser humano possa cumprir uma obrigação assumida. É uma manifestação do Direito Natural que tem sua origem na divindade. E o Bem Supremo é o Deus de Platão. O valor adquire, desta feita, uma perfeita conotação cósmica, e é correspondente a uma verdadeira herança que o ser humano recebeu na forma de uma relação arquetípica. Posteriormente, a filosofia escolástica vai ter o valor como uma grandeza cósmica.

Os valores estão afeitos ao preceito ético-moral. Max Scheler, em seu pensamento, promove uma distinção entre a Moral e a Ética. Neste sentido, nos possibilita uma melhor compreensão da relatividade própria da Moral, enquanto realidade histórica, cultural e mesmo individual, ao contrário pois da Ética, que deve ter um caráter absoluto¹⁵⁵. Doutrinariamente, a Ética para Max Scheler corresponde a uma idéia a bem da verdade que está relacionada com um cosmos moral absoluto, necessário e único, correlato da pessoa infinita, nesta forma de expressão, Deus. Ele entende que, para a Filosofia, Deus é, tão-somente, uma idéia. Implicitamente, podemos perceber uma nítida influência da filosofia platônica, nesta conclusão de raciocínio.

Neste momento, há espaço para um questionamento fundamental: as Obrigações podem dispensar a idéia de relação de um sentido com os valores? Como se pode, efetivamente, atribuir um valor à relação obrigacional? A dificuldade filosófica consiste em descrever o que é específico dessa maneira de atribuição de

¹⁵⁵ COSTA, José Silveira da. op. cit., p. 49, nota 85.

um determinado valor à realidade obrigacional. Todavia, esta dificuldade não significa a impossibilidade de atribuir uma relação de valor às Obrigações. E a realidade tem comprovado esta assertiva, porque as Obrigações não se consumam no mundo jurídico-legal, independentemente de uma relação íntima com os valores. Aristóteles concluiu, na esfera da vida moral, que nem todos os atos humanos dizem respeito à virtude e ao vício. Só os atos voluntários¹⁵⁶. Para tanto, a esfera da vida moral está, portanto, restrita ao universo dos atos voluntários. Uma obrigação assumida é correspondente a um ato voluntário.

No pensamento do Aquinate, a Ética é intimamente dependente da Metafísica, considerando que entre o ser e o bem, para todos os efeitos, há uma correlação perfeita¹⁵⁷. Desta maneira, como não existe só um ser, mas inúmeros seres, certamente não existe, tão-somente, um bem, porém inúmeros e variados bens particulares. Em observância a este mesmo raciocínio escolástico, temos que admitir a existência de uma verdadeira hierarquia no mundo dos valores que está sempre promovendo um direcionamento na ação humana. O sentido obrigacional corresponde também à expressão de um valor, em sua manifestação no mundo jurídico-legal. Concluindo, podemos afirmar que os valores fazem parte integrante em um relacionamento obrigacional. São eles que promovem o verdadeiro sentido que é a característica fundamental das Obrigações.

¹⁵⁶ FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. Aristóteles – A plenitude como horizonte do ser. São Paulo: Moderna, 1994. p. 75.

¹⁵⁷ COSTA, José Silveira da. Tomás de Aquino – A razão a serviço da fé. São Paulo: Moderna, 1993. p. 67.

CAPÍTULO 9

OBRIGAÇÕES E FILOSOFIA DO DIREITO

Sumário: 9.1 O culturalismo jurídico - 9.2 Interpretação da norma jurídica.

9.1 O culturalismo jurídico

Um dos grandes problemas do conhecimento humano consiste no que corresponde efetivamente o conceito da expressão denominada cultura.

Bastas vezes, a inteligência humana encontra dificuldades em conceber o verdadeiro sentido de expressões como cultura, civilização, tradição ou educação.

Os gregos sempre se ocuparam em desvendar o verdadeiro sentido das expressões pertinentes ao universo do conhecimento do ser humano. Inquestionavelmente, somente o ser humano é capaz de produzir cultura, porque é inteligente. A cultura pode ser definida como sendo um código simbólico que reúne o resultado de todas as conquistas humanas afeitas ao conhecimento tradicional.

Em observância a este raciocínio, podemos concluir que o Direito é um dos produtos da cultura do homem.

Cada grupo social possui as suas características fundamentais e com isso elabora um código cultural específico para o mundo dos valores da civilização humana. No mundo clássico, os gregos conduziram a inteligência às maiores e mais significativas conquistas culturais, principalmente no século V, anterior a Cristo. Tudo isso será de suma importância para a civilização romana que estava destinada a organizar o Direito.

Foi em Atenas que o gênio humano experimentou de forma consciente a mais extraordinária revolução cultural. Em todas as discussões desenvolvidas na ágora ateniense a temática fundamental correspondia à Moral e à Ética, nas relações sociais e políticas. Era já a fase embrionária do Direito, e das suas futuras

conseqüências na vida do ser humano. Os valores eram, pois, a essência dessas discussões culturais. A paidéia estava profundamente relacionada com a formação do homem grego. E ainda mais: como supedâneo efetivo para uma nova consideração de conjunto do fenômeno grego¹⁵⁸.

Sendo a Ética o fundamento ontológico do Direito, é possível concluir que o mesmo nasceu na Grécia e foi organizado em Roma.

O estágio cultural de uma civilização é de suma importância para a formação do seu ordenamento jurídico. Cada civilização tem a sua própria identidade cultural. A cultura é então um código complexo das conquistas levadas a termo por uma nação. Conseqüentemente, a cultura promove a realização de valores no contexto social.

O culturalismo jurídico está afeito às teorias ecléticas que cuidam da determinação de origem do Direito. A Escola Culturalista é a que tem maior importância entre as denominadas teorias ecléticas. Esta escola tem o Direito como sendo a bem da verdade doutrinária um produto da cultura do ser humano, qual seja, efetivamente, um processo de adaptação da natureza às próprias necessidades humanas. As teorias ecléticas – tentativa de conciliação entre o voluntarismo e o naturalismo – têm o Direito não como exclusivo ato de vontade, ou mesmo como um fato natural, mas como uma verdadeira síntese correspondente à vontade humana e à natureza.

E é esta mesma síntese que pode nos levar à uma conclusão de que a fundamentação natural e moral das Obrigações está afeita à Ética. Para satisfazer as próprias exigências da vida social, o ser humano necessita sempre de intervir no contexto da natureza a fim de promover determinadas adaptações em decorrência de suas necessidades. Certamente, é tudo isso que constitui a cultura inerente ao

¹⁵⁸ JAEGER, Werner. op. cit., Prólogo – XVII, nota 2.

ser humano. Não é excessivo destacar, nesse ínterim, que o processo cultural, sem sombra de dúvidas, é algo que se desenvolve de uma maneira dinâmica e sempre criteriosa.

As transformações sociais são a expressão de um universo cultural que se aperfeiçoa cada vez mais, na proporção efetiva em que o ser humano vai ampliando o horizonte pluridimensional de sua essência cósmica e de sua realidade espiritual. Neste mesmo sentido, o Direito que corresponde a um verdadeiro produto da cultura humana também se transforma porque possui um sentido assaz dinâmico na estrutura social.

Inegavelmente, a Ética iniciou o processo de desenvolvimento do Direito. Neste sentido, o Direito tem a sua origem no momento histórico em que se fez presente a necessidade concreta de estabelecer a estabilidade social, visando a segurança nas relações entre os seres humanos. É imperativo destacar, mais uma vez, que o verdadeiro conceito pertinente à expressão cultura não é pacífico entre os doutrinadores. Este processo de constante investigação nos conduz diretamente à Filosofia do Direito.

Muitas vezes, a investigação de problemática tão específica nos leva a constatar a vivência do Direito como cultura, como um determinado esforço humano de conquista e de preservação daquilo que se concebeu como valioso¹⁵⁹. As Obrigações têm uma relação direta com a Filosofia do Direito porque ao doutrinador há o constante interesse em investigar todo o sentido verdadeiro possível que conduz o ser humano neste intercâmbio entre a Ética e o Direito no cumprimento integral de uma obrigação assumida no contexto social.

¹⁵⁹ REALE, Miguel. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 114.

Cabral de Moncada¹⁶⁰ observa com aguda visão doutrinária, neste sentido, que é a tradição histórica que nos permite participar na vida dos valores culturais. E são estes valores da cultura do ser humano que estão presentes constantemente na formação de qualquer ordenamento jurídico. As Obrigações têm um sentido muito destacado no mundo da cultura. E somente a Filosofia do Direito poderá investigar o sentido verdadeiro que corresponde com a ação humana no momento da efetiva decisão a respeito do cumprimento de uma obrigação assumida. Qual é a sanção que mais perturba o espírito humano, quando se pretende cumprir uma obrigação assumida? É a sanção inerente ao preceito ético-moral ou é a sanção correspondente ao preceito jurídico-legal?

O culturalismo jurídico vai ampliando cada vez mais os seus horizontes na proporção em que o ser humano desenvolve o seu potencial espiritual e pluridimensionaliza o mundo inerente aos seus valores. A cultura humana é proporcional aos seus próprios valores. Neste sentido, a tradição histórica é fundamental, porque a idéia de valor está sempre presente no desenvolvimento cultural de um povo. Construir um ordenamento jurídico é um ato de solidarismo com os valores culturais, na sua expressão mais elevada.

Neste particular momento de investigação, a finalidade dimensional da cultura humana é promover a realização dos valores que serão indispensáveis na formação do ordenamento jurídico. O culturalismo jurídico demonstra um profundo interesse na análise de todas as manifestações do conhecimento humano, sempre visando entender e justificar as fontes que são necessárias para o Direito. Inversamente, a doutrina dos positivistas tradicionais tem a lei como sendo a única fonte do Direito.

¹⁶⁰ MONCADA, Luís Cabral de. Prefácio à Tradução da Filosofia do Direito, e Gustav Radbruch.

9.2 Interpretação da norma jurídica

O Direito não possui uma verdade, mas tem na linguagem a sua forma mais eficaz de expressão no contexto social. Para o jusfilósofo Alf Ross¹⁶¹, a linguagem jurídica é claramente estipulativa.

A norma jurídica é a essência do Direito Positivo. Portanto, se expressando através de uma determinada linguagem, a interpretação é sempre indispensável para a compreensão e para a aplicação da norma jurídica. “*In claris non fit interpretatio*”. Porém, mesmo na claridade solar da expressão, a interpretação é indispensável como condição eficaz para a aplicação da norma jurídica. A interpretação da norma jurídica parte de um elemento determinado no mundo dos valores humanos. Neste particular, a interpretação implica, pois, em uma problemática de grande envergadura intelectual.

Considerando que o Direito corresponde então a um fenômeno humano e social, é mais do que evidente que a sua linguagem – linguagem jurídica – envolve os problemas da ambigüidade e da vagueza. A linguagem é uma herança cultural da natureza humana, em seu sentido mais expressivo. Como um dos aspectos da expressão cultural, a linguagem jurídica está fundamentada na linguagem natural. É imperativo destacar que a linguagem natural – advinda da imperfeição do ser humano, em termos culturais – possui as suas imprecisões semânticas – significado da palavra através dos tempos – denominadas vagueza e ambigüidade. Com isso, indubitavelmente, a linguagem jurídica também possui as suas respectivas imperfeições. Desta feita, mencionados defeitos afetam a expressão da intenção do legislador, e criando problemas para o intérprete oficial – o juiz de Direito – no momento da aplicação da norma jurídica no caso concreto.

Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974. p. 18.

¹⁶¹ ROSS, Alf. op. cit., p. 115, nota 11.

Neste sentido particular, nada obsta concluir que a interpretação faz a ordem jurídica funcionar, tornando, pois, o Direito operativo na estrutura social¹⁶². Conseqüentemente, interpretar a norma jurídica significa torná-la compreensível para que haja uma aplicação eficaz na solução de um caso concreto. Qual seria, então, o verdadeiro sentido da interpretação da norma jurídica? Uma interpretação consciente pode promover a realização da Justiça? E quais seriam os critérios para uma interpretação consciente? Interpretar pode ainda significar uma problematização mais pluridimensional e maior para o Direito.

Franzen de Lima¹⁶³ observa que a legislação é livre e que a interpretação não passa de uma forma de aplicação. É totalmente impraticável no universo jurídico depositar uma fé radical no poder das fórmulas legais. A Imperfeição do ser humano sempre provoca uma imprecisão na elaboração da norma jurídica. Para tanto, nunca haverá a possibilidade de um Direito absolutamente justo. O Direito Positivo sempre será um reflexo da imperfeição humana.

Domingues de Andrade¹⁶⁴ destaca que a doutrina da interpretação das leis é objeto que tem sido muito pouco desenvolvido pelos autores de livros jurídico. Interpretar deve corresponder à descoberta do sentido de uma norma jurídica. A problematização constante do Direito se justifica pela dificuldade em exercer a arte da interpretação. Certamente, interpretar uma norma jurídica corresponde ao exercício de uma profunda arte intelectual.

A doutrina tradicional reconhece o Direito como sendo, efetivamente, um ato exclusivo da vontade do ser humano. Desta maneira, não concebe outro Direito que não seja aquele que é criado pelo legislador. Isto posto, o verdadeiro sentido da

¹⁶² ANDRADE, Christiano José de. O problema dos métodos da interpretação jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 18.

¹⁶³ LIMA, Mário Franzen de. Da interpretação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 9.

¹⁶⁴ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963. p. 11.

lei sempre corresponde com a vontade do legislador. Conseqüentemente, a interpretação tem por finalidade exclusiva revelar esta vontade. Especificamente, é um verdadeiro ato de reconstrução da expressão da intenção do legislador. Conclusivamente, podemos afirmar que a finalidade da interpretação é determinar o sentido da norma jurídica.

Hodiernamente, temos o pensamento de Recaséns Siches¹⁶⁵ a respeito da lógica do razoável como sendo um meio adequado para a interpretação do Direito e para a própria política legislativa. Esta conclusão acadêmica está fundamentada com exclusividade no conceito aristotélico sobre a equidade. Neste sentido, Christiano José de Andrade¹⁶⁶ entende que há uma revalorização da doutrina do Estagirita, conferindo-lhe para todos os efeitos uma nova perspectiva.

Nesta expressão de raciocínio, a lógica do razoável ou da condição humana deve constantemente ser aplicada ao Direito. Simplesmente, porque corresponde a um conjunto de experiências humanas. É uma lógica que está supedaneada na razão do ser humano, perfeitamente revestida de conquistas axiológicas que foram obtidas na própria experiência histórica. O ser humano, com os seus valores consagrados na vivência jurídica, é a expressão máxima que justifica a lógica do razoável. Em nenhum momento histórico, o homem deixou de admitir esta lógica do razoável em sua vida social. Está perfeitamente relacionada com os seus próprios princípios ético-morais, com a globalização dos seus valores histórico-sociais.

No exercício cotidiano da vida jurídica, esta lógica é indispensável para o juiz de Direito. Mesmo porque, ela nunca está em conflito com os valores pertinentes com a segurança e a certeza do mundo jurídico-legal.

¹⁶⁵ SICHES, Luis Recaséns. Introducción al Estudio del Derecho. México: Editorial Porrúa,

Com especial fundamentação no pensamento aristotélico, Recaséns Siches chega à conclusão de que a lógica do razoável é uma versão qualificada e refinada da equidade. Esta não tem nenhuma função de proceder correção na norma jurídica, mas interpretá-la de uma maneira razoável. A lógica do razoável não tem nenhuma pretensão de estimular a liberdade de decisões judiciais que contrariem o ordenamento jurídico estabelecido em função da atividade do legislador. Conseqüentemente, não estimula nenhuma perspectiva de Direito Alternativo em detrimento das normas jurídicas em vigor.

A bem da verdade, a maioria dos problemas do ser humano deve ser investigada e sobretudo definida de acordo com as propostas consagradas pela lógica do razoável. Isto, certamente, haveria de diminuir em muito os conflitos pertinentes com os interesses existentes entre os seres humanos e os respectivos grupos sociais. A lógica do razoável, em contraposição direta com a tradicional lógica físico-matemática, é bem flexível em suas análises e conclusões a respeito dos problemas sócio-jurídico-legais. Esta flexibilidade se justifica pela inevitável relação de experiência histórica que está perfeitamente afeita com a evolução do pensamento humano.

Pela sua originalidade, há também a hermenêutica jurídica estrutural ou globalizante de Miguel Reale. O pensamento jurídico do sempre Mestre das Arcadas tem despertado os interesses mais marcantes dos jusfilósofos deste século. Reale empreende um esforço polifêmico e obtém sucesso ao conciliar de uma forma elegante o sujeito ético de Kant com o espírito histórico de Hegel na Filosofia do Direito. E é desta maneira rigorosa que o seu método transcendental dialético de modalidade crítico-histórico vai culminar vigorosamente numa hermenêutica jurídica estrutural ou globalizante.

Esta proposta tem se destacado pela essencialidade inerente ao ato de interpretação da norma jurídica, em observância estrita à imperatividade dos valores como condição permanente para a efetiva realização da Justiça que corresponde no objetivo fundamental do Direito. Levando em consideração pois a função social normativa, a interpretação deve estar concretamente afeita com a aplicação da norma jurídica ao caso concreto na sua identidade de especificação. Apesar do surgimento de inúmeras técnicas hermenêuticas, a interpretação do Direito deve sempre corresponder a um caráter unitário para que haja uma aplicação satisfatória da norma jurídica.

Desenvolvendo este raciocínio, Christiano José de Andrade¹⁶⁷, analisando o pensamento de Reale, observa que toda interpretação da norma jurídica é de natureza axiológica, considerando que pressupõe a valoração objetivada na efetiva proposição normativa. É bem verdade que nesta proposta hermenêutica o ato normativo e o ato interpretativo se interiorizam em uma perfeita integração. Neste processo dinâmico histórico-social, o objetivo derradeiro é a norma jurídica, tendo, assim, o legislador visando a sua manifestação expressa, quando o juiz de Direito deve compreendê-la para a sua correspondente aplicação ao caso concreto no contexto social. A interpretação deve observar também a natureza do processo histórico da norma jurídica e as suas constantes transformações frente à realidade social. A norma jurídica é uma consequência racional e objetiva de valores.

Um dos aspectos fundamentais da hermenêutica jurídica estrutural ou globalizante de Reale está na destinação indispensável inerente à Ética que deve

¹⁶⁶ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 82, nota 162.

¹⁶⁷ ANDRADE, Christiano José de. Hermenêutica Jurídica no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 110.

estar sempre presente, estruturalmente, no processo de interpretação da norma jurídica no âmbito social.

Não é extremamente complexo para admitir que as Obrigações estão perfeitamente afeitas à Filosofia do Direito, principalmente se considerarmos a sua profunda essência ética que motiva o seu integral cumprimento na esfera dos preceitos naturais e morais.

Conclusivamente, as Obrigações e a Filosofia do Direito possuem um vínculo natural e moral que está diretamente embasado na Ética.

CAPÍTULO 10

OBRIGAÇÕES E EQÜIDADE

Sumário: 10.1 O conceito jurídico - 10.2 Eqüidade no Direito moderno - 10.3. Eqüidade, teoria da imprevisão e cláusula *rebus sic stantibus*.

10.1 O conceito jurídico

A constante discussão em torno das relações existentes entre o Direito e a Justiça tem provocado propostas divergentes. Há jusfilósofos que não se preocupam efetivamente com referido problema, eis que, têm o entendimento cristalizado de que Direito e Justiça correspondem a uma expressão de sinonímia.

Este é o entendimento tradicional admitido pelo jusnaturalismo, pelo idealismo e pelo positivismo, que identificam o Direito com a Justiça e negam a possibilidade de existência de um Direito injusto.

Todavia, a problemática é evidente para outros jusfilósofos, que consideram a relação entre Direito e Justiça verdadeiramente como uma relação de meio para fim. Para eles, Justiça é fim que tem a destinação de plena concretização, considerando que o Direito é o meio por intermédio do qual se opera a efetivação. Neste sentido, o Direito se nos apresenta como sendo a linguagem especial da comunicação da Justiça entre os seres humanos no contexto social.

Como elemento de interligação entre o Direito e a Justiça, nós temos a Eqüidade, doutrinariamente consagrada pelos operadores do Direito como sendo a efetiva realização da Justiça no caso concreto.

A problemática da Eqüidade sempre esteve presente para todos os povos civilizados.

Grécia e Roma demonstraram uma profunda preocupação em solucionar problema tão complexo como sublime, eis que, necessariamente, envolve diretamente a dignidade do ser humano.

Filosoficamente, o princípio da eqüidade tem, para todos os efeitos culturais, a sua essência fundamentada na dignidade original do ser humano. A eqüidade está pois relacionada com os fundamentos ontológicos do “*jus naturale*”.

Temos dois mundos distintos na antiguidade clássica: o da Filosofia e o do Direito.

A civilização grega possuía, como supedâneo, a Moral e a Ética, enquanto que a civilização romana estava relacionada com o Direito.

A eqüidade sempre foi o princípio de plena e indiscutível interligação entre estes dois mundos que representam efetivamente a conquista fundamental da cultura humana.

A finalidade do Direito é a Justiça. A Justiça, na sua expressão mais essencial, está intimamente envolvida na totalidade com o princípio da eqüidade.

Algumas legislações antigas – Código de Hamurabi e Código de Manu – não nos permitem uma clara visão a respeito da presença do princípio da eqüidade. São verdadeiros textos exprimindo a frieza dos seus povos.

Indubitavelmente, o princípio da eqüidade pode ser então aplicado, para abrandar os rigores da legislação, sobretudo, quando da ocorrência de eventos independentes da capacidade de previsão do ser humano.

Os filósofos gregos desenvolviam questionamentos a respeito da origem dos preceitos morais e éticos, mas sabiam que encontravam uma sanção, se contrariados, no interior da consciência do homem. Apesar dos debates que desperta na comunidade acadêmica, o princípio da eqüidade está profundamente relacionado com a natureza essencial do ser humano. É uma conquista da

dignidade original do homem que deve se exteriorizar no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados.

Os jurisconsultos romanos procuravam a delimitação efetiva do princípio da equidade, considerando, sobretudo, a indispensável aplicação do preceito legal em relação direta com o caso concreto. O antigo “*jus civile*” era mais conservador e inflexível, não permitindo a aplicação da analogia ou de outro princípio. Todavia, posteriormente, com o advento do “*jus honorarium*”, a aplicação da legislação passou a ser mais flexível, visando adaptar o Direito à realidade social.

Juridicamente, os pródromos inerentes à equidade remontam ao “*jus honorarium*” dos romanos. O pretor dispunha claramente deste instrumento extraordinário para a temperança efetiva do preceito legal rígido, que era a característica fundamental do “*jus civile*”. Houve, assim, o início de uma era nova para o Direito.

A expressão idiomática equidade (*aequitas*, de *aequus*, a, um, adjetivo, plano, igual, liso) fornece os elementos indispensáveis e etimológicos, para a sua correspondente interpretação: igualdade, critério que é adotado, então, para significar que em casos idênticos se aplicam também decisões correlatas¹⁶⁸.

Em decorrência da preocupação quanto à elaboração pois de um conceito, nos vem o questionamento: conseqüentemente, a bem da verdade, que é a “*aequitas*”? Podemos afirmar que é a justiça no caso concreto, ou seja, é o adequamento do “*jus*” – genérico, abstrato – à realidade das relações jurídicas. É o princípio fundamental da humanização pluridimensionalizada da norma legal. O homem tem no instituto da equidade a condição de temperança em relação ao rigor efetivo do ordenamento jurídico. A equidade não permite que o Direito permaneça estático.

¹⁶⁸ CRETELLA JR, José. Direito Romano Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 33.

A eqüidade foi efetivamente humanizada a partir da doutrina do Cristianismo, quando um novo preceito ético-moral se desenvolveu no contexto cultural da humanidade.

O princípio da eqüidade passou a ter um verdadeiro conceito de Justiça. Uma nova dimensão de questionamentos teve o seu início, desenvolvendo-se com a finalidade incontida de envolver de uma forma mais acentuada os fundamentos da essencialidade do princípio da eqüidade.

Santo Tomás de Aquino tinha a eqüidade como sendo a modalidade de virtude informada pela Justiça e o Direito Natural. Assim, pois, temos que o Aquinate relacionava a eqüidade à noção de Justiça e à utilidade comum.

No universo cultural das reflexões, é permitido claramente concluir que, possivelmente, foi o princípio inerente à eqüidade que permitiu ao homem consagrar a problemática afeita à igualdade entre os seres humanos. A eqüidade pode amenizar os efeitos das injustiças sociais.

10.2 Eqüidade no Direito moderno

Miguel Reale¹⁶⁹ ensina que as lacunas existentes no Direito podem ser superadas em decorrência concreta das normas de eqüidade.

A problemática alusiva à efetiva aplicação do Direito demonstra que, no aspecto geral, permite que seja confundida com os seus objetivos satisfatórios.

Os doutrinadores modernos defendem a tese inerente à necessidade de, em determinados casos, proceder um abrandamento no texto legal, no momento de sua aplicação ao caso concreto pelo seu intérprete oficial.

¹⁶⁹ REALE, Miguel. op. cit., p. 294, nota 17.

Temos que “*equity*” corresponde ao conjunto normativo especial de equidade existente na Inglaterra, como também, nos Estados Unidos da América, servindo de instrumento de moderação para os rigores da “*common law*”.

Todos os ordenamentos jurídicos da modernidade têm demonstrado uma preocupação acentuada em amenizar os rigores dos seus respectivos textos legais.

A equidade é a proposta de uma maior humanização do Direito. Mesmo porque, a finalidade do Direito é a Justiça. E a Justiça se concretiza em seu sentido ontológico mais pluridimensional através, certamente, da equidade.

Christiano José de Andrade¹⁷⁰ observa que o eqüitativo diz respeito a uma correção da lei, no momento em que ela é deficiente em decorrência de sua universalidade.

Com a evolução dos ordenamentos jurídicos modernos, a tendência natural é no sentido de que a equidade se torne em uma das fontes do Direito.

Mota de Souza¹⁷¹ ensina que o resultado da aplicação da lei deve corresponder sempre com o eqüitativo.

Uma análise detalhada do antigo Código de Processo Civil nos induz à conclusão de que o instituto da equidade era mais abrangente em relação ao que ficou consagrado no atual Código de Processo Civil. Para tanto, basta comparar o artigo 114 do antigo Código com o artigo 127 do atual Código. Antes, o julgador tinha mais liberdade para aplicar, efetivamente, a equidade. Atualmente, houve um reducionismo na atividade julgadora, desde que o novo Código entrou em vigor.

A tendência natural seria no sentido de ocorrer um verdadeiro avanço na previsão legal. Houve, portanto, um acentuado retrocesso, que tem refletido no debate doutrinário.

¹⁷⁰ ANDRADE, Christiano José de. op. cit., p. 38, nota 167.

¹⁷¹ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança Jurídica e Jurisprudência. São Paulo: LTr, 1996. p. 133.

Para alguns doutrinadores, há a equidade judicial e a equidade legal.

A equidade judicial diz respeito àquela em que o legislador permite ao julgador, de uma forma implícita ou explícita, solucionar o caso concreto, mediante a equidade. A equidade legal é aquela que estaria contida no texto da norma legal, prevendo inúmeras possibilidades de soluções para os litígios

judicialmente pendentes.

Carlos Maximiliano¹⁷² observa que a equidade serve para a obtenção do sentido e do alcance das normas legais.

É consagrado em nosso ordenamento jurídico de uma maneira exata que o julgador ao prolatar uma sentença, ele aplica a lei, que é uma norma genérica, em relação a um determinado caso concreto. Como consequência, a sentença judicial faz surgir uma norma concretizada.

Doutrinariamente, a equidade possui como fundamento em sua realidade quatro funções: inspiradora, normativa, integradora e interpretativa. Cada uma delas profundamente relacionada com o sentido essencial de consequência quanto à aplicação da norma legal.

A Constituição Federal de 1934, mais precisamente, em seu artigo 113, inciso 37, fazia uma referência expressa à equidade. No caso de omissão na legislação, um dos recursos do julgador para a prolatação da sentença judicial era justamente a equidade.

Lamentavelmente, as Constituições Federais da posteridade, inclusive a que se encontra em vigor, não fazem nenhuma referência ao instituto da equidade.

A Lei de Introdução ao Código Civil traz efetivamente, em seus artigos 4º e 5º, inserida a equidade, para a suplementação das lacunas legais.

¹⁷² MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

Especificamente, no Código Civil, temos claramente como referência à eqüidade o dizer concreto do artigo 400, em relação à fixação de alimentos. E, para todo o efeito explícito, temos o artigo 1.456 que nos remete ao artigo 1.454.

Mais recentemente, temos também o nosso Código de Defesa do Consumidor que, em seu artigo 7º, indica a presença do instituto da eqüidade.

E, finalmente, a Lei Federal número 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre o instituto da arbitragem, no artigo 2º faz menção à eqüidade.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho é taxativa em seu artigo 8º, em relação à eqüidade.

Assim, pois, a eqüidade é um recurso salutar, considerando que permite ao juiz de Direito corrigir as deficiências da lei.

Há inúmeros doutrinadores que salientam exaustivamente que a eqüidade se manifesta com maior vivacidade na jurisprudência, porque é uma tendência efetivamente mais natural. Portanto, a eqüidade também está intimamente relacionada com a certeza do Direito.

Uma das áreas de maior necessidade de incidência da eqüidade é a tributária.

O Código Tributário Nacional, em seu respectivo artigo 108, prevê a aplicação do instituto inerente à eqüidade.

José de Oliveira Ascensão¹⁷³ diz que a eqüidade, efetivamente, é a justiça do caso concreto.

Hart¹⁷⁴ ensina que a noção de eqüidade não é coextensiva, certamente, com a moral em sua generalidade, e, que as referências a ela dizem respeito de relevância com duas situações da vida social.

p. 172.
¹⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 394.

Para o jusfilósofo Radbruch¹⁷⁵, a equidade é concorrente com a justiça na luta pelo direito.

Alf Ross¹⁷⁶, por sua vez, tem na equidade como sendo algo oposto ao direito estrito – “*strictum jus*”.

Doutrinariamente, podemos destacar a intervenção da equidade em relação às fontes do Direito, à integração das lacunas e à correção da lei.¹⁷⁷

Para muitos doutrinadores, a equidade não corrige pois o que é justo na lei e sim complementa de uma forma abrangente e pluridimensional o que a justiça da lei não atinge. Seguramente, podemos dizer que como consequência muito tem a ver com a consagrada teoria do direito justo de Stammler.

A equidade, inquestionavelmente, é uma problemática envolvendo os questionamentos mais profundos do mundo do Direito.

10.3 Equidade, teoria da imprevisão e cláusula *rebus sic stantibus*

Ao promover o debate doutrinário, podemos destacar que a equidade também está profundamente relacionada com a teoria da imprevisão. Assim, pois, julgando o caso concreto, o juiz de Direito pode sistematicamente suplementar as lacunas da lei com o princípio da equidade.

Contudo, o problema da ocorrência de acontecimentos imprevisíveis, ocasionando então uma onerosidade excessiva inerente à prestação assumida como uma promessa, se nos apresenta, às vezes, sem corresponder a uma determinada regulamentação eficaz. E o juiz de Direito, na sua função de realizar então o propósito legal, uma vez que, é o intérprete oficial do texto positivo, em face

¹⁷⁴ HART, Herbert L. A. op. cit., p. 172, nota 19.

¹⁷⁵ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1974. p. 91.

¹⁷⁶ ROSS, Alf. op. cit., p. 63, nota 11.

¹⁷⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 393

do caso concreto, não pode, em nenhuma circunstância funcional, se eximir a uma tendência até natural de promover um processo de humanização do preceito referente à norma de Direito Positivo.

Particularmente, o Direito das Obrigações demonstra de uma maneira efetiva ser o mais complexo, em nosso ordenamento jurídico, considerando o “*vinculum juris*” que envolve interesses de duas ou mais pessoas.

Bastas vezes, a obrigação assumida não é cumprida correspondentemente. Como conseqüência, há uma verdadeira desestruturação momentânea no universo obrigacional e nos seus respectivos valores jurídico-legais.

O “*casus fortuitus*” e a “*vis maior*” são dois dos institutos mais complexos de um ordenamento jurídico e que despertam um debate doutrinário muito acentuado no universo do Direito.

O Código Civil, em seu artigo 1.058, de nenhuma maneira deixa evidente de que se tratam de institutos completamente independentes. Em virtude de tal circunstância, o mencionado debate se torna cada vez mais controverso. São inúmeras as correntes doutrinárias que chegam a desenvolver as teses mais originais possíveis.

Há doutrinadores que têm o “*casus fortuitus*”, assim como, a “*vis maior*” na condição de dois institutos completamente independentes e há doutrinadores que os têm como meras expressões sinônimas.

Vale destacar que, no Direito das Obrigações, caso fortuito e força maior têm uma importância fundamental, em relação à questão da responsabilidade civil.

“*Casus fortuitus*” e “*vis maior*”, quando comprovados de uma forma efetiva, descaracterizam a responsabilidade obrigacional. Há, conseqüentemente, uma liberação quanto à obrigação assumida, em decorrência do “*vinculum juris*”.

Tendo em vista a complexidade do Direito, referentemente à teoria dos objetos, a problemática do caso fortuito está afeita em sua essência ao mundo da natureza, enquanto que, a força maior está intimamente relacionada com o mundo da cultura.

A codificação de Justiniano¹⁷⁸ já previa de uma forma precisa que o “*casus fortuitus*” e a “*vis maior*” a bem da verdade requerem ainda um elemento subjetivo, qual seja, a ausência de culpa, com referência efetiva à boa-fé, “*nullo bonae fidei iudicio praestantur*”, no desenvolvimento do instituto.

Desta feita, segundo Medeiros da Fonseca¹⁷⁹, a velha cláusula “*rebus sic stantibus*” propiciou, então, o efetivo surgimento da teoria da imprevisão ou superveniência.

Podemos definir a cláusula “*rebus sic stantibus*” na condição de que as partes contratantes, de pleno acordo, subordinaram a execução do instrumento contratual à duração do estado de coisas existentes no dia de sua efetiva celebração. Portanto, etimologicamente, desde que permaneçam as mesmas condições e circunstâncias.

Edson Prata¹⁸⁰ preleciona ser pacífica na doutrina e também na jurisprudência a aplicação desta cláusula, na disposição acionária correspondente com a fixação da pensão alimentícia devida pelo marido à mulher. Nesta oportunidade, ele ainda observa a possibilidade da aplicação do artigo 401 do Código Civil.

¹⁷⁸ CÓDIGO de Justiniano. 4, 24, 1, 6.

¹⁷⁹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 19.

¹⁸⁰ PRATA, Edson. Desquite Amigável. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1976. p. 56.

Washington de Barros Monteiro¹⁸¹ observa que um julgamento proferido deve se submeter à condição de que os dados efetivamente permaneçam no mesmo estado, que é correspondente assim à cláusula “*rebus sic stantibus*”.

Não é excessivo ressaltar, porém, que, em determinadas circunstâncias, considerando até mesmo o fenômeno inflacionário no âmbito econômico tem sido questionado para ser rescindido contrato que esteja fundamentado nesta cláusula denominada “*rebus sic stantibus*”.

Conclusivamente, temos que observar, “*in extremis*”, e, em relação ao fator exclusivamente doutrinário e jurisprudencial, a cláusula “*rebus sic stantibus*” vem suscitando as mais controvertidas opiniões e os mais conturbados julgamentos. Na verdade, porque o instrumento contratual é um elemento efetivamente sócio-jurídico, permanecendo condicionado às conjunturas que lhe são próprias para os efeitos legais.

¹⁸¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 300.

CAPÍTULO 11

EQUIDADE E JURISPRUDÊNCIA

Sumário: 11.1. A fundamentação moderna no Direito - 11.2 Obrigações e jurisprudência - 11.3 Jurisprudência e Ética.

11.1 A fundamentação moderna no Direito

Hodiernamente, na elaboração de um ordenamento jurídico democrático, há uma constante preocupação em relação à influência da equidade e da jurisprudência. Estas duas conquistas culturais têm condições evidentes de flexibilizar o rigor exacerbado de um Direito Positivo. Filosoficamente se expressando, o ser humano tem demonstrado uma preocupação muito acentuada referentemente à sua própria destinação histórica. Não é por demais ressaltar que o homem possui uma plena consciência pertinente aos seus valores mais expressivos. O mundo do Direito está sempre aberto às novas e indispensáveis investigações sobre o ser humano e os seus respectivos valores. Neste sentido, sempre há acentuadas discussões a respeito da possibilidade efetiva da equidade e da jurisprudência corresponderem, concretamente, a fontes do Direito.

Em decorrência da própria evolução das instituições humanas, não será mais possível no próximo século que ainda haja ordenamentos jurídicos profundamente inflexíveis, que não contemplem pois a consagração definitiva da equidade e da jurisprudência em seu sentido mais pluridimensional. A equidade e a jurisprudência – com a constante evolução espiritual do ser humano – poderão humanizar ainda mais o ordenamento jurídico. Na verdade, a equidade e a jurisprudência estão intimamente relacionadas com a dignidade original do homem. A equidade deverá, sempre, corresponder a um critério de aplicação do Direito que tem o dever de harmonizar o rigor da norma jurídica com a realidade

concreta. Considerar a jurisprudência consagrada, efetivamente, não deve corresponder para o julgador apenas uma questão de plena comodidade, nem mesmo de mero conformismo, mas na verdade um imperativo para a manutenção da ordem e ainda da indispensável segurança jurídica.

Tanto a equidade quanto a jurisprudência têm os pródromos, respectivamente, na Grécia e em Roma. Estão profundamente afeitas com a realidade ético-moral. Os valores humanos se encarregaram de promover um aperfeiçoamento sempre dinâmico referentemente aos conceitos da equidade e da jurisprudência, para a necessária aplicação do Direito. Em todos os momentos históricos, a consciência do julgador sempre esteve em contato direto com a problemática alusiva à equidade e à jurisprudência. O aperfeiçoamento da cultura humana tem proporcionado o indispensável para que o legislador consagre abrangentemente o princípio da equidade e da jurisprudência. Consagrar a equidade e a jurisprudência é proporcionar uma maior eticidade ao Direito.

No que diz respeito à equidade, Vicente Ráo¹⁸² observa que os romanos distinguem a “*aequitas naturalis*” da “*aequitas civilis*”. A primeira na condição de justiça absoluta, e, a segunda, para os efeitos práticos, como parte integrante do Direito Positivo. Modernamente, a equidade é considerada como verdadeiro atributo do ordenamento jurídico regularmente consagrado no contexto social. Assim, pois, um Direito Positivo conferido pelo legislador, por ocasião da elaboração da norma jurídica, e, pela atuação do julgador, no momento da sua aplicação correspondente ao caso concreto. Conseqüentemente, temos que a presença da equidade não deve estar afeita, tão-somente, à manifestação de vontade do julgador na aplicação da lei, bem como, no momento em que a lei esteja sendo elaborada. A conceituação de equidade como manifestação de justiça em relação então ao caso concreto.

¹⁸² RÁO, Vicente.op. cit., p. 88, nota 58.

Por outro prisma, no que se alude à jurisprudência, verdadeiramente, se torna indispensável considerar o seu sentido, como também, os seus limites. É uma problemática que está profundamente identificada com a denominada “injustiça” da lei positiva e da “certeza” do Direito Positivo. Conseqüentemente, a jurisprudência se nos apresenta como sendo a resposta dos Tribunais, correspondente à sua tarefa específica, qual seja, efetivamente, a da mediação na transformação da letra petrificada das leis na vivência jurídico-legal, que nasce das decisões judiciais. Podemos dizer que, enquanto para os romanos, a jurisprudência correspondia ao “trabalho interpretativo dos prudentes”, atualmente, está afeita às decisões levadas a termo pelo Tribunal¹⁸³. O objetivo fundamental da jurisprudência será sempre o de tornar o Direito cada vez mais dinâmico, mais vivo e atual, de conformidade com as próprias exigências sociais.

Na vida moderna do Direito, a importância da jurisprudência, como fonte direta, é quase que inexpressiva. Porém, como fonte indireta, é de muito valor, eis que, é necessária totalmente no uniformizar a interpretação e aplicação do Direito Positivo, apesar de que, ainda assim mesmo, a sua influência é limitada à atuação do julgador. Um detalhe assaz significativo é o que diz respeito ao fato de o juiz de Direito ter o dever funcional de manter a unidade jurisprudencial, como uma condição imperativa de assegurar a confiança e o respeito nas decisões judiciais que envolvam o universo da Justiça.

É imperativo destacar que sendo a decisão do juiz de Direito consagrada pelos juízes de graus de jurisdições superiores, então a jurisprudência se estabelece com força expressiva de Direito Objetivo. É, assim, uma forma correta de interpretação da lei.

¹⁸³ CRETELLA JR, José. op. cit., p. 31, nota 168.

Conforme o ensinamento de Heck¹⁸⁴, há um destaque fundamental para a jurisprudência dos interesses, que é então caracterizada pela satisfação de necessidades da vida, de aspirações, assim como, de desejos, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. Eis, pois, a finalidade da jurisprudência, e, em particular, da decisão judicial referentemente a todos os casos concretos.

Limongi França¹⁸⁵ destaca que o nosso Código Civil está em silêncio sobre o papel da jurisprudência como forma de expressão do Direito.

Portanto, somos levados a admitir que o debate em torno de matéria tão complexa continuará sempre de uma maneira verdadeiramente expressiva no mundo do Direito.

11.2 Obrigações e jurisprudência

Em nosso ordenamento jurídico, quando a lei está em silêncio, o julgador, na condição de seu intérprete oficial, deve criar o Direito particular que constituirá o supedâneo efetivo de sua sentença, em relação ao pedido que é concretizado, judicialmente, pela parte interessada. Isto, de nenhuma forma, corresponde a uma posição de inobservância à legalidade. É até pelo contrário: o Direito se aperfeiçoa e se agiganta nos Tribunais, porque é neste sentido que ele se faz cada vez mais dinâmico, para atender os anseios sociais.

Particularmente, temos que as relações obrigacionais exigem um constante desdobramento no ordenamento jurídico, considerando as próprias transformações que se operam no mundo dinâmico dos valores sócio-econômicos.

¹⁸⁴ HECK, Philipp. Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses. São Paulo: Acadêmica-Saraiva, 1947. p.13.

¹⁸⁵ FRANÇA, R. Limongi. O Direito, a Lei e a Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 168.

O ordenamento jurídico está em constante evolução, sempre obedecendo a critérios muito diferenciados. E isto é indispensável porque o Direito comporta várias interpretações, principalmente quando o julgador aplica a lei no caso concreto.

Cabral de Moncada¹⁸⁶ chega até a indagar se a jurisprudência é uma ciência, sobre o verdadeiro sentido inerente ao efetivo entendimento à jurisprudência. É bem verdade que o jusfilósofo está constantemente promovendo rigorosos questionamentos a tudo o que está afeito ao mundo do Direito. E a jurisprudência é uma problemática muito complexa para o operador do Direito. Não é tão simples como se nos apresenta no cotidiano.

Na questão obrigacional, o contrato corresponde então à sua fonte mais consagrada e perfeita, estando presente nos ordenamentos jurídicos desde os tempos dos antigos romanos. Corresponde a uma plena manifestação consciente de vontades. Certamente, considerando a presença do *“vinculum juris”*. É uma característica fundamental que dá embasamento ao princípio legal denominado *“pacta sunt servanda”*. Todavia, em nosso ordenamento jurídico, principalmente após o advento do Código de Defesa do Consumidor, este princípio tem experimentado um processo de flexibilização constante e acentuado. Isto está explícito plenamente nos artigos 51, 52 e 53 do aludido Diploma legal.

A interpretação correta do enunciado legal proporcionará sempre a certeza da possibilidade de uma distribuição efetiva da Justiça, em nível cada vez mais abrangente e pluridimensional. O Direito é o caminho que conduz o homem à Justiça. Na verdade, por ser a questão obrigacional a mais problemática no mundo do Direito, o julgador deverá sempre ter o cuidado máximo de promover uma

¹⁸⁶ MONCADA, Luís Cabral de. Estudos Filosóficos e Históricos. Lisboa: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1959. p. 221.

interpretação segura do preceito legal, considerando o envolvimento de uma pluralidade de interesses imediatos.

Os jurisconsultos romanos conseguiram promover uma fundamental distinção entre os direitos reais e os direitos obrigacionais¹⁸⁷. Desta maneira, foi criada uma teoria particular para cada uma destas categorias de relações jurídicas. Pormenorizadamente, restou consagrado que a relação obrigacional, para todos os efeitos doutrinários, era um “*vinculum juris*” atando, entre si, duas ou mais pessoas determinadas, no intuito de conseguir uma prestação de uma ou de algumas, e, em benefício de outra ou de outras¹⁸⁸.

Hodiernamente, a questão obrigacional continua ainda na correspondência jurídico-doutrinária de um vínculo, envolvendo duas ou mais pessoas contratantes entre si. E a efetiva complexidade do instituto obrigacional, neste sentido, tem promovido um avanço incontestável no campo jurisprudencial. Possivelmente, a jurisprudência vem se multiplicando consideravelmente no âmbito obrigacional, exigindo do julgador, sempre, a observância estrita de critérios rigorosos e seguros para o reconhecimento do Direito em benefício do interesse das partes envolvidas, processualmente. A jurisprudência deve promover um processo de constante aperfeiçoamento do Direito e não a desestruturação de um ordenamento jurídico que deve representar a certeza e a segurança no contexto social.

Filosoficamente, a jurisprudência deve se ater com verdadeira exclusividade em descobrir o sentido da lei, para que a aplicação desta possa corresponder aos anseios de plena justiça entre os seres humanos. A contextura da consagração jurisprudencial deve corresponder sempre a um avanço no âmbito das Obrigações em sua expressão mais abrangente.

¹⁸⁷ BEVILAQUA, Clóvis. op. cit., p. 15, nota 110.

Indubitavelmente, na atualidade, o positivismo legal está experimentando uma profunda crise no que concerne à sua credibilidade absoluta. Nesta visão filosófica, o Direito não pode ser válido em sua totalidade se se desprende do indispensável ingrediente da Justiça. A jurisprudência pode promover uma flexibilização mais acentuada no positivismo legal, proporcionando a oportunidade de uma consagração mais efetiva da Justiça. Fundamentalmente, no âmbito das Obrigações é de suma importância, considerando a natureza clássica do “*vinculum juris*”.

11.3 Jurisprudência e Ética

Considerando uma concepção jusfilosófica, a Ética é o fundamento do Direito. Esta mesma relação de eticidade se projeta de uma forma sutil na jurisprudência. Na proporção em que o ser humano evolui, a Ética então passa a exercer uma presença mais constante no mundo jurídico-legal. O homem tem plena consciência desta realidade fundamental. Conseqüentemente, nesse ínterim, a Ética tem uma profunda relação com a Justiça. E isto tem um trânsito pela jurisprudência.

Pegoraro¹⁸⁹ conclui que a Ética consiste no efetivo cumprimento da Justiça. Todavia, Hans Küng¹⁹⁰ questiona a respeito de uma eventual perda da consciência ética, considerando então a disputa histórica entre poder e moral. Na consciência do ser humano há uma verdadeira intuição de defesa vigorosa da sua própria dignidade original. Portanto, a relação ética pode até ser sufocada, mas jamais ser excluída da realidade essencial do ser humano. É uma conquista interior do homem.

eticamente, no mundo do Direito, o julgador é induzido,

¹⁸⁸ DIGESTO. 44, 7, fr. 3.

¹⁸⁹ PEGORARO, Olinto A. Ética é Justiça. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 15.

¹⁹⁰ KÜNG, Hans. Uma Ética Global para a Política e a Economia Mundiais. Petrópolis: Vozes,

constantemente, a despertar para a realidade da Justiça por intermédio da jurisprudência. Spaemann¹⁹¹ observa que despertar para a realidade é mais do que uma simples metáfora. Neste sentido, há uma necessidade extraordinária na dignidade humana que nos leva à conclusão de que somente a Justiça poderá, inquestionavelmente, promover a felicidade social. Ética, Justiça e Jurisprudência devem estar, constantemente, em um ordenamento jurídico, na sua forma mais harmoniosa de expressão. O ser humano deve promover o encontro do Direito com a jurisprudência para que a Justiça se efetive na consciência social.

A bem da verdade doutrinária, o que devemos entender rigorosamente por jurisprudência? É um debate muito controvertido no mundo do Direito, e que tem despertado a atenção dos jusfilósofos em todos os momentos históricos. Poderia a jurisprudência corresponder a uma atividade intelectual do jurista, no sentido ou com o fim de interpretar e compreender então as normas do Direito Positivo, as suas respectivas leis, com o intuito de promover a aplicação adequada com a realidade da sociedade.

Windscheid¹⁹², a respeito da interpretação das leis, preleciona que não corresponde tanto a uma ciência que possa ser ensinada, como uma arte que deve ser aprendida, pois que, a teoria não pode fazer mais do que chamar a atenção para os pontos de vista diretivos. Com isso, a jurisprudência está relacionada com a descoberta do sentido da lei. Todavia, deve o julgador, ao efetuar a interpretação da lei, considerando a necessidade de sua efetiva aplicação ao caso concreto, evitar algo de arbitrário e que possa promover a desestruturação do ordenamento jurídico-legal.

1999. p. 102.

¹⁹¹ SPAEMANN, Robert. Felicidade e Benevolência – Ensaio sobre Ética. São Paulo: Loyola, 1996. p. 289.

¹⁹² WINDSCHEID, B. Diritto delle pandette. Turim: [s.c.p.], 1902. p. 65.

Por mais paradoxal que possa corresponder, mas é preferível uma jurisprudência errada, sendo uniforme, do que uma jurisprudência incerta. Neste sentido, em face de uma jurisprudência uniforme, cada uma das partes que litigam em um processo já sabe com o que contar, durante a discussão jurídica. Contrariamente, perante uma jurisprudência incerta ninguém estará concretamente seguro do seu respectivo direito. O ideal verdadeiro seria que o Direito fosse amplamente certo, sem, efetivamente, deixar de ser pluridimensionalmente reto. A bem da verdade, para os fins doutrinários, temos que concluir que o Direito tem o seu correspondente valor ético somente por ser indubitavelmente Direito

A lei, certamente, obriga o juiz de Direito. Todavia, é fator de plena liberdade o processo de interpretação da lei, a fim de que o Direito se atualize no contexto social. O espírito e a vida reivindicam um Direito na sua expressão mais reta, ou seja, justo e oportuno. Assim, pois, é um Direito que harmonize a mais pura Justiça que atribui valor e promove o julgamento da realidade existente. Mister se torna saber se a interpretação deve procurar a “*sententia legis*” ou ainda a “*mens legislatoris*”. Sob este prisma, temos que a problematização inerente à jurisprudência se acentua cada vez mais no mundo jurídico-legal.

Não é excessivo ressaltar que a jurisprudência deve também conhecer os seus próprios limites na estrutura de um ordenamento jurídico em correspondência com o seu verdadeiro sentido específico. Por esta razão, eticamente, a jurisprudência deve promover a ação humana para se evitar a injustiça da lei, a fim de evidenciar a certeza do Direito.

Ao dizer o Direito, e, não permitindo a ocorrência alusiva à injustiça da lei, o julgador poderá demonstrar a realidade dos preceitos ético-morais, realizando, assim, a mais efetiva Justiça em relação ao contexto social. Conseqüentemente, a jurisprudência deve estar relacionada com a Ética.

CAPÍTULO 12

DIREITO E JUSTIÇA

Sumário: 12.1 Fundamentação moderna - 12.2 A problemática dos valores na relação obrigacional - 12.3 Valor, princípio e sistema.

12.1 Fundamentação moderna

Direito e Justiça são dois problemas complexos que ocupam um lugar de destaque no contexto da cultura do ser humano. Cada qual com a sua correspondente expressão de valores. O pensamento jurídico é correto (eqüitativo), é razoável. E a Justiça está relacionada como sendo a maior aspiração do Direito.

Pluridimensionalmente, o que é o Direito? Filosoficamente, qual é o seu fundamento ontológico? São questionamentos enfrentados no cotidiano pelos jusfilósofos. Parece que, hodiernamente, não há nenhuma dúvida quanto ao fato de o Direito ser o caminho para se chegar à Justiça. Castanheira Neves¹⁹³ indica a existência de uma crise interna do Direito e do pensamento jurídico. Na verdade, é o ser humano que chega em profunda crise espiritual, crise de valores, neste final de milênio.

Esta crise de valores espirituais reflete sobremaneira, para todos os efeitos, sobre o mundo do Direito. Antropologicamente, o ser é pluridimensional em sua esfera de constante manifestação no universo da cultura. Se o homem está em crise de valores, as instituições, automaticamente, estarão em situação de crise permanente.

Ética, Direito e Justiça correspondem a uma relação no mundo dos valores culturais do ser humano. Podemos dizer, em termos doutrinários, que o Direito é o elo entre a Ética e a Justiça. Neste aspecto, reside, portanto, a fundamentação

¹⁹³ NEVES, António Castanheira. Digesta. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 27.

natural e moral das Obrigações. Filosoficamente, o Direito é o “*vinculum juris*” entre a Ética e a Justiça. Em decorrência de seu dever de consciência, o ser humano observa o Direito para a consagração efetiva da Justiça no contexto social.

Del Vecchio¹⁹⁴ lembra o debate acirrado em torno do conceito do Direito, especialmente com relação à problemática inerente à Justiça. Realmente, é um problema que é problematizado no mais elevado nível da consciência cultural da humanidade, sem nenhuma perspectiva de conclusão satisfatória. Praticamente, não há como se pretender o Direito independente da constante aspiração pela Justiça. O antropocentrismo socrático relacionava a Justiça com a Virtude, no que foi consagrado então por Platão e Aristóteles.

Aliás, toda a antiguidade clássica se preocupava sempre com a problemática alusiva ao Direito e à Justiça. Vamos encontrar o profeta Isaías aconselhando a nação hebraica a observar o Direito e a praticar a Justiça¹⁹⁵.

Possivelmente, em toda a história da civilização, nunca houve um povo que não tenha se dedicado à análise da problemática alusiva ao Direito e à Justiça. É uma relação verdadeiramente arquetípica na consciência do ser humano.

Mais do que nunca, o debate tem se acentuado nos tempos modernos. Os doutrinadores têm efetuado as pesquisas mais originais possíveis, em torno do conceito do Direito e do significado essencial da Justiça.

Stammler¹⁹⁶, discutindo sobre o assunto, faz um verdadeiro paralelo entre o Direito Positivo e o Direito Justo. Mais precisamente, sobre se são fundamentalmente legítimas as normas e instituições inerentes ao Direito Positivo. Certamente, os debates vão se desenvolvendo cada vez mais de uma forma criteriosa. Muitos jusfilósofos destacam, no âmbito da nossa experiência jurídica, as

¹⁹⁴ DEL VECCHIO, Giorgio. *A Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 1.

¹⁹⁵ BÍBLIA SAGRADA. Isaías, 56, 1. São Paulo: Paulinas-Loyola, 1995. p. 495.

¹⁹⁶ STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofia del Derecho*. Madrid: Editorial Réus, 1930.

preocupações pertinentes à temática que é correspondente à lei ética e à jurisprudência¹⁹⁷. Ontologicamente, não é excessivo observar, que, em relação ao Direito, há um reconhecimento da lei ética e da sua influência em qualquer ordenamento jurídico¹⁹⁸.

As transformações sociais vêm ocorrendo de uma forma extremamente dinâmica. E isto tem influenciado muito na elaboração dos ordenamentos jurídicos. O ser humano ainda está procurando, no Direito, pelo verdadeiro sentido da Justiça. O Positivismo Jurídico não irá responder a contento o questionamento humano neste pormenor cultural. Direito é o bom senso apurado em sua característica mais profunda. Justiça corresponde a um anseio inerente a um arquétipo existente na consciência mais recôndita do ser humano. É a virtude das virtudes para o Estagirita.

Nem mesmo o transcurso dos séculos e dos milênios amenizou um debate tão intenso e ao mesmo tempo tão gratificante para o jusfilósofo. Não há nenhum limite para este debate. O ser humano tem plena consciência de que a mais aprofundada investigação não permitirá que se vislumbre uma conclusão assaz satisfatória.

Radbruch¹⁹⁹ observa que a doutrina do Direito Justo está relacionada historicamente com o Direito Natural. E que o Direito Natural moderno fundamenta a sua doutrina sobre a teoria do Contrato Social. Realmente, mesmo em nosso extremo de século, a doutrina do Direito Natural tem merecido, amplamente, a atenção dos jusfilósofos.

p.125

¹⁹⁷ VILLANI, Antonio. Diritto e Morale. Napoli: Morano Editore, 1964. p. 7.

¹⁹⁸ STEFANO, Rodolfo de. Legge Etica e Legge Giuridica. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955. p. 85.

¹⁹⁹ RADBRUCH, Gustav. Propedêutica Alla Filosofia Del Diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. p. 99.

Kelsen²⁰⁰ ensina que a Justiça corresponde a uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado de diferentes objetos e com ênfase em relação ao indivíduo.

Assim, pois, temos várias propostas doutrinárias inerentes ao Direito e à Justiça, na modernidade. Picard²⁰¹ lembra a possibilidade de o Direito Natural poder se nos apresentar como sendo o Direito ideal para a dignidade humana.

É imperativo ressaltar que muitas Constituições modernas têm consagrado uma importância fundamental para o Direito Natural, no momento de elencar os direitos inerente à cidadania. É uma tendência que muito motiva o respeito à dignidade original do ser humano.

12.2 A problemática dos valores na relação obrigacional

O problema fundamental em um ordenamento jurídico corresponde ao valor, especificamente quando se trata de uma relação obrigacional. O cerne da relação obrigacional é o “*vinculum juris*”. Implicitamente, este vínculo corresponde efetivamente a um determinado valor no mundo da cultura humana.

O valor é um predicado da essência da consciência do ser humano. Filosoficamente, no caminho pedagógico do Aquinate, nós temos que o bem moral é o que se denomina o bem honesto. Honesto significa, simplesmente, bom em si e por si. O bem honesto é ao mesmo tempo fim e valor. Aqui segundo a ordem do exercício e ali segundo a ordem da especificação. E, enquanto é valor, está se referindo ao âmbito da causalidade formal.

Em todo ato moral há que distinguir, de uma parte, o ato interior da vontade do ser humano, e, de outra parte, o ato externo, do qual este ato interior está

²⁰⁰ KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 3.

²⁰¹ PICARD, Edmond. O Direito Puro. Lisboa: Aillaud-Bertrand, [s.d.] p. 130.

repleto²⁰². É por esta razão que os juízos de valor relacionam-se, em última análise, ao transcendental bem.

A relação de valores é extremamente fundamental na atividade humana, pois que, é a partir do momento em que nós atribuímos um determinado valor a alguma coisa que sentimos a presença da consciência da prática da virtude, principalmente quando nossa ação corresponde ao “*bonum honestum*”.

É indispensável considerar que o preceito ético-moral está latente na relação obrigacional. E é justamente este movimento potência-ato constatável na ação humana que permitirá o efetivo cumprimento integral de uma obrigação assumida no universo dos valores que fazem parte do processo cultural do homem. Desta feita, mesmo antes de ser uma exigência compulsória, cumprir uma obrigação assumida corresponde à estrita observância do preceito ético-moral. Observar o Direito corresponde a ser ético e a promover a justiça, no mundo dos valores humanos.

Assim, pois, é sempre pelo seu caráter que o ser humano, conseqüentemente, adquire a sua estatura moral. Antes do denominado valor da lei, o ser humano tem consciência do valor da Ética, na fundamentação natural e moral das Obrigações. Inquestionavelmente, o compromisso ético-moral antecede o contrato legal nas relações humanas.

O sentido ontológico da “*obligatio*” está inerente ao fator compulsório, em decorrência do “*vinculum juris*”. Portanto, há uma correspondência de valor legal. Conseqüentemente, se temos um vínculo que obriga, temos também um dever de plena consciência que direciona a nossa ação pessoal. E isto corresponde a um valor atribuído pela nossa própria dignidade original. Na verdade, a relação obrigacional, mesmo antes de ser uma efetiva relação de Direito, é algo que transita na esfera

²⁰² TOMÁS DE AQUINO. op. cit., I-II, q. 18, a. 6, nota 14.

ético-moral. Possivelmente, é por isso que Lissarrague²⁰³ ensina que o Direito vem em apoio das debilidades éticas.

O ser humano deve ter uma convicção de valores. Evidentemente, deve ter uma consciência ética que fundamente constantemente a sua ação pessoal. Nesse ínterim, a forma ética de agir tem base metafísica. No mundo do Direito, a relação obrigacional é caracterizada pelo “*vinculum juris*”, enquanto que, no mundo da Ética, é uma relação de consciência.

Para todos os efeitos, os valores são uma característica fundamental da essência do ser humano. Atribuir valores significa promover um sentido cultural na ação humana. Para o jusfilósofo Recaséns Siches²⁰⁴, as categorias ser e valor, certamente, são independentes. Assim, pois, constatamos a existência de juízos de valor e a existência de juízos de realidade no mundo da cultura do ser humano. Conseqüentemente, permanece em evidência uma distinção fundamental entre Valor e Ser.

A relação obrigacional possui uma íntima identidade com a essência dos valores. O moralista procura determinar o valor “bem moral” a fim de promover a extração de normas para a ação prática no contexto social.

Indiscutivelmente, temos ainda que a relação obrigacional, no que diz respeito a valores, tem uma correspondência direta com o “*minimum*” ético, sem o que, não haveria nenhuma possibilidade de se manter a convivência social. Evidentemente, o Direito destaca somente os limites do “lícito” nas relações intersubjetivas, necessitando, portanto, para adquirir a sua plenitude ética, ser integrado pela Moral. Neste sentido, temos a plena convicção de que o ser humano que cumpre fielmente os deveres morais deve esperar o mesmo cumprimento pelo

²⁰³ LISSARRAGUE, Salvador. Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch, 1948. p. 119.

²⁰⁴ SICHES, Luis Recaséns. Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Editorial Porrúa,

seu respectivo semelhante. Assim, pois, o que é possível para um, também deve ser possível para o outro.

Desta maneira, sendo o Direito uma realidade arquetípica na essência do ser humano, uma vez que tem plenamente a sua intuição, mais do que isto, corresponde à natureza do valor ético-moral que é uma característica fundamental da sua respectiva dignidade original. É isto que induz o homem ao cumprimento efetivo de uma obrigação assumida, porque é aqui que reside a fundamentação natural e moral das Obrigações.

12.3 Valor, princípio e sistema

Hodiernamente, os jusfilósofos têm demonstrado uma preocupação cada vez mais acentuada a respeito da problemática que está afeita aos valores e aos princípios na fundamentação inerente ao sistema jurídico. São fatores culturais de suma importância para o mundo problematizado do Direito. Valor, princípio e sistema são características indispensáveis para a elaboração de um ordenamento jurídico nos moldes democráticos. O valor é uma consequência da vida cultural do ser humano em sociedade. Faz parte integrante da condição intelectual do homem. A simples atribuição de um determinado valor é o suficiente para direcionar um ordenamento jurídico.

As próprias transformações sociais estão intimamente relacionadas com a sistemática dos valores culturais de um povo. O verdadeiro sentido ontológico do valor tem a sua efetiva correspondência na dignidade intelectual e cultural do ser humano em seu processo de coexistência social.

Filosoficamente, o conceito de valor é muito problemático. Em geral, está relacionado com o que deve ser objeto de preferência ou de escolha. Os filósofos

estóicos introduziram o termo no domínio da Ética e passaram a denominar valor todo e qualquer objeto das escolhas morais. E isso porque eles entendiam o bem em sentido subjetivo e puderam, desta feita, então considerar os bens e as suas relações hierárquicas, efetivamente, como objetos de preferência ou de escolha. Hodiernamente, o valor é também entendido como sendo o objeto de uma antecipação ou de uma espera normativa. Todavia, a melhor definição de valor corresponde com aquela que o considera como uma possibilidade de escolha no mundo da cultura humana.

A problemática fundamental do final do século XX sempre esteve relacionada com a questão valorativa do Direito. Hessen²⁰⁵ ensina que os valores não só se distinguem uns dos outros, como também se encontram ainda entre si em uma determinada relação de hierarquia. Fazem parte integrante, pois, da essência do valor não somente a sua característica de efetiva polaridade, que promove a distinção em positivo e negativo, como ainda a sua maneira de distinguir entre um valor mais elevado, e, um valor menos elevado.

Etimologicamente, o conceito de princípio está relacionado com a linguagem geométrica, eis que, corresponde às verdades primeiras. O princípio é uma verdade objetiva, e, nem sempre pertencente ao universo do “ser”, senão do dever-ser, na qualidade de norma jurídica, dotada de vigência, validade e obrigatoriedade²⁰⁶. O princípio tem uma relação profundamente direta com o Direito. Não há como se pretender uma incursão objetiva em qualquer ramo do conhecimento humano sem estar afeito, portanto, ao fator do princípio na construção de uma determinada conclusão intelectual.

²⁰⁵ HESSEN, Johannes. op. cit., p. 120, nota 154.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 228-232.

Normalmente, entende-se por princípio, nas relações culturais, sempre um mandamento nuclear de um sistema. É o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer. Algumas vezes, o princípio é assumido como o elemento constitutivo das coisas ou dos conhecimentos. Este era o sentido que o próprio Aristóteles consagrava em seus trabalhos filosóficos. A partir do século XVIII, o princípio passou a ser definido como o que contém em si a razão de alguma outra coisa. Princípio, na modernidade, é correspondente à noção de um ponto de partida privilegiado. Não de uma forma relativa, isto é, com relação a certos fins, mas absolutamente em si.

Está havendo uma verdadeira restauração do jusnaturalismo no universo do Direito. E isto também está profundamente relacionado com a fase metafísica e abstrata de todo, e, sobretudo, qualquer princípio inerente ao Direito. Neste sentido, nós podemos concluir que a juridicidade dos princípios transita então por três fases distintas, quais sejam, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista²⁰⁷.

Doutrinariamente, muitos jusfilósofos fazem uso do termo “princípio” no sentido de referência às normas, ou, ainda, aos dispositivos que exprimem normas. Desta feita, é imperativo considerar que a palavra “princípio” está intimamente relacionada com o ordenamento jurídico. Aliás, há outros juristas que tem o “princípio” como sendo uma espécie de sinônimo concernente a toda e qualquer norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem.

Para tanto, o “princípio” é extremamente fundamental e indispensável para a vida dinâmica do Direito em sua maior aspiração que é promover a Justiça. Neste pormenor de valorização da sistemática do

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 228-232, nota 206.

“princípio”, é preciso nos determos claramente no enunciado do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, no que se refere a eventuais omissões da legislação em vigor. Historicamente, o “princípio” está na base efetiva de toda e qualquer investigação inerente ao saber humano em sua constante procura pela verdade. É o que se conhece como sendo o primeiro princípio no conhecimento filosófico.

No âmbito do universo cultural, os princípios fundamentam todo e qualquer sistema jurídico. É, portanto, um “princípio” que promove a estruturação sólida de um sistema jurídico no mundo do Direito. Assim, pois, a formação unitária do sistema tem por “*vinculum*” os princípios. Isto porque da efetiva correspondência de identidade que há entre a norma e o princípio. É, pois, uma indiscutível identidade de natureza, segundo a conclusão dos jusfilósofos. Conseqüentemente, considerando que o “princípio” é uma norma primária, o mesmo está em relação direta com a autoridade que está na fundamentação então do sistema.

Conclusivamente, em um sistema jurídico, a observância aos princípios permite ao operador do Direito a orientação necessária para a efetiva interpretação das leis de teor obscuro, ou, então, para preencher o seu silêncio correspondente.

OBSERVAÇÕES FINAIS

O Direito é um efetivo processo de problematização constante no mundo dos valores humanos.

Comportando, assim, várias interpretações, é pluridimensional e abrangente, não permitindo nenhuma forma reducionista. É uma conquista da cultura do ser humano sempre em condição de aperfeiçoamento.

Desde os antigos romanos, vem experimentando, paulatinamente, um extraordinário e crescente processo de humanização. Sobretudo, em decorrência da equidade.

Nesse ínterim, não há que se pretender como o jusfilósofo Hans Kelsen – “Teoria Pura do Direito” – um sistema totalmente desvinculado dos demais ramos do saber humano.

A questão econômica – com as suas realidades dinâmicas – é, presentemente, a que maior influência exerce sobre o Direito.

Particularmente, o Direito das Obrigações é o mais complexo em nosso ordenamento Jurídico, em decorrência do “*vinculum juris*” que envolve interesses de duas ou mais pessoas.

Em a Fundamentação Natural e Moral das Obrigações, o preceito ético demonstra a sua constante importância. O Direito decorre da Ética. É a Ética rigorosamente legalizada.

A Ética é o caminho natural que conduz o ser humano ao Direito e o Direito é o caminho indispensável, para a consumação da Justiça entre os homens.

O compromisso ético-moral antecede o contrato legal nas relações humanas. Muito antes de conhecer o valor da lei – Direito Positivo –, o ser humano tem plena consciência do valor da Ética, na Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

O Direito Natural se caracteriza por ser um verdadeiro arquétipo na consciência do ser humano. Ele pode ser considerado como sendo o verdadeiro fundamento do Direito Positivo.

Temos que o Direito Natural é aquele que está supedaneado, especificamente, na natureza do ser humano, e, em um sentido mais extremo, na vontade de Deus, visto que é um Direito justo por excelência. Doutrinariamente, o Direito Natural não é um superdireito, mas cuida de ser um conjunto de princípios supremos, universais e indispensáveis que, sendo extraídos da natureza essencial do homem, através da razão, em determinados momentos inspiram o Direito Positivo, principalmente quando definem os direitos fundamentais do ser humano.

O Direito, assim como a Filosofia, não tem uma Verdade. O Direito não tem uma linguagem científica, em decorrência da constante necessidade de interpretação dos seus respectivos enunciados. Portanto, o Direito tem capacidade plena de criar a sua própria linguagem, que é o seu instrumento de comunicação social.

O Direito e a Ciência não estão de posse da Verdade. Procuram a Verdade. E por isso devem possuir uma linguagem, para o desenvolvimento de um constante processo de comunicação no mundo da cultura e especificamente dos valores.

Toda e qualquer interpretação no mundo do Direito deve ser sistemática e fundamentada em princípios que correspondam com a sua verdadeira finalidade.

Quando os gregos começaram a pensar, os problemas do ser humano começaram a surgir. Surgindo os problemas, os romanos começaram a organizar o Direito.

O Direito, conseqüentemente, é retidão!

E sendo a retidão uma decorrência que remonta à Ética, temos, neste sentido ontológico, a Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

O Direito tem a sua origem fundamentada na Ética!

Assim como o Direito Positivo é uma decorrência histórica do Direito Natural, a obrigação civil tem a sua fundamentação na obrigação natural e na obrigação moral, considerando que o Direito é o resultado de um processo de Ética legalizada. É o bom senso apurado na Ética.

Direito é retidão! E, por isso, conseqüentemente, está relacionado, naturalmente, com a Ética, que, por sua decorrência histórica, é a Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

Esta tese de Doutorado – Fundamentação Natural e Moral das Obrigações – é o resultado de reflexões problematizadas, com o intuito de aprofundar ainda mais o debate a respeito da própria Filosofia do Direito.

O Direito é uma das necessidades essenciais da sociedade. A sua manifestação pluridimensional decorre da sua constante problematização, porque, comportando várias interpretações, certamente, não tem a expressão da Verdade no mundo dos valores humanos.

É imperativo observar que a linguagem do Direito demonstra a sua profunda intimidade com a Ética.

Este trabalho acadêmico é no sentido de demonstrar, para todos os efeitos, que a Ética é a Fundamentação Natural e Moral das Obrigações.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução de Alfredo Bosi. 2.ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982. 976p.

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos do Povos. São Paulo: Ícone, 1989. 301p.

ANDRADE, Christiano José de. Hermenêutica Jurídica no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 269p.

_____. O problema dos métodos da interpretação jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 168p.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis. 2.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1963. 196p.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco: Os pensadores. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornhein. São Paulo: Abril Cultural, 1973. 4v.

_____. Obra Jurídica. Tradução de Fernando Couto. Porto: RESJURÍDICA, [s.d.] 170p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. 32v.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito – Introdução e Teoria Geral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. 540p.

BARROS, Manuel Correia de. Filosofia Tomista. Porto: Figueirinhas, 1966. 443p.

BEN-CHORIN, Schalom. A eleição de Israel. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 1999. 156p.

BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. 458p.

- _____. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. 368p.
- BÍBLIA SAGRADA. Isaias. São Paulo: Paulinas-Loyola, 1995. 1567p.
- BIONDI, BIONDO. Arte y Ciencia Del Derecho. Tradução de Angel Latorre. Barcelona: Ariel, 1953. 264p.
- BLANCO, Plabo Lopez. La Ontología Jurídica de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1975. 81p.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.
- _____. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait. 4.ed. Brasília: UnB, 1997. 166p.
- BOCHENSKI, I. M. A Filosofia Contemporânea Ocidental. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. 2.ed. São Paulo: Herder, 1968. 300p.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BONNARD, André. A Civilização Grega. Tradução de José Saramago. São Paulo: Martins Fontes, 1984. 760p.
- BONNECASE, Julien. Elementos de derecho civil. Puebla: José M. Cajica Jr., 1945.
- BRETONE, Mario. História do Direito Romano. Tradução de Isabel Teresa Santos. Lisboa: Estampa, 1990. 381p.
- BURDESE, Alberto. Manuale di Diritto Privato Romano. 4.ed. Torino: UTET, 1993. 752p.
- CAENEGEM, R. C. van. Uma Introdução Histórica ao Direito Privado. Tradução de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 252p.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 311p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414p.

CHAMOUN, Ebert. Instituições de Direito Romano. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 528p.

CHORÃO, Mário Bigotte. Temas Fundamentais de Direito. Coimbra: Almedina, 1991. 347p.

CÍCERO. De República. [s.n.t.]

CÓDIGO de Justiniano. [s.n.t.]

COMPENDIO Di Diritto Civile (Diritto Privato) - Manuali Giuridici. 5.ed. Napoli: Simone, 1996. 384p.

CORPUS Juris Civilis. [s.n.t.]

CORREIA, Alexandre, SCIASCIA, Gaetano. Manual de Direito Romano. Guanabara: [s.c.p.] [s.d.]. 329p. (Série Cadernos Didáticos)

COSSIO, Carlos. La Teoria Egologica Del Derecho. 2.ed. Buenos Aires: Abele-Perrot, 1964. 821p.

COSTA, José Silveira da. Max Scheler – o personalismo ético. São Paulo: Moderna, 1996. 127p.

COSTA, José Silveira da. Tomás de Aquino – A razão a serviço da fé. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1993. 128p.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Sociologia – Introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1991. 248p.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1030p.

CRETILLA JR, José. Comentários à Constituição 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1989. 581p.

_____. Curso de Direito Romano. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. 433p.

_____. Direito Romano Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 1971. 352p.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Filosofia do Direito. Coimbra: Almedina, 1998. 201p.

CZERNA, Renato Cirell. O Pensamento Filosófico e Jurídico de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1999. 190p.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil II. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978. 378p.

DAVID, René. O Direito Inglês. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 120p.

_____. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1972. 677p.

DEL VECCHIO, Giorgio. A Justiça. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960. 276p.

_____. Lições de Filosofia do Direito. Tradução de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. 643p.

DEMÓSTENES. Oração da Coroa. Tradução de Vieira de Almeida. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1956. 95p.

DIGESTO. [s.n.t.]

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. 2v.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 4.ed. São Paulo: Nacional, 1966.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 388p.

- FARIA, Maria do Carmo Bettencourt. Aristóteles – A plenitude como horizonte do ser. São Paulo: Moderna, 1994. 136p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990. 282p.
- FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989. 579p.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 391p.
- FRANÇA, R. Limongi. O Direito, a Lei e a Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. 211p.
- FRANCISCI, Pietro de. Sintesi Storica Del Diritto Romano. 4.ed. Roma: Mario Bulzoni Editore, 1968. 696p.
- FRANKL, Viktor E. A presença ignorada de Deus. Tradução de Walter O. Schlupp. 2.ed. Petrópolis: Sinodal-Vozes, 1992. 101p.
- FREIRE, António. Conceito de Moira na Tragédia Grega. Braga: Cruz, 1969. 350p.
- FREIRE-MAIA, Newton. A Ciência por dentro. Petrópolis: Vozes, 1991. 262p.
- FRISCHAUER, Paul. Está Escrito. Tradução de Else Graf Kalmus. 2.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1973. 274p.
- FURTADO, Celso. O Capitalismo Global. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. 81p.
- GALGANO, Francesco. Sommario di Diritto Civile. 2.ed. Milano: Giuffrè Editore, 1995. 494p.
- GARCÍA, Angeles Mateos. A Teoria dos Valores de Miguel Reale. Tradução de Talia Bugel. São Paulo: Saraiva, 1999. 127p.

GARRIGOU-LAGRANGE. La Synthèse Thomiste. Paris: Desclée de Brouwer & Cie, Editeurs Paris, 1947. 739p.

_____. Le réalisme du principe de finalité. Paris: Desclée de Brouwer, [s.d.] 237p.

GÉNÉREUX, Jacques. O Horror Político. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. 139p.

GHIRLANDA, Gianfranco. Introdução ao Direito Eclesial. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Loyola, 1998. 147p.

GILES, Thomas Ransom. História do Existencialismo e da Fenomenologia. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1989. 315p.

_____. Introdução à Filosofia. 3.ed. São Paulo: E.P.U., 1979. 324p.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. 813p.

GRABMANN, Mons. Martinho. A Filosofia da Cultura de Santo Tomás de Aquino. Petrópolis: Vozes, 1946. 178p.

GROPPALI, Alessandro. Introdução ao Estudo do Direito. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra, 1968. 261p.

GUARINO, Antonio. Profilo del Diritto Romano. 8.ed. Nápoli: Jovene Editore, 1994. 245p.

HADOT, Pierre. O que é a filosofia antiga? Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1999. 423p.

HARE, R. M. A Linguagem da Moral. Tradução de Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 220p.

HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306p.

HARTMANN, Nicolai. A Filosofia do Idealismo Alemão. Tradução de José Gonçalves Belo. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. 674p.

- HECK, Philipp. Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses. Tradução de José Osório. São Paulo: Acadêmica-Saraiva, 1947. 326p.
- HESSEN, Johannes. Filosofia dos Valores. Tradução de Luís Cabral de Moncada. 4.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974. 347p.
- INSTITUTAS. [s.n.t.]
- JAEGER, Werner. Paidéia – A formação do Homem Grego. Tradução de Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 1413p.
- JOLIVET, R. Curso de Filosofia. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: AGIR, 1996. 443p.
- JOSSERAND, Louis. De l'esprit des lois et de leur relativité. Paris: [s.c.p.] 1924.
- KELSEN, Hans. O Problema da Justiça. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 149p.
- KIRK, G. S., RAVEN, J. E., SCHOFIELD, M. Os Filósofos Pré-Socráticos. Tradução de Carlos Alberto Louro Fonseca. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 487p.
- KÜNG, Hans. Uma Ética Global para a Política e a Economia Mundiais. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 1999. 475p.
- LAKATOS, Eva Maria. Sociologia Geral. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1982. 300p.
- LECLERCQ, Jacques. Do Direito Natural à Sociologia. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Duas Cidades, [s.d] 294p.
- LÉVY-BRUHL, Henri. Sociologia do Direito. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 141p.
- LIBERA, Alain De. A Filosofia Medieval. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário e Yvone Maria de Campos Teixeira da Silva. São Paulo: Loyola, 1998. 532p.
- LIMA, Alceu Amoroso. Introdução ao Direito Moderno. 2.ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1961. 206p.

- LIMA, Mário Franzen de. Da interpretação jurídica. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. 296p.
- LISSARRAGUE, Salvador. Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho. Barcelona: Bosch, 1948. 136p.
- LLORENTE, Francisco Olmedo. A Filosofia Crítica de Miguel Reale. São Paulo: Convívio, 1985. 152p.
- LOBO, Abelardo. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Tipografia de Álvaro Pinto, 1931. 271p.
- MACEDO, Sílvio de. Noções Preliminares do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 219p.
- MARITAIN, Jacques. Problemas Fundamentais da Filosofia Moral. Tradução de Gerardo Dantas Barretto. Rio de Janeiro: AGIR, 1977. 208p.
- MARTINI, Carlo Maria. Viagem pelo vocabulário da Ética. Tradução de Mário Santos. Lisboa: São Paulo, 1994. 123p.
- MARX, Karl. O Capital. Tradução de Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. 496p.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 426p.
- MAYER, Mary Helen, FITZPATRICK, Edw. A. Filosofia da Educação de S. Tomás de Aquino. Tradução de L. Van Acker. São Paulo: Odeon, 1935. 229p.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1977. 435p.
- MIRANDA, Pontes de. Introdução à Sociologia Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 244p.
- _____. Sistema de Ciência Positiva do Direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 316p.
- _____. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 550p.

- MONCADA, Luís Cabral de. Estudos Filosóficos e Históricos. Lisboa: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1959. 498p.
- _____. Prefácio à tradução da Filosofia do Direito e Gustav Radbruch. 5.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974. 430p.
- MONDIN, Battista. Antropologia Teológica. Tradução de Maria Luiza Jardim de Amarante. 3.ed. São Paulo: Paulinas, 1986. 396p.
- MONREAL, Eduardo Novoa. Qué queda del Derecho Natural? Buenos Aires: Depalma, 1967. 328p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 2v.
- NEVES, António Castanheira. Digesta. Coimbra: Coimbra, 1995. 600p.
- NOGUEIRA, Rubem. Curso de Introdução ao Estudo do Direito. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 312p.
- OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Tractatus Ethico-Politicus. Porto Alegre: EDPUCRS, 1999. 224p.
- ORESTANO, Riccardo. Introduzione allo studio del Diritto Romano. Bologna: Il Mulino, 1987. 668p.
- PEGORARO, Olinto A. Ética é Justiça. Petrópolis: Vozes, 1995. 132p.
- PEREIRA, M. S. D. Introdução ao Direito e às Obrigações. Coimbra: Almedina, 1992. 360p.
- PICARD, Edmond. O Direito Puro. Lisboa: Ailaud-Bertrand, [s.d.]. 403p.
- PLATÃO. A República. Tradução de J. Guinsburg. São Paulo: DIFEL, 1965. 238p.
- PRATA, Edson. Desquite Amigável. São Paulo: Edição Universitária do Direito, 1976. 341p.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Tradução de Luis Cabral de Moncada. 5.ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974. 430p.

_____. Introdução à Ciência do Direito. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 232p.

_____. Propedêutica Alla Filosofia Del Diritto. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. 237p.

RAMOS, Francisco M. Tomás. A idéia de Estado na doutrina ético-política de S. Agostinho. São Paulo: Loyola, 1984. 370p.

RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 981p.

RAY, Christopher. Tempo, Espaço e Filosofia. Tradução de Thelma Médice Nóbrega. São Paulo: Papirus, 1993. 313p.

REALE, Giovanni. História da Filosofia Antiga. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1994. 3v.

_____. Para uma nova interpretação de Platão. Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 1997. 636p.

REALE, Miguel. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. 22v.

_____. Filosofia do Direito. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 749p.

_____. Lições Preliminares de Direito. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. 381p.

_____. Nova fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990. 239p.

_____. Teoria Tridimensional do Direito. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, 117p.

RIPERT, Georges. La règle morale dans les obligations civiles. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1935.

ROBIN, Léon. A Moral Antiga. Tradução de Dr. João Morais-Barbosa. Porto: Despertar, 1970. 144p.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Tradução de Genaro R. Carrió. 3.ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1974. 375p.

SANTO AGOSTINHO. A Cidade de Deus. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 1990. 414p.

_____. Cartas a Proba e a Juliana. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulinas, 1987. 99p.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. Ética – Caminhos da realização humana. São Paulo: Ave-Maria, 1997. 92p.

SAVATIER, René. Cours de droit civil. Paris: Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1949.

SICHES, Luis Recaséns. Introducción al Estudio del Derecho. 3.ed. México: Porrúa, 1974. 360p.

_____. Prólogo da obra “El fundamento filosófico del Derecho Natural” de Rigoberto Lopez Valdivia. 4.ed. México: Tradicion, 1973.

_____. Tratado General de Filosofía del Derecho. México: Porrúa, 1959. 715p.

SILVEIRA, José Luongo da. Noções Preliminares de Filosofia do Direito. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1998. 252p.

SOUSA, José Pedro Galvão de. Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. 151p.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança Jurídica e Jurisprudência. São Paulo: LTr, 1996. 324p.

SPAEMANN, Robert. Felicidade e Benevolência – Ensaio sobre Ética. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 1996. 308p. (Coleção Filosofia)

STAMMLER, Rudolf. Tratado de Filosofia Del Derecho. Tradução de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1930. 455p.

STEFANO, Rodolfo de. Legge Ética e Legge Giuridica. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955. 120p.

- TEIXEIRA, António Braz. O pensamento filosófico-jurídico português. Lisboa: Instituto de Cultura e Língua Portuguesa, 1983. 168p.
- TOMÁS DE AQUINO. Summa Theologica. [s.n.t.]
- ULLMANN, Reinhold, BOHNEN, Aloysio. O Solidarismo. São Leopoldo: Unisinos, 1993. 200p.
- VAZ, Henrique C. de Lima. Ética, Justiça e Direito. Org. Pe José Ernane Pinheiro, José Geraldo de Sousa Júnior, Melillo Dinis e Plínio de Arruda Sampaio. Petrópolis: CNBB-Vozes, 1996. 309p.
- VIDAL, Marciano. Para conhecer a Ética Cristã. Tradução de I. F. L. Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1993. 566p.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e Giurisprudenza. Tradução de Giuliano Crifó. Milano: Giuffrè, 1962. 127p.
- VILLANI, Antonio. Diritto e Morale. Napoli: Morano Editore, 1964. 109p.
- VILLEY, Michel. Direito Romano. Tradução de Fernando Couto. Porto: RESJURÍDICA, [s.d]. 190p.
- WARAT, Luís Alberto, PÊPE, Albano Marcos Bastos. Filosofia do Direito. São Paulo: Moderna, 1996. 94p.
- WATANABE, Lygia Araujo. Platão – por mitos e hipóteses. São Paulo: Moderna, 1996. 174p. (Coleção Logos)
- WEBER, MAX. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Lisboa: Editorial Presença. 1996. 224p.
- WINDSCHEID, B. Diritto delle pandette. Tradução de Fadda e Bensa. Turim: [s.c.p.] 1902.
- WORSLEY, Peter. Marx e o marxismo. Tradução de Franklin Goldgroub. São Paulo: Mestre Jou, 1983. 130p.
- WRIGHT, Erik Olin, LEVINE, Andrew, SOBER Elliott. Reconstruindo o Marxismo. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Vozes, 1993. 341p.